



# Asamblea General

Distr. general  
9 de abril de 2003  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

36º período de sesiones

Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003

### Posible labor futura en materia de fraude comercial

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-4	2
II. Alcance del fraude comercial .....	5-11	3
III. La naturaleza del fraude comercial .....	12-26	5
IV. La dimensión de derecho mercantil del fraude comercial .....	27-63	9
A. Recursos .....	33-41	10
B. Medidas cautelares o embargo preventivo de fondos .....	42-44	11
C. Distribución de los riesgos .....	45-46	11
D. Terceros inocentes .....	47-48	12
E. Disuasión e información .....	49-50	12
F. La función de los profesionales .....	51-52	12
G. Terceros intermediarios .....	53	13
H. Confidencialidad de los datos .....	54	13
I. Comercio electrónico y delito cibernético .....	55-60	13
J. Insolvencia .....	61-63	14
V. Recomendaciones para la Comisión .....	64-70	15
A. Coloquio internacional .....	65-67	15
B. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional .....	68	16
C. Las dimensiones fraudulentas de las actividades comerciales como elemento central de la futura labor .....	69-70	16



## I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones celebrado en 2002, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examinó una propuesta encaminada a que la Secretaría preparara un estudio en el que se describieran las prácticas financieras y comerciales fraudulentas realizadas en diversos ámbitos del comercio y de las finanzas para que la Comisión se ocupara de ellas en un futuro período de sesiones<sup>1</sup>.

2. En ese período de sesiones, la Comisión fue informada de que las prácticas fraudulentas, que suelen ser de carácter internacional, tenían repercusiones económicas muy negativas para el comercio mundial y menoscababan los mecanismos lícitos utilizados en ese comercio. Se señaló que la incidencia de este tipo de fraudes iba en aumento, particularmente desde que el advenimiento de Internet había abierto nuevas vías para esas prácticas. Se observó que el fraude comercial y financiero tenía, entre otras, las siguientes consecuencias: 1) quedaban en entredicho los instrumentos lícitos de comercio; 2) se recurría de forma inapropiada a las organizaciones internacionales; 3) se perdía la confianza en los mecanismos para las transferencias monetarias internacionales; y 4) se incrementaban los costos para el comercio internacional. Se observó que las autoridades habían experimentado amplias y graves dificultades al combatir esas prácticas, que se derivaban de una serie de problemas. Se expresó la opinión de que la Comisión tenía la doble ventaja de tener una perspectiva gubernamental y de disponer de una pericia internacionalmente reconocida en materia de comercio internacional; además, contaba con una larga tradición de cooperación con organizaciones internacionales del sector privado y con prestigiosos expertos internacionales. Se sostuvo además que la Comisión estaba bien situada para apreciar la labor de instituciones comerciales y financieras cuya cooperación era esencial para el éxito de sus actividades, y que muchas de estas prácticas fraudulentas guardaban relación con cuestiones que se habían abordado específicamente en textos de la Comisión. Se propuso que la Comisión pidiera a la Secretaría que preparara un estudio sobre las prácticas financieras y comerciales fraudulentas a fin de describir las formas en que el riesgo de tipos comunes de fraude afectaba al valor de los compromisos contractuales y financieros<sup>2</sup>.

3. En ese mismo período de sesiones, la Comisión observó que las medidas para combatir el creciente problema del fraude financiero y comercial preocupaban mucho a los gobiernos y que ese fraude minaba la confianza en los mecanismos de comercio, finanzas e inversiones, con el consiguiente efecto desestabilizador de los mercados. Se reconoció que las entidades mercantiles de los países en desarrollo, al tener escasa experiencia con los instrumentos de comercio internacional, eran particularmente vulnerables y se beneficiarían de la información y del asesoramiento que se les diera para evitar que fueran víctimas de fraude. Se observó que la labor de la Comisión ayudaría también a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a formular o a ajustar regímenes legislativos y no legislativos de derecho privado que fueran más adecuados para prevenir las maniobras fraudulentas. Tras deliberar, la Comisión convino en que

---

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/57/17)*, párrs. 279 a 290.

<sup>2</sup> *Ibid.*, párrs. 279 a 285.

sería útil preparar el estudio propuesto para someterlo al examen de la Comisión, sin comprometer en esos momentos a la Comisión a que adoptase ninguna medida sobre la base del estudio, y en el entendimiento de que esa labor sólo podría emprenderse si no absorbía los recursos precisados para otros proyectos que figuraban en el programa de la Comisión<sup>3</sup>. Sobre la base de esas consideraciones, la Secretaría convocó una reunión de expertos que se celebró del 2 al 4 de diciembre de 2002 en Viena (Austria), en la sede de la secretaría de la Comisión, para examinar este tema y contribuir a la redacción de la presente nota para la Comisión<sup>4</sup>.

4. La presente nota se ha preparado de conformidad con las consideraciones de la Comisión. En ella se analizan las repercusiones y la trascendencia del fraude comercial, el significado y la naturaleza del fraude comercial, los aspectos generales del derecho mercantil que se ven afectados por el fraude comercial y posibles iniciativas que pudiera adoptar la Comisión.

## II. Alcance del fraude comercial

5. El fraude comercial es un fenómeno social y político que en los últimos años se ha convertido en un grave problema internacional. No existen cifras exactas que ilustren las pérdidas pero, a juzgar por las evaluaciones de los expertos y las pruebas circunstanciales disponibles, el fraude comercial es una lacra para el comercio internacional, que puede ocasionar aun más pérdidas.

6. Las cifras disponibles proceden principalmente de las sentencias civiles y penales notificadas. Según las cifras halladas, el fraude ha provocado pérdidas directas del orden de miles de millones de dólares EE.UU. al año<sup>5</sup>. Los problemas que plantea el cálculo de las cifras exactas de pérdidas son los siguientes:

<sup>3</sup> *Ibíd.*, párrs. 287 y 290.

