



**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
59° período de sesiones
Viena, 13 a 17 de diciembre de 2021

Localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Disposiciones pertinentes para la localización y recuperación de bienes que figuran en los textos relativos a la insolvencia.	2
A. Medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia	2
B. Obligaciones del deudor	8
C. Cooperación y coordinación	9
III. Inventario de herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles que podrían utilizarse en procedimientos de insolvencia	10
A. Clasificación de las herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles.	10
B. Condiciones de aplicación	13
C. Salvaguardias	14
D. Reconocimiento y ejecución	15
IV. Cuestiones que se someten al examen del Grupo de Trabajo	16



I. Introducción

1. En el programa provisional del 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.173) puede consultarse la información de antecedentes sobre el proyecto relativo a la localización y recuperación civil de bienes en procedimientos de insolvencia que la Comisión remitió al Grupo de Trabajo en su 54º período de sesiones¹. La secretaría ha elaborado la presente nota con el fin de facilitar que el Grupo de Trabajo haga un examen inicial del tema. La nota debería leerse junto con el informe del Coloquio sobre la Localización y Recuperación de Bienes en Procesos Civiles (Viena, 6 de diciembre de 2019) (A/CN.9/1008) que trata la localización y recuperación de bienes en términos generales (el “informe del Coloquio”)². La presente nota complementa ese informe centrándose, en primer lugar, en las disposiciones pertinentes para la localización y recuperación civil de bienes en procedimientos de insolvencia que figuran en los textos sobre la insolvencia de la CNUDMI³ y otras organizaciones⁴ y, en segundo lugar, en las herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles contempladas en otros ámbitos del derecho que podrían usarse en procedimientos de insolvencia.

II. Disposiciones pertinentes para la localización y recuperación de bienes que figuran en los textos relativos a la insolvencia

A. Medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Consideraciones generales

2. Los textos sobre la insolvencia que se han examinado contemplan varias medidas para garantizar que el valor de la masa de la insolvencia no merme por las acciones del deudor, los acreedores o terceros. Estas medidas pueden ser provisionales, es decir, pueden aplicarse antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia o del reconocimiento del procedimiento extranjero⁵ o pueden aplicarse en el momento de la apertura o del reconocimiento⁶.

3. En los casos en que la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia no conlleve la apertura automática del procedimiento⁷, el tribunal puede dictar medidas provisionales a petición del deudor, los acreedores o terceros. Esas medidas provisionales pueden comprender una paralización de la ejecución de los bienes del deudor y el nombramiento del representante provisional de la insolvencia que puede

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17)*, párrs. 215 a 217.

² Véase el mandato conferido a la secretaría para que organizara el Coloquio en *ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, párr. 203.

³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) (LMIT), *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (partes primera y segunda (2004), tercera (2010) y cuarta (segunda edición, 2019) (la “Guía”), Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (2018) (LMSI) y Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019) (LMIGE).

⁴ Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea) (el “Reglamento de la UE”); el documento del Banco Mundial sobre los principios para regímenes eficaces de insolvencia y aplicables a las relaciones entre acreedores y deudores (“Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes”) (2021) (los “Principios del Banco Mundial”); el documento del American Law Institute y el International Insolvency Institute sobre los principios generales de la cooperación en casos de insolvencia internacional (“Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases”) (2012) (los “Principios del ALI-III”), y los regímenes nacionales de la insolvencia.

⁵ Véanse, p. ej., la recomendación 39 de la *Guía*; el art. 19 de la LMIT y los considerandos 36 y 32 del Reglamento de la UE.

⁶ Véanse, p. ej., la recomendación 46 de la *Guía* y los arts. 20 y 21 de la LMIT.

⁷ Véanse a ese respecto las recomendaciones 18 y 19 de la *Guía*.

sustituir al deudor, total o parcialmente, en el funcionamiento diario de la empresa⁸. En el contexto transfronterizo, pueden dictarse medidas provisionales a petición del representante extranjero⁹.

4. Las medidas aplicables en el momento de la apertura suelen incluir una paralización de los procedimientos¹⁰ y, si se mantiene un deudor en posesión del negocio, una restricción de la capacidad de este de enajenar (determinados) bienes y celebrar determinadas operaciones¹¹.

5. En algunas jurisdicciones, es posible que los tribunales tengan margen de discrecionalidad para adaptar las medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia a las circunstancias particulares, entre otras vías mediante la combinación de las medidas. Algunas medidas pueden tener también efectos extraterritoriales. Los textos internacionales¹² contemplan en ocasiones el reconocimiento transfronterizo de algunas medidas, si bien las medidas provisionales de protección suelen quedar excluidas de su ámbito de aplicación¹³.

6. Las medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia suelen venir acompañadas de salvaguardias frente a su uso indebido, como el requisito de notificación de su imposición¹⁴, a menos que el tribunal disponga lo contrario¹⁵, y el derecho de la parte o las partes afectadas a ser oídas¹⁶, a impugnar la imposición de esas medidas¹⁷ y a solicitar una exención al respecto¹⁸. El tribunal suele mantener margen de discrecionalidad para imponer, revisar, modificar o revocar las medidas¹⁹.

7. Al igual que en otros ámbitos del derecho²⁰, suelen aplicarse salvaguardias adicionales en relación con las medidas provisionales en procedimientos de insolvencia, en particular las medidas ordenadas *ex parte* y a puerta cerrada. En vista de que se otorgan antes de que el tribunal determine la concurrencia de los criterios para la apertura del procedimiento, la ley puede obligar a que se acredite ante el tribunal la probabilidad de que el deudor satisfaga los requisitos de apertura, el riesgo real de disipación o pérdida de valor de los bienes del deudor y la consiguiente necesidad perentoria de otorgar medidas provisionales por encima de los posibles perjuicios que se deriven esas medidas. El tribunal puede requerir a la parte que solicita las medidas que le aporte pruebas suficientes sobre todas estas cuestiones. Puede ser igualmente necesario exigir algún tipo de garantía para asegurar el pago de las costas u otros gastos o los daños y perjuicios, como la prestación de una fianza, para el caso de que posteriormente no se abra el procedimiento de insolvencia o de que la medida solicitada cause algún perjuicio a la empresa del deudor. En los casos en que las medidas provisionales se obtengan indebidamente, el tribunal puede imponer el pago de las

⁸ Véanse, p. ej., las recomendaciones 39 y 41 de la *Guía* y el principio C6.1 de los Principios del Banco Mundial.

⁹ Véase, p. ej., el art. 19 de la LMIT.

¹⁰ Término definido en el apartado rr) del glosario de la *Guía* como “medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella”.

¹¹ Véase la recomendación 112 de la *Guía* y el comentario correspondiente.

¹² Véase, p. ej., el art. 32 del Reglamento de la UE.

¹³ Véase la definición de “sentencia” en el art. 2 c) de la LMSI que afirma explícitamente que las medidas provisionales de protección no serán consideradas sentencia a los fines de la LMSI.

¹⁴ Véanse, p. ej., las recomendaciones 25 d) y 42 de la *Guía*.

¹⁵ Véase, p. ej., la recomendación 42 de la *Guía*.

¹⁶ Véase, p. ej., la recomendación 43 de la *Guía*.

¹⁷ Véase, p. ej., la recomendación 45 de la *Guía*.