<sup>4</sup> La Secretaría desea agradecer la labor del *Institute of International Banking Law and Practice* y de su Director, el Profesor James E. Byrne, concretamente por la preparación de los documentos para las reuniones de expertos.

<sup>5</sup> En uno de los casos, *Komerčni Banka AS* contra *Stone and Rolls Ltd.* [*Queen's Bench Division (Commercial Court)*] [2002] EWHC 2263 (Comm), [2002] All ER (D) 239 (noviembre)], referente a un fraude de préstamos y cartas de crédito que afectó al Reino Unido, la República Checa y Austria, se estiman pérdidas por valor de 400 millones de dólares EE.UU. Este caso se cita como ejemplo, pero no es el único. Por ejemplo, en el caso *Nissho Iwai* contra *Korea First Bank*, N° 147/2002 (NY Ct. App. 2002) [Estados Unidos], entre el Japón, Corea y los Estados Unidos de América, se registraron pérdidas de 75 millones de dólares EE.UU. a causa de una inducción fraudulenta en que un banco emitió una carta de crédito por un valor superior al que pretendía el banco. En el caso *Malaysian International Trading Corp.* contra *Interamerica Asia Pte. Ltd.* 2002-4 SLR 537, 2002 SLR LEXIS 156 [Singapur], se perdieron 75,1 millones de dólares EE.UU. en la venta de oleína de palma. En la serie de casos de fraude de *Solo Industries*, se perdieron 300 millones de dólares EE.UU. (Andy Holder, "\$ 300 m loss underlines the case for due diligence" *Commercial Crime International*, febrero de 2000, 1, 6-7), mientras que los bancos perdieron 600 millones de dólares EE.UU. en el fraude de *RBG Metals Trading (Documentary Credit World*, junio de 2002, 6-7). Existen muchos otros ejemplos similares entre los casos civiles y penales notificados. En uno de ellos, se incautaron recientemente en Europa y Asia falsas "notas federales" de los Estados Unidos teóricamente valoradas en más de 6 billones de dólares de EE.UU. La venta de esas notas está muy extendida e incluso se "negocian" en todo el mundo, aun cuando no hayan sido emitidas por el Gobierno de los Estados Unidos y

a) Dos de las dificultades para determinar las cifras radican en que las pérdidas no suelen coincidir con el año de calendario y en que no es fácil dividir los casos en categorías y hacer distinciones entre el fraude comercial, el fraude del consumidor y otros tipos de actividades similares. No obstante, se ha intentado apoyar la estimación antes mencionada. En un determinado tipo de fraude comercial, el fraude de “alto rendimiento” o de “banco principal” (véase más abajo el párrafo 25) las pérdidas internacionales se estiman por lo bajo en 1.000 millones de dólares EE.UU. anuales<sup>6</sup>. En otra evaluación, la Cámara de Comercio Internacional de Austria estima que sólo en Austria las pérdidas ocasionadas por fraudes comerciales equivalen a 100.000 puestos de trabajo anuales<sup>7</sup>;

b) Otra dificultad para evaluar las pérdidas resultantes del fraude comercial radica en que, además de las cantidades efectivamente perdidas, hay que contar los costos indirectos como los de investigación y enjuiciamiento, los costos de recuperación, y las repercusiones de las pérdidas en el empleo y en los comercios. Estas pérdidas son difíciles de evaluar o de estimar en cada caso y aun resultan más difíciles de determinar a nivel global;

c) Otro obstáculo aun mayor para determinar el alcance del fraude comercial es la conclusión a la que llegan los observadores informados de que el número de casos y la cantidad de pérdidas notificadas están muy por debajo de las pérdidas no notificadas<sup>8</sup>. Muchas de las víctimas de fraude comercial se resisten a revelar las pérdidas porque les resulta embarazoso, porque no desean revelar información desfavorable a sus competidores o prestamistas, o porque creen que es imposible recuperar las pérdidas o que la inversión en tiempo y energía para resarcirse no compensaría las sumas que podrían recuperar. Esta renuencia puede deberse también a los recursos limitados de que dispone el sistema de justicia penal en algunos Estados, donde tal vez no pueda hacer frente adecuadamente a la delincuencia comercial.

7. Pese a la ausencia de pruebas estadísticas precisas, cabe argumentar con credibilidad que el fraude comercial ha alcanzado proporciones epidémicas. Además de su potencial de progreso, el surgimiento de una economía global impulsada por la informática y la tecnología de telecomunicaciones ha dado al fraude comercial muchas posibilidades destructivas. Los autores de delitos de fraude han dado muestras de creatividad e imaginación consiguiendo que sus estratagemas resulten más flexibles y atractivas y también más difíciles de detectar y enjuiciar.

---

carezcan de valor. Estos ejemplos se han escogido al azar con el propósito de ilustrar la gravedad del problema.

<sup>6</sup> James E. Byrne, *The Myth of Prime Bank Investment Scams (Institute of International Banking Law and Practice, 2002)*, 297, pág. 12.

<sup>7</sup> Esta cifra se basa en una estimación según la cual el promedio por posición es de 100.000 euros y las pérdidas calculadas son de 3.000 millones de euros por fraude de inversión, 1.500 millones de euros por fraudes de importación-exportación, 1.000 millones de euros por fraudes de financiación de proyectos, 3.000 millones de euros por fraudes internos de las empresas, 3.000 millones de euros por corrupción, 1.500 millones de euros por espionaje, y 700 millones de euros por hurtos en los comercios. Esta estimación ilustra también la dificultad que plantea la definición como fraude comercial de una serie concreta de cuestiones y de un tipo determinado de actividades.

<sup>8</sup> La Cámara de Comercio Internacional de Austria estima que sólo se revelan entre un 5% y un 10% de las pérdidas.

8. Además, existen considerables indicios de que los delincuentes organizados se han percatado de que el fraude comercial les puede reportar notables ingresos con riesgos relativamente bajos y, por consiguiente, han empezado a explotar este filón. Así pues, además de su potencial para perturbar las economías, el fraude comercial brinda una oportunidad al terrorismo mundial.

9. La amenaza del fraude comercial no se traduce únicamente en pérdidas directas e indirectas para las distintas víctimas, por graves que sean. El fraude comercial tiene además el potencial para desprestigiar a las empresas y desestabilizar las industrias, las regiones, el sistema bancario internacional, los mercados financieros, los instrumentos de comercio internacional, el comercio internacional y los propios Estados. Al mismo tiempo, el fraude ya ha causado grandes daños a pequeños países en desarrollo y, de seguir incontrolado, podría amenazar a otros.

10. Las causas fundamentales de esta proliferación del fraude comercial son muy diversas. Entre ellas cabe destacar los adelantos tecnológicos y la globalización del comercio, incluida la internacionalización de la banca y de las finanzas. El comercio internacional ofrece un marco idóneo para los fraudes comerciales al permitir que quienes los cometen se aprovechen de los puntos débiles de los sistemas internacionales, concebidos en función de los intereses comerciales y la actuación de buena fe, así como de las dificultades que plantea la sustanciación de acciones civiles o penales en situaciones transfronterizas. Además, los sistemas actuales de banca y transportes no han seguido el ritmo de las realidades del comercio moderno a nivel del derecho y de las prácticas, y actúan sobre la base de medidas provisionales y no de reformas fundamentales. Estas medidas temporales propician el fraude.

11. Si bien sería útil elaborar estadísticas sobre el alcance del fraude comercial y habría que alentar esa labor, las pruebas existentes sobre su alcance y sus repercusiones ya ilustran con creces que el fraude es un problema internacional de tanta magnitud que justifica que los gobiernos y que la comunidad internacional estudien la naturaleza del problema y se planteen la necesidad y las posibilidades de concertar medidas.

### **III. La naturaleza del fraude comercial**

12. No es posible ni necesario definir con precisión el fraude comercial. A efectos de la presente nota, cabe describirlo como una conducta comercial que desborda gravemente el marco aceptable de las normas comerciales utilizando de manera ilícita formas lícitas de comercio. El fraude comercial puede tener consecuencias civiles, normativas o penales y puede también afectar a cuestiones que entran más bien en el ámbito de la legislación o de las reglamentaciones para el consumidor.

13. El fraude comercial no supone necesariamente una conducta activa y puede cometerse en algunas situaciones en que el silencio o las omisiones pueden inducir a error y cuando existe la obligación de publicidad dictada por la ley o los usos comerciales, o a raíz de revelaciones o declaraciones parciales.

14. La conducta que constituye fraude comercial puede guardar parecido con conceptos jurídicos generales como la negligencia o los daños extracontractuales

intencionados y puede ser enjuiciable en virtud de esos conceptos. Si bien una conducta negligente no constituiría de por sí un fraude comercial, los actos de suma temeridad o de incumplimiento doloso de las mínimas reglas aceptables de conducta comercial se aproximan al concepto de fraude comercial. En algunos ordenamientos, una conducta que constituya fraude comercial puede dar pie a acciones legales basadas en conductas torticeras como la falsa presentación de hechos o el engaño.

15. No está claro el modo en que puede determinarse la existencia de fraude comercial. Según uno de los criterios, el factor determinante es la intención de fraude. Si bien este criterio da una explicación válida de muchos casos de fraude comercial, es menos útil en casos límite en que, de hecho, la intención está implícita. En otros enfoques se equipara el fraude comercial a la falta de buena fe, si bien el valor de esta caracterización puede depender del significado y de lo que se entienda por buena fe. En todos los casos, cabe decir que la mala fe supone fraude comercial, pero el concepto de mala fe no es conocido en todo el mundo y raras veces se define con precisión. Dado que el concepto de falta de buena fe no es preciso, su utilización como criterio de fraude comercial sirve a veces de explicación para la conclusión de que ha habido fraude y no como factor que pueda determinar la presencia de fraude, especialmente en situaciones límite.

16. Si bien no existe ninguna tipología convenida sobre el fraude comercial, existen unas pautas reconocidas sobre este concepto que son útiles para determinar ese fraude y para ilustrar las cuestiones que se plantean al tratar de distinguirlo de otros fenómenos similares.

17. Las maniobras de fraude comercial tienen en común el hecho de que se aprovechan del carácter internacional de una operación y de que: 1) abusan de los instrumentos de comercio internacional; 2) utilizan o recurren a los sistemas de pagos o de banca internacionales; y 3) cuentan con cierto tipo de colaboración entre varias personas, cada una de las cuales actúa, aparentemente, por su cuenta.

18. El mayor problema para el derecho mercantil es el de distinguir entre el fraude comercial y el incumplimiento de un contrato o de una obligación<sup>9</sup>. Esto último, aunque esté amparado por recursos legales que supongan el pago de daños y perjuicios no se entiende de por sí como fraude comercial. En este sentido, adquiere una considerable importancia el grado de incumplimiento de las normas comerciales aceptadas. Para que haya fraude comercial tienen que haberse transgredido claramente las normas comerciales aceptables.