¹⁸ Véanse, p. ej., las recomendaciones 49 y 51 de la *Guía*.

¹⁹ Véanse, p. ej., el art. 22 de la LMIT y la recomendación 44 de la *Guía*.

²⁰ Véase, p. ej., A/CN.9/WG.II/WP.119, que analiza las medidas provisionales en apoyo del arbitraje. Las disposiciones sobre esas medidas se incluyeron posteriormente en el cap. IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006).

costas u otros gastos o de los daños y perjuicios, así como sanciones, a la parte que solicitó la medida²¹.

2. Facultades del representante de la insolvencia en materia de localización y recuperación de bienes

8. La *Guía* define el término “representante de la insolvencia” como la “persona o entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia” (apartado v) del glosario). Las definiciones de los términos “representante extranjero” y “representante de la insolvencia” en las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia son similares a esa explicación, pero añaden la función de representar el procedimiento²².

9. De acuerdo con la recomendación 120 de la *Guía*, el representante de la insolvencia tiene la obligación de salvaguardar y preservar los bienes de la masa. Con arreglo a la recomendación 35 de la *Guía*, la masa de la insolvencia está integrada por los bienes del deudor²³, los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación (véase la sección 3 *infra*) y de otra índole²⁴. Los bienes cuya existencia no hubiera sido declarada o se hubiera ocultado forman parte de la masa de la insolvencia²⁵.

10. Algunos de los textos examinados aluden a las amplias facultades de que dispone el representante de la insolvencia con respecto a la conservación y protección de la masa de la insolvencia y la empresa del deudor, sin especificar ninguna función en materia de localización y recuperación de bienes²⁶. Otros textos hacen referencia específica a las funciones que se espera del representante de la insolvencia en materia de localización y recuperación de bienes, en particular en el contexto de la insolvencia transfronteriza²⁷.

11. Entre las funciones del representante de la insolvencia enumeradas en la *Guía*, son pertinentes para la localización y recuperación de bienes las siguientes: a) asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia y de los registros y documentación comerciales del deudor; b) actuar como representante de la masa de la insolvencia; c) ejercitar derechos en beneficio de la masa de la insolvencia en todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo; d) obtener información acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se hayan efectuado durante el período de sospecha), interrogando al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con él; e) adoptar todas las medidas necesarias para proteger y preservar los bienes de la

²¹ Véase, p. ej., la recomendación 40 de la *Guía*.

²² Véanse el art. 2 d) de la LMIT, el art. 2 b) de la LMSI y el art. 2 i) de la LMIGE.

²³ Término definido en el apartado b) del glosario de la *Guía* como todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero.

²⁴ Incluye acciones contra terceros, como las compañías aseguradoras, incluidas de las obligaciones de los directores.

²⁵ Véanse las Recomendaciones legislativas de la CNUDMI sobre la insolvencia de microempresas y pequeñas empresas (2021), recomendación 44 y el comentario correspondiente. Como se señala en el comentario sobre esa recomendación, el descubrimiento de bienes cuya existencia no hubiera sido declarada o se hubiera ocultado tras la clausura del procedimiento puede llevar a la reapertura del procedimiento, la revocación de una exoneración concedida y la imposición de sanciones.

²⁶ Por ejemplo, el principio C8.2 de los Principios del Banco Mundial, según el cual, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia debería tener la posibilidad de adoptar medidas sin demora para preservar y proteger la masa de la insolvencia y la empresa del deudor.

²⁷ Véanse, p. ej., el art. 21 del Reglamento de la UE, que hace referencia a la facultad general del representante del procedimiento de insolvencia principal para trasladar los bienes del deudor fuera del territorio de los Estados miembros en que se encuentren, a reserva de algunas limitaciones, y el principio 9.4 de los Principios Generales del ALI-III, según el cual, tras el reconocimiento, un representante extranjero debería tener derecho a utilizar todos los medios legales a su disposición para obtener información acerca de los bienes del deudor en todas las jurisdicciones en que pudieran encontrarse esos bienes.

masa y la empresa del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes, y ejercer los poderes de impugnación que le hayan sido atribuidos; f) inscribir los derechos de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción sea necesaria para confirmar esos derechos frente a todo adquirente que actúe de buena fe), y g) nombrar y remunerar a los contables, abogados y peritos que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido²⁸.

12. Los regímenes nacionales de la insolvencia y las leyes nacionales no referentes a la insolvencia ponen varias herramientas a disposición del representante de la insolvencia para que las utilice en el desempeño de sus funciones en materia de localización y recuperación de bienes. Para algunas de estas herramientas, tal vez sean necesarios mandamientos judiciales especiales, por ejemplo para registrar locales, incautar documentos o requerir la declaración de testigos. Para otras, tal vez no se exija ese requisito²⁹. Es posible que se impongan límites al modo de utilizar algunas herramientas (p. ej., las cuestiones que pueden quedar comprendidas en los interrogatorios de los testigos, los métodos que pueden utilizarse en esos interrogatorios y la manera de utilizar la información que arrojen los interrogatorios). El incumplimiento de esos requisitos puede llevar a formular acusaciones contra el representante de la insolvencia por abuso de poder o abuso procesal.

13. El alcance de las facultades del representante de la insolvencia en materia de localización y recuperación de bienes puede estar limitado por la ley, los mandamientos judiciales, el mandato conferido al representante de la insolvencia y consideraciones prácticas³⁰. La localización y recuperación de determinados bienes puede verse dificultada (p. ej., bienes litigiosos) o restringida por ley (p. ej., bienes que, pese a pertenecer al deudor, quedan excluidos de la masa de la insolvencia por ley³¹ o bienes reservados a proteger los intereses de los acreedores locales en el contexto de la insolvencia transfronteriza³²). Algunas facultades en materia de localización y recuperación de bienes pueden dejar de regir en el momento en que se inicie un procedimiento judicial que ponga en marcha el proceso formal de exhibición de pruebas y protección jurídica (p. ej., contra la autoincriminación) para la persona en cuestión.

14. Algunos textos examinados autorizan al representante de la insolvencia a ejercer sus facultades en materia de localización y recuperación de bienes a través de fronteras mientras que otros limitan esas facultades al contexto nacional. El ejercicio de esas facultades a través de fronteras se ve facilitado por diversos instrumentos internacionales, como las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza que contemplan una amplia variedad de medidas que el tribunal que entiende en el reconocimiento puede otorgar en favor del representante extranjero, como medidas provisionales o en el momento de reconocer el procedimiento extranjero. Entre las medidas específicamente pertinentes para la localización y recuperación de bienes, pueden citarse las siguientes: a) paralizar el inicio o la sustanciación de procedimientos

²⁸ Véase el comentario sobre la recomendación 120. En algunas de las leyes nacionales examinadas se enumeran específicamente las funciones del representante de la insolvencia, entre ellas algunas pertinentes para la localización y recuperación de bienes. Por ejemplo, los arts. 437A y 437B de la Ley de Sociedades de 2001 (Cth) de Australia, el art. 25 de la Ley de Insolvencia de Empresas de la República Popular China de 2006 y el anexo 1 de la Ley de Insolvencia de 1986 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

²⁹ Por ejemplo, el representante de la insolvencia puede utilizar “notificaciones de inmovilización” en algunas jurisdicciones con independencia de la paralización del procedimiento prevista en la ley y de los mandamientos judiciales con el fin de impedir, durante un plazo breve (p. ej., 14 días), que las personas destinatarias de esas notificaciones adopten medidas (p. ej., transmitir acciones). Véase, p. ej., la parte 49 del Reglamento de Procedimiento Civil del Tribunal Supremo del Caribe Oriental.