19. Por ejemplo, es un hecho aceptado que en las actividades comerciales puede haber situaciones en que el incumplimiento de una obligación contractual por una parte pueda considerarse una transgresión de normas comerciales aceptadas. La existencia de fraude depende del grado de incumplimiento. Cuando el incumplimiento no es intencionado, no suele considerarse fraude comercial. En cambio, cuando es deliberado, ya no está tan claro si hay fraude comercial o no. Cuando, por ejemplo, la transgresión de una norma radica en la deficiencia de la calidad de las mercancías, es probable que haya incumplimiento de contrato pero no

---

<sup>9</sup> Los actos de incumplimiento de contratos y obligaciones pueden contener también elementos de fraude, pero en caso de incumplimiento de contrato existen recursos legales adecuados en el derecho de los contratos o en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. El tipo de fraude comercial que se analiza en la presente nota es la actividad que se aparta gravemente de las normas comerciales.

fraude comercial, aunque el vendedor haya actuado deliberadamente. Si un vendedor se niega a suministrar las mercancías esperando obtener un mejor precio de otro comprador, no está claro si esa actitud constituye fraude comercial. Aunque ello constituya un incumplimiento del contrato, que en la mayoría de los casos permita su resolución, se considera en general que no constituye un caso de fraude comercial, si no se dan circunstancias suplementarias. Del mismo modo, si un comprador se niega a cumplir a fin de obtener un mejor precio, se considera que esta conducta comercial no es aceptable y puede acarrear el pago de daños y perjuicios, pero en general no se equipara a un fraude comercial. Por consiguiente, el grado de transgresión de las normas comerciales aceptables, aunque sea un criterio impreciso, constituye un factor práctico para determinar la existencia de fraude comercial.

20. Por otra parte, cuando el vendedor envía mercancías que carecen de todo valor comercial o cuando el comprador recibe las mercancías y elude el pago sin ningún tipo de justificación comercial, es probable que haya fraude comercial. Pueden darse factores suplementarios que conviertan un incumplimiento no fraudulento de contrato en fraude comercial. Por ejemplo, cuando se da una descripción material falsa de la calidad de las mercancías y cuando esa falsa descripción encubre un defecto grave de las mercancías de modo que, al utilizarse dichas mercancías, resulten violadas las disposiciones legales sanitarias o de seguridad, puede haber fraude comercial.

21. Además, puede haber fraude comercial en sentido general incluso cuando las partes no incumplan el contrato. Por ejemplo, cuando se compran y se venden mercancías legales controladas por intereses delictivos y en la compraventa no se pagan los impuestos locales, los contratos de los compradores y de los vendedores pueden ser lícitos sin que hayan indicios de fraude comercial, pero en tal caso toda la cadena de transacciones afecta a la comunidad comercial y constituye fraude comercial porque menoscaba la libre competencia y la igualdad de condiciones entre los productores lícitos que sí pagan impuestos. Otro caso en que tal vez no haya recursos de derecho civil es el blanqueo de mercancías, que de hecho es equiparable al blanqueo de fondos obtenidos en violación de la ley.

22. A menudo se realizan operaciones comerciales utilizando documentos para el envío, el almacenamiento y la inspección de mercancías o para otros aspectos relacionados con la entrega o la producción de dichas mercancías. Se suele considerar falsificado todo documento que contenga una firma falsificada o que haya sido alterado indebidamente, mientras que es fraudulento todo documento que sea totalmente falso. A veces se utilizan los dos términos indistintamente. La falsedad o los documentos fraudulentos dan lugar a fraude comercial, a veces incluso en situaciones en que las mercancías propiamente dichas cumplen los requisitos del contrato entre el comprador y el vendedor. Por ejemplo, cuando la financiación o el pago se basen en documentos de titularidad falsificados, el hecho de que las mercancías sean o no conformes al contrato ya carece de importancia. Además, cuando se confía en declaraciones consignadas en un documento, los documentos falsificados o fraudulentos constituyen fraude comercial, independientemente de que la persona que los emita desconozca o no su carácter fraudulento.

23. Cuando se utilicen instrumentos financieros de compromiso en una operación comercial, su inducción, emisión o utilización fraudulenta con fines comerciales

indebidos constituyen también fraude comercial, al igual que su falsificación, su creación fraudulenta o su modificación.

24. Entre los demás ejemplos de fraude comercial cabe destacar:

a) La utilización indebida de títulos bursátiles, incluidos los títulos gubernamentales, en relación con una operación comercial, que se hayan obtenido de forma fraudulenta o falsificado o que sean fraudulentos también constituye fraude comercial;

b) La utilización inapropiada o el abuso en los transportes o en el almacenamiento de mercancías, incluidos los documentos pertinentes, también constituye fraude comercial. Este tipo de fraude puede darse cuando se envían mercancías inexistentes o gravemente defectuosas que se describan falsamente en el documento de transporte o de almacenamiento mediante la falsificación, la creación fraudulenta o la alteración de los documentos, o mediante la venta a más de un comprador del mismo cargamento (existente o inexistente) consignado en los documentos;

c) Las reclamaciones falsas o fraudulentas sobre pólizas de seguro son otro caso de fraude comercial;

d) El uso inapropiado de los sistemas de financiación para obtener fondos cuando no haya bienes, o cuando los bienes estén pignorados en beneficio de más de un acreedor sin la revelación pertinente, constituye fraude comercial;

e) La utilización inapropiada del recurso de la insolvencia para ocultar o transferir bienes por adelantado o para defraudar a acreedores constituye fraude comercial.

Todos estos fraudes comerciales pueden combinarse con otros tipos de fraude comercial y pueden producirse en cualquier etapa de la transacción, desde el principio de la negociación hasta la ejecución de la operación o el pago.

25. Además de estos actos, basados en operaciones lícitas, aun cuando se realicen inapropiadamente o se desvirtúen, existe un tipo de operación que refleja el mundo del comercio lícito pero que carece de dimensión comercial. Si bien estas operaciones varían en cuanto a la naturaleza de la inversión o de la operación, ofrecen beneficios desproporcionados por inversiones sin riesgo basadas en rendimientos supuestamente recibidos del comercio realizado en mercados secretos. Estas maniobras, conocidas como operaciones de inversión “de alto rendimiento” o de “banco principal”, utilizan los instrumentos y las instituciones del comercio y la banca internacionales para inducir a la víctima a invertir y a veces se incita a inversionistas a captar a otros inversionistas, reembolsando a veces una parte de los mismos fondos invertidos como si constituyeran los beneficios prometidos de la inversión.

26. Otro tipo de maniobra fraudulenta y totalmente ilícita consiste en solicitar a la víctima asistencia y fondos por adelantado o información sobre su cuenta bancaria a fin de asegurar su colaboración, a cambio de un porcentaje, en la transferencia ilícita de fondos desde un determinado país. Aunque este tipo de víctimas suelen ser consumidores, se ha perjudicado también a muchas empresas. A consecuencia de este fraude y de su estrecha vinculación con determinados países, a algunas

empresas y a algunos ciudadanos de estos países les ha resultado difícil realizar negocios lícitos porque siempre se sospecha de ellos.

#### **IV. La dimensión de derecho mercantil del fraude comercial**

27. El fraude comercial suele estar tipificado como delito en el derecho penal. En efecto, la creciente penalización del fraude ha desdibujado los límites entre el derecho civil y el derecho penal. A consecuencia de ello, al considerarse cada vez más que el fraude comercial es únicamente un problema de derecho penal, no se tienen en cuenta o se descuidan los elementos y las repercusiones comerciales de dicho fraude. En realidad, el fraude comercial es tanto un problema de derecho mercantil como de derecho penal.

28. En muchos casos, es difícil disociar el derecho penal del derecho mercantil en lo que al fraude comercial se refiere. Una misma conducta comercialmente fraudulenta puede estar sujeta a la vez a acciones civiles y penales. Además, puede haber una dimensión normativa del fraude comercial que constituya una tercera fuente posible de acciones legales. Así pues, el fraude comercial puede estar sujeto a acciones administrativas, civiles o penales, o a una combinación de las mismas. Además, puede incluso darse el caso de que el fraude comercial afecte al ámbito mercantil sin que haya intervenciones de carácter penal o administrativo.

29. Sea cual sea la forma o la fuente de la acción legal, el fraude comercial tiene repercusiones directas e inmediatas sobre las entidades mercantiles y el comercio. En su dimensión comercial, el fraude afecta a las víctimas, a las empresas comerciales lícitas, a los empleados y a sus familias, a los acreedores y a todo el entorno geográfico que se vería perjudicado por las pérdidas de una empresa o su cierre.

30. Todos estos aspectos del fraude comercial tienen consecuencias y repercusiones en el derecho mercantil. En particular, a través de acciones civiles, el derecho mercantil puede ofrecer a esas empresas medios para resarcirse del fraude comercial. En ciertas circunstancias, las acciones civiles tienen ciertas ventajas sobre las penales, por ejemplo, una carga de la prueba diferente y en general menos onerosa, una mayor velocidad en la obtención de bienes y una mayor flexibilidad a la hora de poner en práctica las opciones.

31. El derecho mercantil podría ser también un instrumento eficaz para prevenir y combatir los casos de fraude comercial más complejos y los que están en rápida expansión. Dado que el objetivo de este tipo de fraude es el comercio, la comunidad mercantil está en condiciones idóneas para prevenir e investigar el fraude comercial, preparar a las empresas y evitar los perjuicios.

32. Si bien debería fomentarse la cooperación con las autoridades penales y administrativas, la comunidad mercantil y el derecho mercantil tienen, independientemente de ello, una importante función que desempeñar a la hora de prevenir y combatir el fraude comercial.

## A. Recursos

33. Existe una cierta convergencia entre los sistemas de derecho penal y civil en lo relativo al producto del fraude comercial, pues en ambas ramas del derecho se plantea la cuestión de la indemnización de las víctimas del fraude. Las dificultades y las divergencias surgen a veces en el cálculo y en la determinación de las sumas correspondientes. Efectivamente, en los fraudes comerciales se realizan a menudo transferencias de fondos de un país a otro para aprovechar las dificultades, incoherencias e incompatibilidades entre diversos países y regímenes. A este respecto, los autores de los fraudes saben organizarse y cooperar con miras a eludir las medidas de represión.

34. Los recursos civiles y penales contra el fraude comercial se distinguen, entre otras cosas, por las sanciones impuestas. En el caso de una acción civil, se obliga a la parte culpable a pagar una indemnización monetaria o a actuar de determinada manera, mientras que, en un recurso penal, el principal factor es la penalización, ya sea mediante una multa o una pena de prisión, o ambas cosas. Con respecto a las acciones administrativas, las sanciones dependen del derecho aplicable y pueden incluir elementos de indemnización civil y penal.

35. Un principio importante de los daños y perjuicios en una acción civil contra el fraude comercial consiste en que la parte lesionada pueda resarcirse del perjuicio sufrido. Para resarcirla, puede concedérsele el beneficio de la negociación, cuando proceda, o restituirse los fondos perdidos, más los gastos, autorizándola además a resolver el contrato.

36. En los casos civiles de fraude comercial, los tribunales tienden a interpretar los requisitos de responsabilidad por daños y perjuicios con un criterio más amplio que el de los daños y perjuicios que se concederían en una acción por incumplimiento de contrato y requieren, por ejemplo, que los daños sean previsibles. De este modo, los tribunales pueden compensar a los terceros que puedan haberse visto afectados por un fraude comercial.

37. En algunos ordenamientos jurídicos, el fraude comercial puede estar sujeto a daños y perjuicios ejemplares o punitivos. Si bien en algunos regímenes este tipo de daños y perjuicios sólo se conceden al Estado, en otros se reconoce que pueden otorgarse también a las víctimas, si bien en los regímenes en que se permite tal medida, raras veces se concede en caso de actividad realmente comercial.