³⁰ Por ejemplo, algunas medidas de localización y recuperación de bienes pueden ser costosas (p. ej., la realización de investigaciones forenses, especialmente transfronterizas y en varios países) y plantear interrogantes en cuanto a la existencia de fondos suficientes en la masa de la insolvencia, las posibilidades de prosperar, las expectativas de beneficios para la masa de acreedores y las posibles alternativas (financiación por terceros y medidas emprendidas por estos y fondos fiduciarios para litigios).

³¹ Véase, p. ej., la recomendación 38 de la *Guía*.

³² Véase, p. ej., el art. 21, párr. 2, de la LMIT.

individuales o la interposición de acciones individuales relacionados con los bienes, derechos, obligaciones o deudas del deudor; b) suspender el derecho a enajenar o gravar cualquiera de los bienes del deudor o a disponer de esos bienes de alguna otra manera; c) disponer el examen de testigos, el diligenciamiento de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o deudas del deudor, y d) encomendar al representante extranjero o a otra persona nombrada por el tribunal la administración o la realización de la totalidad o una parte de los bienes del deudor que estén ubicados en el Estado que otorga el reconocimiento. Los textos contemplan explícitamente que los tribunales pueden prestar la asistencia disponible en virtud del derecho interno sin limitarla a la asistencia enumerada en las leyes modelos o a la asistencia disponible únicamente en virtud del régimen nacional de la insolvencia³³.

15. Las facultades ejercidas por el representante de la insolvencia en el extranjero están limitadas por la ley y los mandamientos judiciales de una jurisdicción extranjera³⁴ o por impedimentos prácticos³⁵. El representante de un procedimiento extranjero no principal puede tener menos facultades que el representante de un procedimiento extranjero principal³⁶. Además, el representante de la insolvencia puede tener que hacer frente a obstáculos en la recuperación de deudas públicas, especialmente en el extranjero. La oposición por falta de competencia o legitimación, entre otros motivos por el transcurso de los plazos de prescripción de las acciones, que no están armonizadas en las distintas jurisdicciones, también puede impedir que el representante de la insolvencia ejerza sus facultades en el extranjero. (Tal vez tengan que hacer frente a dificultades similares los acreedores y los terceros a los que el representante de la insolvencia pueda ceder los derechos de incoar acciones.)

3. Anulación

16. La *Guía* recomienda incluir en el régimen de la insolvencia disposiciones que preserven la integridad de la masa de la insolvencia y faciliten la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada³⁷. La *Guía* hace referencia a tres tipos habituales de operaciones anulables:

a) operaciones cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores (p.ej., transmisiones de bienes a terceros con la intención de dejarlos fuera del alcance de acreedores);

b) operaciones infravaloradas (p. ej., transmisión de bienes por un valor nominal o nulo, como en el caso de una donación, o un valor muy inferior a su verdadero valor o al precio de mercado, siempre y cuando la operación se produjera durante el período de sospecha³⁸);

³³ Véanse, p. ej., los arts. 7 y 21 g) de la LMIT.

³⁴ Véase, p. ej., el art. 5 de la LMIT y la LMSI. El art. 21, párr. 3, del Reglamento de la UE dispone que, en el ejercicio de sus facultades, el administrador concursal cumplirá la ley de los Estados miembros en cuyo territorio quiera actuar, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes. Dichas facultades no incluyen el uso de medios de apremio, a no ser que hayan sido dictados por un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro, ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias.

³⁵ Por ejemplo, el hecho de carecer de una tarjeta de identificación local. En cambio, el uso transfronterizo de otras herramientas (p. ej., los registros de derechos sobre bienes muebles e inmuebles, entidades jurídicas, insolvencias, sentencias, etc.) no requeriría ningún reconocimiento.

³⁶ Véase, p. ej., el art. 21, párr. 3, de la LMIT, que contempla que, al otorgar medidas al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco de ese procedimiento o que atañen a información requerida en ese procedimiento; véase también el art. 19, párr. 4, de la LMIT, que dispone que el tribunal podrá denegar toda medida provisional cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal. Véase también el art. 21, párrs. 1 y 2, del Reglamento de la UE.

³⁷ Véanse las recomendaciones 87 a 99 y 217 y los respectivos comentarios.

³⁸ Término definido en el apartado ss) del glosario de la *Guía* de la siguiente manera: “período con referencia al cual ciertas operaciones pueden ser objeto de impugnación. El período se suele calcular en forma retroactiva a partir de la fecha de la solicitud de apertura de un procedimiento de

c) operaciones preferentes (p. ej., operaciones con un acreedor dentro del período de sospecha a raíz de las cuales el acreedor ha recibido, de los bienes del deudor, un porcentaje de su crédito superior al que perciben, de sus respectivos créditos, otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, si se le ha dado preferencia). Como ejemplos, cabe citar el pago o la compensación de deudas aún no vencidas y la constitución de garantías sobre las deudas existentes no garantizadas).

17. En los supuestos en que los tipos de operaciones anulables implican a personas allegadas³⁹, los regímenes de la insolvencia suelen establecer un período de sospecha más amplio y dispensar del requisito de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o de que hubiera pasado a serlo a raíz de esa operación. Los créditos comunicados por personas allegadas en una insolvencia pueden ser objeto de un minucioso examen y recibir un trato especial (p. ej., subordinación equitativa).

18. Los regímenes de la insolvencia tienen diferentes enfoques al establecer los elementos que deben probarse con el fin de anular una operación determinada. En algunos regímenes, la carga recae sobre el deudor, que debe demostrar que la operación no quedaba comprendida en ninguna de las categorías de operaciones anulables. Otros regímenes de la insolvencia obligan al representante de la insolvencia a probar que la operación reúne los requisitos para ser anulada. Algunos regímenes permiten desplazar la carga de la prueba a la contraparte en los supuestos, por ejemplo, en que resulta difícil para el representante de la insolvencia demostrar que la intención real del deudor era defraudar a los acreedores.

4. Acciones contra los directores, los accionistas y otras personas

19. La *Guía* contempla que, concurriendo determinadas condiciones, puede exigirse responsabilidad personal a quienes ejercieran el control de hecho de la empresa del deudor⁴⁰ por la conducta de aquellos durante el período en el que el deudor era insolvente o en el período cercano a la insolvencia del deudor. Si se considera que han incumplido sus obligaciones durante esos períodos⁴¹, se les puede ordenar que abonen íntegramente los daños y perjuicios que fije el tribunal a la masa de la insolvencia.

20. La *Guía* hace hincapié en que la acción por las pérdidas o daños y perjuicios sufridos como resultado del incumplimiento de las obligaciones de esas personas durante esos períodos corresponde a la masa de la insolvencia y que el representante de la insolvencia es el principal responsable de interponer una demanda por incumplimiento de dichas obligaciones. Los acreedores o cualquier otra parte interesada pueden interponer esa demanda con el consentimiento del representante de la insolvencia o, en los casos en que el representante de la insolvencia deniegue ese consentimiento, con la autorización del tribunal⁴². Puede formularse oposición por motivos similares a los expuestos en la sección 2 *supra*, en particular en los casos en que el director se encuentre en el extranjero y en los casos en que la comunicación intempestiva de información o la falta de comunicación de información lleve al transcurso del plazo de prescripción para interponer una demanda.

insolvencia o de la fecha de tal apertura”. Algunos regímenes de la insolvencia establecen un período de sospecha para todos los tipos de operaciones anulables, mientras que otros fijan diferentes períodos en función del tipo de operación y de las personas implicadas.

³⁹ De acuerdo con la definición que figura en el apartado jj) del glosario de la *Guía*, cuando el deudor sea una entidad jurídica, se entenderá por persona allegada: i) la persona que ejerza o que haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, y ii) una empresa matriz, subsidiaria, asociada o filial del deudor. Cuando el deudor sea una persona física, se entenderá por persona allegada todo pariente del deudor por consanguinidad o afinidad.

⁴⁰ Véase la recomendación 258 y el comentario correspondiente, que hace referencia a los directores *de facto* y “virtuales”.

⁴¹ Véase la recomendación 256 de la *Guía* y el comentario correspondiente, que hace referencia a las medidas que se espera que adopten los directores para evitar la insolvencia o reducir al mínimo su alcance.

⁴² Véase la recomendación 263 y el comentario correspondiente.

21. La *Guía* también analiza herramientas como el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de una empresa, el mandamiento de aportación financiera y la consolidación patrimonial de bienes que pueden emplearse contra accionistas, empresas pertenecientes a un grupo u otras personas, especialmente en los casos en que se hayan cometido actos fraudulentos o llevado a cabo negocios carentes de finalidad legítima⁴³.

B. Obligaciones del deudor

22. Entre las obligaciones del deudor que nacen en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y que seguirán existiendo hasta la clausura de este, la recomendación 110 de la *Guía* enumera las siguientes: a) cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a desempeñar sus funciones; b) facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio, concretamente las listas de i) las operaciones celebradas antes de la apertura del procedimiento en las que haya participado el deudor o de las que hayan sido objeto sus bienes, ii) los procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que se estén siguiendo, incluidos los procedimientos de ejecución en curso, iii) los bienes, obligaciones, ingresos y desembolsos, iv) los deudores y sus obligaciones, y v) los acreedores y sus respectivos créditos, y c) cooperar con el representante de la insolvencia para que este pueda asumir eficazmente el control de la masa y para que, mediante esta cooperación, le resulte más fácil recuperar los bienes de la masa, o su control, dondequiera que se encuentren, así como los registros de la empresa⁴⁴.

23. La *Guía* subraya la importancia de implantar procedimientos eficaces para recabar la información necesaria a fin de que esta resulte útil. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa deudora son responsables de la insolvencia del deudor, pueden no estar dispuestos a revelar información completa y veraz, ni información que demuestre que la situación de insolvencia es imputable a su gestión (aunque muchas leyes penales dispongan que las pruebas autoincriminatorias no podrán ser utilizadas en subsiguientes procesos penales para así alentar a que se facilite información veraz). En consecuencia, la *Guía* recomienda que, además de la obligación del deudor de informar, el representante de la insolvencia y los acreedores, o el comité de acreedores, tengan el correspondiente derecho a exigir y recibir información del deudor, previendo las sanciones oportunas cuando no se proporcione la información solicitada. La obligación del deudor podrá complementarse con medidas adicionales como, por ejemplo, el nombramiento de una persona independiente para que examine los asuntos financieros del deudor o la exigencia de que el propio deudor (si es una persona física), o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora, asistan o envíen representantes a una junta de acreedores para responder a las preguntas, excepto cuando ello no sea posible por razones geográficas. En casos graves de omisión de información, podrán imponerse sanciones penales por desacato al tribunal (pena de multa o pena de prisión)⁴⁵.

24. La *Guía* reconoce que la información facilitada por el deudor o por terceros (p. ej., bancos) que se refiera al deudor será con frecuencia información comercial de carácter delicado o confidencial o estará sujeta a obligaciones contraídas con terceros⁴⁶. Tal vez deba imponerse a todas las personas que puedan tener acceso a ese tipo de información la obligación de protegerla frente a posibles abusos y de respetar su confidencialidad. Además, podrán imponerse límites a la utilización de esa información que no responda a la finalidad perseguida a menos que el tribunal ordene otra cosa.

⁴³ Véanse las recomendaciones 219 a 231 y los respectivos comentarios.

⁴⁴ En algunas jurisdicciones, como en Suiza, esas obligaciones se extienden a todos, incluidas las autoridades públicas. También hay incentivos para comunicar oportunamente la información pertinente al representante de la insolvencia (p. ej., la reducción de la pena de prisión en los Estados Unidos).

⁴⁵ Véase la recomendación 114 de la *Guía* y el comentario correspondiente.

⁴⁶ Véase la recomendación 111 y el comentario correspondiente.

25. La localización y recuperación de bienes en procedimientos de insolvencia en que se mantenga la figura del deudor en posesión del negocio⁴⁷ puede plantear cuestiones específicas. La recomendación 113 de la *Guía* prevé que el régimen de la insolvencia especifique las funciones del representante de la insolvencia que pueden ser desempeñadas por el deudor en posesión de su empresa. Este sistema no excluye la posibilidad de nombrar a un profesional independiente para que desempeñe determinadas funciones relacionadas con la administración del procedimiento de insolvencia, como la anulación antes examinada, o para que localice y recupere bienes. La recomendación 112 a) de la *Guía* hace referencia explícita a salvaguardias adecuadas en los casos en que el deudor esté en posesión del negocio, como el mantenimiento de diversos grados de control sobre el deudor y la posibilidad de relevarlo de sus funciones en determinados supuestos. La actuación paralela del deudor y del representante de la insolvencia está explícitamente contemplada en la recomendación 41 de la *Guía* para los supuestos en que se designa a un representante de la insolvencia en el marco de una medida cautelar.

C. Cooperación y coordinación

26. Las disposiciones de los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia que contemplan la cooperación y coordinación entre tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia⁴⁸ son pertinentes en el contexto de la localización y recuperación civil de bienes en procedimientos de insolvencia dada la dificultad de lograr un acuerdo internacional en materia de reconocimiento y ejecución transfronterizos de resoluciones judiciales en el caso de algunas herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles (véase el cap. III, secc. D *infra*). Estas disposiciones tienen como objetivo facilitar la comunicación directa, incluidas las solicitudes directas de información y asistencia, que puede agilizar la obtención de medidas locales en favor de medidas para la localización y recuperación de bienes dictadas en procedimientos de insolvencia extranjeros.

27. Pueden encontrarse disposiciones similares en otros textos sobre la insolvencia⁴⁹. Los Principios del ALI-III hacen hincapié en el principio 9.1 en que la cooperación entre tribunales y entre administradores debería incluir la transmisión completa y sin demora de toda la información pertinente, incluidos bienes y créditos, con miras a promover la transparencia y reducir el fraude internacional. Es posible que esa cooperación siga siendo necesaria una vez cerrado el procedimiento de insolvencia, por ejemplo para exhibir bienes o información que podrían dar lugar a la reapertura del procedimiento en algunos casos.