38. Sin embargo, en muchas situaciones de fraude comercial, no se dispone de suficientes fondos para atender todas las reclamaciones civiles de partes privadas. En tales situaciones, es necesario repartir el producto entre las partes reclamantes. Este proceso de distribución de fondos se complica a veces debido al carácter internacional del fraude comercial y se ve afectado considerablemente por la ubicación de los fondos. La repartición también se ve afectada por la práctica fraudulenta consistente en pagar a algunas víctimas con fondos procedentes de otras, haciendo recaer las pérdidas en los “inversionistas” posteriores.

39. Cuando se llevan a cabo procedimientos paralelos en distintas jurisdicciones con víctimas diferentes y en las que intervienen dependencias gubernamentales distintas, son muchas las posibilidades de confusión, redundancia y pérdidas suplementarias. Puede ser muy ventajoso que las diversas entidades interesadas en cobrar en un determinado caso se comuniquen entre ellas, y aun puede ser más

beneficioso fomentar esta cooperación y comunicación sistemáticamente dentro de una misma jurisdicción y en situaciones transfronterizas.

40. También plantea importantes cuestiones la prioridad relativa de las acciones penales y civiles. Es ventajoso que las acciones civiles discurran con celeridad a fin de poder retener los fondos antes de que sean ocultados o dispersados. En caso de que una acción civil vaya seguida de una acción penal o administrativa, es preciso coordinarlas todas ellas. Esta coordinación puede variar en los ordenamientos jurídicos en que la acción civil queda paralizada hasta que se resuelva la acción penal.

41. Dado que los fraudes comerciales tienen en parte la finalidad de aprovecharse de las divergencias entre los regímenes y los ordenamientos jurídicos, convendría que las autoridades que combaten el fraude comercial coordinaran sus actividades y sería útil alentar a las entidades no gubernamentales a que se esforzaran por hacer fracasar las maniobras de fraude.

## **B. Medidas cautelares o embargo preventivo de fondos**

42. Uno de los instrumentos más importantes en la lucha contra el fraude comercial es la posibilidad de obtener medidas cautelares y de embargar preventivamente los fondos. Si bien las reglas que rigen esas medidas difieren, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un mecanismo que permite a los tribunales intervenir de alguna manera para preservar o bloquear la situación o prohibir que los fondos sean transferidos o desembolsados. Los tribunales arbitrales también recurren cada vez más a facultades similares conferidas por los regímenes de los procedimientos arbitrales<sup>10</sup>. Estos recursos pueden ser sumamente valiosos en situaciones transfronterizas y convendría facilitarlos en la medida de lo posible.

43. No obstante, estos recursos pueden utilizarse también para obtener ventajas inequitativas o incluso como medio de fraude comercial. Por consiguiente, debe procurarse determinar si las medidas cautelares se ajustan a la distribución de riesgos entre las partes y a los derechos relativos de las diversas partes, especialmente cuando esas medidas sean solicitadas *ex parte*, es decir, sin consultar antes a la parte a la que vaya dirigida la medida.

44. Por las mismas razones, es conveniente que las partes en procedimientos arbitrales puedan solicitar medidas cautelares al tribunal arbitral y tengan acceso a los tribunales para que dicten medidas cautelares a su favor y las ejecuten.

## **C. Distribución de los riesgos**

45. Normalmente, las partes distribuyen expresamente los riesgos del fraude comercial en sus contratos, pero a veces la distribución está implícita en sus acuerdos, en las leyes que rigen el comercio o en las prácticas consuetudinarias. Cuando se distribuyen los riesgos, deberían poder controlarse. Del mismo modo, los

---

<sup>10</sup> El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) examina actualmente la cuestión de las medidas cautelares. En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estudió los proyectos revisados de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/523).

avisos por los que las partes declaran que no son responsables o las cláusulas de indemnización cumplen funciones similares y se aplican en ausencia de circunstancias inhabituales entre las partes comerciales.

46. Los seguros representan también un medio importante para repartir el riesgo de fraude comercial, pero también pueden ser a su vez la fuente o el objetivo de dicho fraude.

#### **D. Terceros inocentes**

47. No es inhabitual que terceros se vean envueltos en un fraude comercial. En tales situaciones, es necesario determinar sus derechos relativos. Desde hace tiempo, el derecho mercantil internacional reconoce a los terceros inocentes que hayan actuado de buena fe o sin conocimiento del fraude y conforme a las prácticas comerciales ordinarias la prioridad con respecto a los bienes que hayan adquirido. En general, esta regla es esencial para proteger la integridad de los mercados y de los sistemas.

48. No obstante, tal vez sea preciso que la comunidad internacional examine más a fondo todo el alcance de la doctrina de la compra inocente, junto con sus excepciones, con miras a dar forma a los principios que la animan.

#### **E. Disuasión e información**

49. Uno de los instrumentos más eficaces para evitar y combatir el fraude comercial es la existencia de sistemas que garanticen la transparencia y la rendición de cuentas y que, cuando se produzcan pérdidas, permitan reunir los diversos recursos de la víctima a fin de estabilizar la situación y de compensar las pérdidas. Se alienta a la comunidad mercantil a instituir sistemas que reduzcan el riesgo de fraude comercial y a prever planes de emergencia a fin de hacer frente a los problemas de fraude que puedan surgir.

50. Además, para combatir el fraude, es indispensable difundir información al respecto a todos los niveles de la vida comercial. En particular, sería muy útil determinar las pautas del fraude comercial y sus posibles objetivos, a fin de estructurar programas para advertir y preparar a las posibles víctimas. Estos programas deberían fomentarse y llevarse a cabo no sólo a nivel local y nacional sino también en el plano internacional.

#### **F. La función de los profesionales**

51. Los profesionales como los abogados, contables y asesores financieros tienen una función esencial en el comercio moderno. Como tales, asumen una enorme importancia en lo relativo al fraude comercial. Si están atentos, pueden a veces percibir los signos precursores de maniobras fraudulentas (como las incoherencias o los factores poco plausibles que nunca se observan en operaciones lícitas) antes de que las partes inocentes sean víctimas del fraude.