⁴⁷ Término definido en el apartado l) del glosario de la *Guía* como deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios con la indicación de que, en tal situación, el tribunal no nombra un representante de la insolvencia. En el contexto de la insolvencia transfronteriza, los textos de la CNUDMI señalan que la referencia al “representante extranjero” es lo suficientemente amplia como para abarcar al deudor en posesión tras la apertura del procedimiento de insolvencia. Véase, p. ej., el párr. 86 de la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la LMIT*.

⁴⁸ Véanse, p. ej., los arts. 25 a 27 de la LMIT y los arts. 9 a 15 de la LMIGE.

⁴⁹ Véanse, p. ej. los arts. 42, 43 y 56 del Reglamento de la UE y los principios C.17.2 y 17.3 de los Principios del Banco Mundial.

III. Inventario de herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles que podrían utilizarse en procedimientos de insolvencia

A. Clasificación de las herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles

28. Como se señala en el informe del Coloquio, existe en el mundo una amplia variedad de herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles. Reciben diferentes denominaciones en los distintas jurisdicciones y pueden encontrarse en diferentes fuentes de derecho. Algunas herramientas de origen jurisprudencial han sido incorporadas posteriormente en la legislación⁵⁰. Muchas de esas herramientas podrían utilizarse en procedimientos de insolvencia.

29. Las herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles pueden agruparse en distintas categorías en función de diferentes parámetros, si bien la línea que separa estas categorías no siempre es nítida y puede haber casos de herramientas específicas que encajen en más de una categoría. Según su finalidad principal, pueden distinguirse tres categorías amplias: a) herramientas que se utilizan principalmente para identificar y localizar bienes, pruebas o autores de actos ilícitos (herramientas de localización), b) herramientas utilizadas principalmente después de que se hayan identificado y localizado bienes, pruebas o autores de actos ilícitos con el fin de obtener pruebas, embargar preventivamente o incautar bienes o entablar acciones o ejecutar medidas contra autores de actos ilícitos (herramientas de recuperación) y c) herramientas que se utilizan junto con otras herramientas para garantizar su eficacia (herramientas auxiliares). Algunas herramientas pueden perseguir varias finalidades⁵¹. Algunos tribunales pueden tener margen de discrecionalidad para adaptar las herramientas a las necesidades concretas de un caso, en particular en el contexto transfronterizo⁵².

1. Herramientas de localización

30. Las herramientas de localización comprenden varios tipos de mandamientos de revelación de información. Algunos de esos mandamientos de revelación de información pueden dictarse con el fin de obtener información o documentos directamente del presunto autor de un acto ilícito mientras que otros pueden dictarse

⁵⁰ Por ejemplo, el mandamiento de registro e incautación que tuvo su origen en el caso *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd and Others* se ha incorporado en el art. 7 de la Ley de Procedimiento Civil de 1997 y en el Reglamento de Procedimiento Civil, parte 25 e instrucción práctica 25A, del Reino Unido. El requerimiento *Mareva*, que tuvo su origen en el caso *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*, se ha incorporado en el art. 37 de la Ley de Tribunales Superiores de 1981 del Reino Unido.

⁵¹ Los “mandamientos de retirada del pasaporte” pueden formar parte de esa categoría (dictados, p. ej., en el Reino Unido en virtud del art. 37, párr. 1, de la Ley de Tribunales Superiores de 1981). Estos mandamientos comportan la incautación de pasaportes y otros documentos durante un período breve. Se puede adoptar esa medida para localizar información (p. ej., sobre viajes al extranjero), restringir la circulación o impedir que se utilice un determinado bien (p. ej., un coche cuando se incauta el permiso de conducción). Véanse otros ejemplos en el informe del Coloquio, como la OERC (nota 21 de pie de página), que puede utilizarse en los Estados miembros de la UE tanto para localizar información sobre cuentas bancarias como para embargarlas preventivamente. Las herramientas en línea que existen en algunas jurisdicciones permiten poner de manifiesto y embargar preventivamente y de manera inmediata todas las cuentas bancarias de una persona o entidad jurídica a partir de su identificador único.

⁵² Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil del Brasil (arts. 294 y ss.) confiere discrecionalidad a los tribunales para que escojan la medida que estimen más oportuna para el caso en cuestión.

contra terceros⁵³. Esos terceros podrían haber participado en el acto ilícito o haberlo facilitado, de buena fe o no, o bien podrían estar en posesión de información pertinente que, por ejemplo, podría ayudar a esclarecer lo que ha sucedido con determinados bienes y su paradero. Esos mandamientos pueden dictarse antes o después de que se haya incoado un procedimiento. Suelen prevalecer sobre las normas de secreto bancario o las obligaciones de confidencialidad que, por ejemplo, tienen los bancos para con sus clientes.

31. Existen mandamientos de revelación de información en las jurisdicciones de tradición romanista y de tradición anglosajona. Los mandamientos revisten varias formas y comprenden los mandamientos *Norwich Pharmacal*⁵⁴, los mandamientos de revelación *Bankers Trust*⁵⁵, los mandamientos de revelación concebidos para apoyar los procedimientos extranjeros⁵⁶, el procedimiento de la OERC⁵⁷ y los mandamientos de revelación temprana⁵⁸.

2. Herramientas de recuperación

32. Las herramientas para obtener pruebas o embargar preventivamente o incautar los bienes a menudo se conceden *ex parte* al tiempo que se dictan otras medidas para impedir que se comuniquen prematuramente a las partes afectadas porque se considera que su carácter sorpresivo es fundamental para su eficacia. Esta situación plantea aspectos preocupantes en materia de garantías procesales y protección de la parte demandada y lleva a imponer condiciones y salvaguardias adicionales frente al uso indebido de esas herramientas, que se examinan en la sección B *infra*. Al igual que algunos mandamientos de revelación de información mencionados en la sección 1 *supra*, algunas herramientas de esta categoría pueden concebirse específicamente para

⁵³ Las diferencias entre las jurisdicciones de tradición romanista y las de tradición anglosajona en cuanto a los mandamientos dictados contra terceros son objeto de análisis en el contexto de la regla 20, enunciada en el estudio de los compiladores (Reporter's Study), que figura como apéndice de los Principios American Law Institute/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional (los "Principios del ALI/UNIDROIT"). En una nota introductoria de ese apéndice se explica que, si bien las Reglas no fueron aprobadas por el UNIDROIT o el ALI, junto con los Principios, pueden considerarse un modelo para la reforma de la legislación nacional.

⁵⁴ Tuvieron su origen en el caso *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133: acción incoada ante los tribunales para obtener información en posesión de un tercero de buena fe, que de otro modo no se puede obtener de este y que es necesaria para localizar y recuperar bienes en posesión de un demandado o de un tercero que carece del derecho a retenerlos. Véanse además las notas 67 y 69 *infra*.

⁵⁵ Tuvieron su origen en el caso *Bankers Trust Co. v. Shapiro* (1908 B.N. 3116) y fueron desarrollados en el caso *JSC BTA Bank v. Fidelity Corporate Services Ltd. et al*, HCVAP 2010/035: acción incoada ante los tribunales a fin de obtener información confidencial de una institución financiera que es necesaria para localizar o rastrear los bienes respecto de los cuales el demandante afirma tener algún derecho de propiedad, 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.

⁵⁶ Véase, p. ej., el título 28 del Código de los EE. UU., art. 1782, que permite que toda parte interesada solicite la exhibición de pruebas en poder de personas que se encuentren en los Estados Unidos para su uso en un procedimiento extranjero. El demandante debe demostrar lo siguiente: a) que no tiene a su disposición físicamente las pruebas solicitadas en la jurisdicción extranjera y b) que, si la parte a la que se solicita la exhibición de las pruebas se encontrara en la jurisdicción extranjera en la que se está sustanciando el procedimiento subyacente, el demandante podría solicitar las mismas medidas de exhibición de pruebas que solicita en los Estados Unidos. No hace falta solicitar antes la exhibición de pruebas ante el tribunal extranjero ni demostrar que el procedimiento judicial sigue en curso en el momento en que se solicita asistencia. Lo determinante es la probabilidad de que las pruebas cuya exhibición se solicita se utilicen en un procedimiento judicial extranjero o lleven a poner de manifiesto pruebas admisibles.

⁵⁷ Véase la nota 51 *supra*.

⁵⁸ Por ejemplo, la *produção antecipada de provas* en el Brasil (CPC, art. 381), los mandamientos para la práctica de pruebas extraprocesales en Colombia (CGP, arts. 183 a 190), la *mesure d'instruction in futurum* en Francia y la diligencia exhibitoria en Panamá. Existen medidas similares en Honduras y México.

superar normas sectoriales bancarias que restringen la comunicación a terceros de información sobre los clientes⁵⁹.

33. Las herramientas de este grupo incluyen una amplia variedad de requerimientos preliminares y mandamientos de conservación utilizados en jurisdicciones de tradición romanista para garantizar los bienes y las pruebas⁶⁰, si bien algunos pueden estar concebidos para ámbitos específicos del derecho⁶¹. Las directivas de la Unión Europea a que se hace referencia en el informe del Coloquio (nota 21 de pie de página) mencionan algunas de esas herramientas.

34. En las jurisdicciones de tradición anglosajona, los mandamientos de registro (e incautación), también conocidos como mandamientos *Anton Piller*⁶², se dictan *ex parte* con la finalidad de preservar pruebas o bienes de cara a procedimientos en curso o procedimientos futuros. Permiten al demandante entrar en los locales del demandado para registrar e incautar todas las pruebas o bienes que se especifiquen en el mandamiento en cuestión.

35. También es de uso extendido el requerimiento *Mareva*, que podría describirse como una acción incoada ante los tribunales por la que se 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. En algunas jurisdicciones de tradición anglosajona se recurre igualmente de manera habitual a los “mandamientos de embargo preventivo mundial”⁶³, derivados del procedimiento tramitado para dictar un requerimiento *Mareva*, pero con alcance mundial.

3. Herramientas auxiliares

36. Entre las herramientas que se utilizan en combinación con otras herramientas para garantizar la eficacia de estas últimas figuran los mandamientos de “amordazar y sellar”. Estos mandamientos ordenan al personal judicial pertinente que prohíba el acceso público al expediente (“mandamiento de sellar”) y prohíben a quien haya tenido conocimiento del expediente o de la información contenida en él que lo divulgue (“mandamiento de amordazar”). Estas medidas complementan la celebración de audiencias *ex parte* y a puerta cerrada.

37. Por otra parte, a menudo se utilizan herramientas del procedimiento penal para apoyar el procedimiento civil. Entre estas herramientas pueden citarse el decomiso de bienes sin que medie condena⁶⁴, la participación de las personas afectadas en el procedimiento penal a título de parte civil (con la posibilidad de acceder a los documentos obtenidos por la Fiscalía, solicitar mandamientos de embargo preventivo

⁵⁹ Véase, p. ej., la Ley de Pruebas Obtenidas a partir de Registros Bancarios de 1891 en los Estados Unidos.

⁶⁰ Véanse, p. ej., la prueba anticipada, el embargo preventivo, la inhibición general de bienes en la Argentina; el requerimiento preliminar para garantizar créditos pecuniarios del art. 379 8 y el mandamiento de conservación del art. 110 del Código de Procedimiento Penal (StPO) en Austria; la *saisie conservatoire* en Bélgica, y las acciones ejecutorias (incautación de cuentas bancarias mediante el sistema BacenJud) en el Brasil. Véanse también los arts. 192 y 198 de las Reglas Europeas Modelo de Procedimiento Civil del ELI/UNIDROIT (las “Reglas del ELI/UNIDROIT”).

⁶¹ Por ejemplo, los arts. 6 (“Pruebas”) y 7 (“Medidas de protección de pruebas”) de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y los mandamientos *saisie-description* en Bélgica y *saisie-contrefaçon* en Francia (art. L.616-5 del Código de la Propiedad Industrial) son pertinentes para la obtención de pruebas en procedimientos relativos a la violación de los derechos de propiedad intelectual.

⁶² Véase la nota 50 *supra*.

⁶³ Tienen su origen en el caso *Dadourian Group Int. Inc. v. Simms and Others* [2006] EWCA Civ 399.

⁶⁴ Véanse, p. ej., los arts. 70 a 72 del Código Penal de Suiza.

de bienes y pedir la restitución)⁶⁵ y otros medios de obtener información obrante en investigaciones penales para su uso en procedimientos civiles⁶⁶.

B. Condiciones de aplicación

38. Si bien los procedimientos de acceso a esas herramientas pueden variar y algunas herramientas tal vez no estén a disposición de las personas extranjeras, pueden señalarse condiciones de aplicación similares. Estas condiciones pretenden equilibrar varias consideraciones, en particular las siguientes: a) que las herramientas sean idóneas para la finalidad que se persigue, b) que las herramientas sean justas y equitativas y c) que la obtención de esas herramientas no sea innecesariamente complicada o gravosa ni comporte plazos no razonables o retrasos injustificados.

39. En particular, el demandante está obligado a alegar argumentos de peso en favor de su pretensión o indicios sólidos de un perjuicio real o posible a sus legítimos intereses⁶⁷. En función de las herramientas, el demandante quizás también deba demostrar que el demandado esté (probablemente) en posesión de los bienes, las pruebas u otra información o documentos pertinentes. En el caso de algunas herramientas, tal vez también sea necesario demostrar que el demandado, de buena fe o no, facilitó el acto ilícito⁶⁸. Para las medidas *ex parte* y secretas, es posible que el demandante tenga que aportar pruebas sólidas de la necesidad de mantener la confidencialidad y de la necesidad apremiante de otorgar la medida por el riesgo, o la “posibilidad real”, de que desaparezcan los bienes o se destruyan las pruebas. Puede ser más fácil que se estimen los requerimientos de protección de los derechos de propiedad que los requerimientos de embargo preventivo de bienes⁶⁹; quizás no haga falta demostrar un riesgo de desaparición de los bienes, sino únicamente la existencia fundada de un litigio y la justicia y conveniencia de otorgar la medida solicitada.