52. No obstante, una de las características de muchos fraudes comerciales ha sido la participación directa o indirecta de profesionales que con sus facultades han

avalado las maniobras. Cuando los profesionales contribuyen a la realización de maniobras fraudulentas, es indispensable que los responsables de sus respectivas profesiones o las autoridades normativas intervengan para proteger la integridad del oficio o que existan normas apropiadas de responsabilidad para los profesionales si éstos emiten declaraciones en nombre de una empresa involucrada en un fraude y si los terceros defraudados invocan tales declaraciones.

## **G. Terceros intermediarios**

53. Muchos fraudes comerciales dependen de la asistencia y del apoyo involuntarios de intermediarios (como bancos, porteadores, transitarios, etc.) cuya función en las operaciones comerciales está necesariamente y debidamente limitada. Si bien en muchos casos la ampliación de la obligación de esos intermediarios resultaría perjudicial para el comercio internacional, sería útil definir ciertos principios básicos de conducta comercial que deberían observarse y hacerse aplicar. Uno de estos principios es que no deben emitirse documentos sin entender su alcance comercial. La adhesión nominal a una declaración desprovista de sentido comercial puede propiciar su uso indebido. Del mismo modo, las entidades mercantiles deben abstenerse de hacer declaraciones que, según les conste, no sean ciertas. Estas reglas, además de ser el fundamento de la ética comercial, son indispensables para evitar que cierto material caiga en manos de desaprensivos que lo utilicen en detrimento de otros y que la persona que lo emita lamente al final haberlo hecho.

## **H. Confidencialidad de los datos**

54. La cuestión de la confidencialidad de los datos plantea numerosos criterios dispares. No obstante, en el debate sobre esas cuestiones debería reexaminarse cuidadosamente el respeto de la confidencialidad de los datos comerciales que siempre se utilizan para ocultar o disimular el producto del fraude comercial.

## **I. Comercio electrónico y delito cibernético**

55. Con el advenimiento del comercio electrónico no sólo han surgido mayores posibilidades de comercio lícito sino que también han aumentado las oportunidades de cometer fraude comercial. Si bien muchos de los medios por los cuales se utiliza el comercio electrónico de manera fraudulenta están orientados hacia el consumidor, existen otros que contribuyen al fraude comercial. Un hecho problemático es que las personas pueden entrar en contacto y negociar a través del comercio electrónico a distancia y sin conocerse mutuamente. Antes, esas operaciones se habrían realizado normalmente entre miembros de un sistema cerrado, lo que suponía una cierta garantía de autenticidad de la otra parte y del carácter lícito de la operación.

56. La CNUDMI ha realizado una importante labor en materia de comercio electrónico, pero muchos de los sistemas mediante los cuales se puede comprobar la identidad de las otras partes no están reglamentados por ley. El grado necesario de verificación depende de la evaluación privada de los riesgos. Por otra parte, es importante que la ley permita crear sistemas comerciales de autenticación de

mensajes y de verificación de otros aspectos de las operaciones, teniendo en cuenta la protección de los derechos de confidencialidad de los datos privados.

57. En particular, Internet ha permitido la utilización de nombres de entidades o de entidades similares que pueden inducir a error y permite además la amplia difusión y distribución de mensajes encaminados a cometer fraude. Los prestadores de servicios de Internet pueden desempeñar una importante función a la hora de hacer frente al problema del contenido perjudicial de las páginas de Internet, concretamente, en ciertas circunstancias, facilitando la transmisión de quejas a las autoridades públicas competentes y suprimiendo las páginas que promuevan el fraude comercial. Puede ser conveniente estudiar esta cuestión y, en cualquier caso, alentar los esfuerzos voluntarios por parte de los prestadores de servicios de Internet y de los participantes en el comercio electrónico. Por el momento, no obstante, tal vez sea preferible que esos esfuerzos sean voluntarios y que sean alentados.

58. Existe un vínculo entre el fraude comercial y el delito cibernético. Este último se subdivide en tres tipos generales de delitos: 1) los delitos dirigidos contra un ordenador o un sistema informático (tales como el *hacking* o los delitos de intrusión), 2) los delitos en que los ordenadores son el medio por el cual se lleva a cabo la conducta delictiva (tales como la utilización de un ordenador para enviar correos de publicidad fraudulentos), y 3) los delitos en que los ordenadores desempeñan una función accesoria respecto del comportamiento delictivo (por ejemplo, cuando los responsables almacenan pruebas de su fraude en ordenadores).

59. Si bien Internet y la tecnología informática han hecho proliferar los delitos tradicionales (como el robo de identidad, el robo de propiedad intelectual, la infracción de derechos de autor, el fraude con tarjetas de crédito, la piratería de programas informáticos, la caza de direcciones electrónicas, la extorsión y otros delitos), han incrementado también la amenaza que suponen para las empresas y los gobiernos cuando se atacan sus infraestructuras de importancia crítica (tales como los servicios públicos, la energía, los transportes y las comunicaciones).

60. Estas cuestiones guardan relación con problemas de delincuencia cibernética que, debido a la evolución de la tecnología y de las comunicaciones, hace correr un grave peligro al comercio internacional. La Convención sobre el Delito Cibernético<sup>11</sup> del Consejo de Europa (2001), que se elaboró con la cooperación activa de Estados no miembros, regula este tipo de delincuencia y merece atención.