40. Las solicitudes pueden denegarse si no se satisfacen las condiciones para obtener la herramienta cuya aplicación se pide⁷⁰. También se pueden denegar las solicitudes por otros motivos. Por ejemplo, puede denegarse la solicitud de obtener pruebas o información si persigue la finalidad de obtener una ventaja en otro litigio en lugar de permitir la interposición de una demanda o si la solicitud constituye un intento de

⁶⁵ Véanse, p. ej., el art. 21 *bis*, párr. 2, del Código de Procedimiento Penal de Bélgica y los arts. 85 a 91-1 del Código de Procedimiento Penal de Francia.

⁶⁶ Por ejemplo, en virtud del art. 6, secc. e), párr. 3, apdo. E), inciso i), del Reglamento Federal de Procedimiento Penal de los Estados Unidos, se puede incoar una acción ante un tribunal para obtener la información recabada en el transcurso de un procedimiento de gran jurado a fin de que pueda utilizarse en otro procedimiento judicial. Si se estima la solicitud, el tribunal se encarga de entregar la información a fin de proteger la investigación penal. También se puede solicitar acceso a la información obtenida en el marco de una investigación penal de acuerdo con los tratados de asistencia judicial recíproca.

⁶⁷ Véanse, p. ej., los arts. 193 y 199 de las Reglas del ELI/UNIDROIT.

⁶⁸ Por ejemplo, una de las condiciones para imponer un mandamiento *Norwich Pharmacal* es que haya pruebas sólidas de que el tercero de buena fe participó en la operación identificada como acto ilícito fomentándola (es decir, no se impondrá el mandamiento a la persona que no tenga más vínculos con el acto ilícito que su condición de espectadora o la posesión de algún documento relacionado con él).

⁶⁹ Los requerimientos de protección de los derechos de propiedad son los que se dictan para preservar bienes respecto de los cuales un demandante alega un derecho de propiedad a fin de que puedan ser entregados al demandante si la acción de este prospera mientras que los requerimientos de embargo preventivo de bienes están concebidos para proteger al demandante frente a la desaparición de los bienes respecto de los cuales el demandante podría ejecutar, en su caso, una sentencia de manera inmediata o en el futuro (véase *Falcon Private Bank Ltd v Borry Bernard Edouard Charles Limited*, HCA 1934/2011).

⁷⁰ Por ejemplo, no puede obtenerse el mandamiento *Norwich Pharmacal* frente a personas que probablemente sean testigos o partes demandadas *prima facie* en procedimientos incoados sobre la base de un presunto acto ilícito. Es posible que también haya límites a la aplicación de ese mandamiento si se utiliza para identificar al autor de un acto ilícito en lugar de obtener información fáctica relativa al presunto acto ilícito y viceversa, para obtener pruebas en lugar de información y para apoyar un procedimiento extranjero si la jurisdicción extranjera ha establecido un régimen legal a través del cual deben obtenerse las pruebas ubicadas en el extranjero.

soslayar las restricciones o políticas en materia de obtención de pruebas en la jurisdicción extranjera, así como en los casos en que la solicitud es indebidamente invasiva u onerosa. Las solicitudes para localizar y recuperar un bien determinado utilizando una herramienta solicitada pueden denegarse si la localización y recuperación de ese bien con esa herramienta no está permitida con arreglo a la ley. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones, el demandante puede tener la posibilidad de reclamar el bien malversado o los bienes ulteriores en que se haya convertido el bien original y, en cambio, en otras jurisdicciones, tan solo se puede reclamar el bien original alegando un derecho de propiedad sobre él mientras que los posibles bienes ulteriores en que se haya convertido el bien original únicamente pueden recuperarse interponiendo demandas contra personas.

C. Salvaguardias

41. Las salvaguardias adoptan diversas formas. Pueden estar recogidas en leyes o en mandamientos judiciales e incluir exigencias como las siguientes: a) que las medidas impuestas se notifiquen a las partes afectadas (*ex ante* o *ex post*) a menos que las circunstancias del caso justifiquen otra cosa⁷¹; b) que puedan ser impugnadas; c) que sean temporales; d) que el demandante aporte una fianza o una garantía e indemnización por los daños y perjuicios que pueda ocasionar la medida solicitada, y e) que se puedan imponer sanciones, también de carácter penal, al demandante en caso de abuso o uso indebido de las medidas.

42. Los tribunales pueden disponer de distintos grados de discrecionalidad al concebir salvaguardias particulares dentro del marco de las exigencias imperativas fijadas por la ley⁷². Además, pueden imponerse normas detalladas sobre el modo en que han de ejecutarse los mandamientos judiciales y el modo en que ha de utilizarse la información o las pruebas obtenidas. Pueden imponerse en el contexto de un caso concreto o pueden aplicarse con carácter general al uso de una herramienta específica⁷³. Por otra parte,

⁷¹ Véase, p. ej., el art. 195 de las Reglas del ELI/UNIDROIT. Los tribunales de algunas jurisdicciones tienen margen de discrecionalidad para decidir si conviene notificar la medida y, en tal caso, cuándo notificarla. Véanse, p. ej., el art. 128, párr. 4, y el art. 922, párr. 1, del Código de Procedimiento Civil de Alemania, que permite al tribunal decidir si es necesario notificar una solicitud de mandamiento de incautación.

⁷² Por ejemplo, el art. 921 del Código de Procedimiento Civil de Alemania faculta al tribunal para decidir si el demandante ha de prestar garantía suficiente. De conformidad con el art. 108 de esa ley, el tribunal puede precisar el tipo y la cuantía de la garantía exigida. En Inglaterra, de acuerdo con la instrucción práctica 25A, el tribunal puede exigir que se aporte una garantía si alberga serias dudas acerca de las posibilidades de que prospere el fondo de la demanda o si el demandante se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal; en virtud del párr. 5.1, apdo. 1., el demandante tiene que comprometerse ante el tribunal a pagar los daños y perjuicios que el tribunal estime apropiados para cubrir las pérdidas sufridas por el demandado, a menos que se disponga otra cosa en el mandamiento.

⁷³ Por ejemplo, en el caso de los mandamientos *Anton Piller*, pueden regir las siguientes normas: a) los mandamientos deben ejecutarse con meticulosidad y cuidado, respetando al máximo los derechos del demandado; b) los mandamientos deben ejecutarse en días laborables durante el horario de trabajo ordinario a fin de que el demandado tenga acceso a asistencia letrada; c) deben registrarse de manera pormenorizada los materiales o bienes retirados en el momento de ejecutar el mandamiento; d) la persona que ejecute el mandamiento debe ser neutral y tener experiencia; e) durante la notificación y ejecución del mandamiento, debe estar presente un abogado supervisor que explique el mandamiento a los demandados y les dé la posibilidad de consultar con sus representantes legales; f) los demandados deben tener la posibilidad de solicitar la anulación del mandamiento alegando que se ha obtenido indebidamente si así lo desean; g) el demandado no debe acceder por la fuerza a los locales si los demandados no conceden permiso para entrar en ellos o inspeccionarlos (debe aceptar la negativa y ponerlo en conocimiento del tribunal); h) el mandamiento debe ejecutarse en presencia de los demandados o sus representantes legales; i) el abogado supervisor, de ser hombre, debe ir acompañado de una mujer si es probable que los locales estén ocupados por una mujer no acompañada; j) el mandamiento no debe exceder lo necesario y no debe retirarse material que no conste en el mandamiento; k) el número de personas que han de ejecutar el registro debe ser limitado y sus nombres deben figurar en el mandamiento; l) el mandamiento debe afirmar explícitamente que el demandado tiene derecho a acudir al tribunal en un plazo breve para impugnar el mandamiento;

rigen los principios de proporcionalidad y preponderancia de consideraciones de equidad o de equilibrio de intereses, lo que obliga a los tribunales a ponderar la solidez de los argumentos aducidos en la solicitud del demandante, el interés público que pueda haber, la urgencia, la carga práctica del otorgamiento de la solicitud y las opciones alternativas⁷⁴.

43. La atribución apropiada de la carga de la prueba, las presunciones *juris tantum* y las excepciones son mecanismos habituales para lograr el equilibrio entre los intereses opuestos en liza en la imposición de las medidas examinadas anteriormente⁷⁵. Las medidas que afectan a la dignidad humana y los derechos humanos (p. ej., libertad de circulación) pueden estar permitidas únicamente en situaciones extraordinarias y supeditadas a salvaguardias más rigurosas⁷⁶.

44. En muchas jurisdicciones, el demandante tiene la obligación de cooperar con el tribunal, entre otras vías revelando información completa, equitativa y exacta que sea pertinente para la medida solicitada al tribunal. Esto incluye no solo los hechos favorables al demandante, sino también los hechos favorables al demandado. El incumplimiento de esta obligación puede llevar a que el tribunal desestime la medida y ordene al demandante que indemnice al demandado por los daños y perjuicios y las pérdidas sufridas como consecuencia de la imposición de la medida. En función de la gravedad del incumplimiento, también pueden imponerse sanciones penales por desacato al tribunal (pena de multa o pena de prisión).

D. Reconocimiento y ejecución

45. El reconocimiento y la ejecución transfronterizos de las herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles pueden depender de muchos factores, en particular de la herramienta en cuestión, y pueden plantear cuestiones complejas relacionadas con la jurisdicción y la ley aplicable, entre otros aspectos, que no se tratan en la presente nota.

46. Por ejemplo, como se señala en el párrafo 17 d) del informe del Coloquio, las medidas de conservación o de ejecución quedan excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas (art. 1). Varias partes contratantes declararon que no ejecutarían las cartas rogatorias que tuvieran por objeto el procedimiento conocido en los países de *common law* con el nombre de “*pre-trial discovery of documents*”. Las medidas provisionales y cautelares también quedan excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial de 2 de julio de 2019 (art. 3, párr. 1 b)). Como se señala en el párrafo 5 *supra*, también quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LMSI⁷⁷.

m) el mandamiento debe contener un cláusula sobre uso limitado según la cual los documentos incautados solo pueden ser usados para el litigio en curso; n) debe prepararse una lista de todas las pruebas incautadas, que ha de entregarse al demandante para su inspección y verificación al término del registro, antes de que se retiren las pruebas, y o) si no se puede entregar al demandado una lista de pruebas en el momento del registro, los documentos incautados deben quedar bajo custodia del abogado supervisor independiente.

⁷⁴ Véanse a ese respecto los Principios del ALI/UNIDROIT, en particular el principio 8 y el comentario correspondiente.

⁷⁵ Véanse, p. ej., los arts. 26 a 32 del Reglamento Federal de Procedimiento Civil de los Estados Unidos: una de las salvaguardias contempladas frente al uso indebido de la exhibición de pruebas ordenada por el tribunal es que, si se plantea una cuestión relacionada con la exhibición, la carga fundamental recaiga sobre el demandante, quien ha de demostrar que la información puede exhibirse con arreglo a la ley extranjera.

⁷⁶ Véase, p. ej., el art. 194 de las Reglas del ELI/UNIDROIT a ese respecto.

⁷⁷ En cambio, el principio 30 de los Principios del ALI/UNIDROIT, relativo al reconocimiento, afirma que debe reconocerse una medida provisional en las mismas condiciones que una sentencia definitiva dictada en otro foro en el marco de un procedimiento que sea materialmente compatible con los Principios, a menos que el orden público material requiera otra cosa. En el comentario sobre ese principio se indica que muchas jurisdicciones circunscriben el efecto de la mayoría de las medidas provisionales al territorio del Estado que dicta la medida y cooperan dictando

47. Los mandamientos judiciales encaminados a aplicar otras herramientas para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles pueden quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de esos convenios de modo que serían reconocidos y ejecutados como sentencias por las partes contratantes. En cuanto a los procedimientos de insolvencia, excluidos del ámbito de aplicación de esos convenios, las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia abarcan esos mandamientos judiciales, incluidos los mandamientos que se dicten una vez cerrado el procedimiento de insolvencia si guardan relación con él⁷⁸.

IV. Cuestiones que se someten al examen del Grupo de Trabajo

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el objetivo del proyecto y, a partir de ahí, determinar el ámbito de aplicación y la naturaleza del proyecto de texto jurídico que la secretaría debería preparar y someter al examen del Grupo de Trabajo en un período de sesiones posterior.

49. Tal vez desee estudiar si, con independencia de la naturaleza del instrumento que se preparase, y en vista de la gran variedad de herramientas para la localización y recuperación de bienes, un futuro instrumento ha de centrarse en lo siguiente: a) la finalidad de una herramienta determinada, b) las medidas que garanticen que la herramienta cumpla la finalidad perseguida con eficacia y eficiencia y c) las salvaguardias en su aplicación. El ámbito de aplicación y la naturaleza del futuro instrumento determinarían la necesidad de incluir otros aspectos. Por ejemplo, es más apropiado que las cuestiones prácticas derivadas de la localización y recuperación de bienes en procesos civiles se incluyan en una guía de prácticas que en un texto legislativo.

50. Con independencia de su ámbito de aplicación y naturaleza, el futuro instrumento debería prepararse en estrecha coordinación con la labor conexas que realizan la CNUDMI y otros organismos⁷⁹.

requerimientos paralelos. Sin embargo, la técnica de las medidas provisionales paralelas es menos aceptable que el reconocimiento y la ejecución directas.

⁷⁸ Véase el párr. 59 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la LMSI*, que hace referencia en ese sentido a las acciones de anulación que pueden interponerse después de que se haya cerrado el procedimiento de reorganización. El párr. 60 ilustra los tipos de sentencias que pueden considerarse sentencias relacionadas con un caso de insolvencia comprendidas en el ámbito de aplicación de la LMSI: p. ej., una resolución por la que se requiera que se interroge al director de una sociedad deudora, cuando el director se encuentre en una tercera jurisdicción; las sentencias en las que se determine si un bien debe ser entregado a la masa de la insolvencia y las sentencias que determinen si ha de entablarse un acción contra un director responsable de las medidas adoptadas cuando el deudor era insolvente o en el período cercano a la insolvencia. En cambio, en el párr. 56 se señala que una suspensión automática al abrirse un procedimiento de insolvencia con arreglo a la ley pertinente relativa a la insolvencia no podrá considerarse, sin que se dicten otras resoluciones judiciales, una sentencia.

⁷⁹ Por ejemplo, la labor actual de la CNUDMI sobre la gestión de la identidad y los servicios de confianza y sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital y la labor del UNIDROIT sobre la ejecución efectiva y los bienes digitales son pertinentes para el proyecto, que incluye los aspectos digitales de la localización y recuperación de bienes y la localización y recuperación de bienes digitales.