## **J. Insolvencia**

61. La insolvencia puede utilizarse tanto para ocultar el producto del fraude comercial como para cometer el fraude en sí. En el primer caso, el responsable del fraude se declara insolvente en una jurisdicción pero oculta el producto del fraude comercial en territorios sujetos a otras jurisdicciones o lo transfiere fraudulentamente a otras personas allegadas. Normalmente, resulta difícil localizar y retener estos bienes. Conviene reconocer asimismo que el movimiento transfronterizo del producto de delitos se produce también sin que medie una declaración formal de insolvencia, pero el resultado es idéntico, ya que se defrauda

---

<sup>11</sup> Consejo de Europa, Convención sobre el Delito Cibernético, ETS 185, 23 de noviembre de 2001, publicada electrónicamente en la siguiente página de Internet: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

a la persona que tiene derecho a ese producto impidiéndole recuperarlo. En el segundo caso, se transfieren o se ocultan, a veces en territorios sujetos a otras jurisdicciones, los bienes de una empresa que está al borde de la insolvencia, pero antes de la solicitud de apertura de un procedimiento, alegando que esas transferencias, con las que se defrauda a los acreedores, son pagos efectuados en el curso normal de los negocios.

62. Cuando se transfiere o se oculta fraudulentamente el producto de un fraude comercial, puede recurrirse a diversas vías civiles y penales para localizar y retener esos bienes. Las dos vías tienen ventajas relativas en cuanto a su duración y su flexibilidad, y los diversos recursos disponibles difieren y a veces provocan conflictos o interferencias entre ordenamientos jurídicos. Estos recursos no están catalogados ni armonizados, lo cual favorece particularmente el fraude.

63. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza regula algunas de estas cuestiones y prevé un mecanismo para abordar algunos de los métodos de ocultación de bienes fuera de la jurisdicción competente facultando a un administrador de la insolvencia o a un juez sujeto a una jurisdicción para solicitar la asistencia de un tribunal o de un administrador de la insolvencia sujeto a otra jurisdicción con miras a que le facilite información o dicte medidas cautelares. Se están formulando o existen ya otros mecanismos en virtud de los cuales las autoridades penales pueden localizar y reclamar el producto de delitos como el fraude comercial. Estos mecanismos deberían fomentarse.

## **V. Recomendaciones para la Comisión**

64. A continuación se sugieren a la Comisión posibles medidas que pudiera adoptar para hacer frente a los problemas del fraude comercial.

### **A. Coloquio internacional**

65. En vista de la proliferación y de las repercusiones del fraude comercial, tal vez convenga que los gobiernos y la comunidad mercantil internacional presten una mayor atención a este problema y que quienes traten de denunciarlo y combatirlo colaboren entre sí. Actualmente, ninguna organización ha podido conciliar los intereses gubernamentales y privados de un modo que fomente la colaboración a escala internacional. A este respecto, la CNUDMI, habida cuenta de su experiencia, su reputación y sus métodos de trabajo, entre los que figura una estrecha cooperación entre los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales, puede desempeñar esta función. Además, una parte de su mandato consiste en coordinar esos esfuerzos en el campo del derecho internacional y el comercio<sup>12</sup>.

66. Una forma de entablar esa cooperación podría consistir en convocar un coloquio internacional para abordar los diversos aspectos del problema del fraude comercial y propiciar un intercambio de opiniones entre las distintas partes interesadas. Se invitaría al coloquio a gobiernos, organizaciones intergubernamentales y otras entidades que luchan contra el fraude comercial. La Comisión podría solicitar el copatrocinio de otros órganos interesados de las

---

<sup>12</sup> Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General.

Naciones Unidas y de otras entidades. Esta iniciativa podría estructurarse de tal modo que impulsara la celebración de reuniones similares con el apoyo de la CNUDMI pero sin la utilización de sus recursos. De este modo, mediante una inversión relativamente modesta en tiempo y recursos, podría fomentarse la colaboración entre las organizaciones interesadas. Además, a raíz de esta reunión podrían realizarse esfuerzos y formularse propuestas a la CNUDMI o a otros órganos.

67. Ese coloquio brindaría también la oportunidad de promover los intercambios de opinión con los sectores de derecho penal y los órganos normativos que combaten el fraude comercial y de determinar las cuestiones que pudieran coordinarse o armonizarse.

## **B. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

68. Dada la estrecha relación entre el enjuiciamiento civil y penal del fraude comercial, la Comisión tal vez desee examinar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos que la complementan<sup>13</sup>. Entre los actos proscritos por esta Convención y por los instrumentos que establece para combatir la delincuencia organizada transnacional figurarían normalmente el fraude comercial, siempre y cuando estuviera penalizado por las legislaciones penales nacionales “con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”, según lo dispuesto en el artículo 2 b) en que se define el concepto de “delito grave”. Tras examinar la cuestión y asesorarse debidamente, la Comisión, además de señalar a los gobiernos las ventajas de la Convención en cuestiones como el fraude comercial, podría hacer notar a los gobiernos el vínculo existente entre las legislaciones penales y la Convención, a fin de alentarlos a aplicar la Convención en los casos de fraude comercial. Si dicho fraude se hace entrar en el ámbito de aplicación de la Convención, las autoridades de represión dispondrían de numerosos instrumentos de carácter internacional que podrían ser de considerable utilidad en la lucha contra el fraude comercial transfronterizo.

## **C. Las dimensiones fraudulentas de las actividades comerciales como elemento central de la futura labor**

69. Conviene señalar que algunos de los textos de la CNUDMI han regulado cuestiones relacionadas con el fraude comercial. Estos instrumentos son la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios. Esas cuestiones se habían abordado porque guardaban

---

<sup>13</sup> Nueva York, 15 de noviembre de 2000: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

una estrecha relación con los temas centrales de esos instrumentos. La Comisión tal vez desee dar a esos textos existentes un mayor relieve, destacando su utilidad en la lucha contra el fraude comercial.

70. Además, estas consideraciones pueden contribuir a que la Comisión, en su labor futura, tenga más en cuenta las posibilidades de fraude comercial en los ámbitos de los textos que formule y a que prevea en esos textos medidas adecuadas para afrontar el problema.

---