

**CONVENIO DE LA OCDE
DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS
EN LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES**

**Información
para las empresas
españolas con
actividades
en el extranjero**




GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE INDUSTRIA, COMERCIO
Y TURISMO

Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

**CONVENIO DE LA OCDE
DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS
EN LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES**



**Información
para las empresas
españolas con
actividades
en el extranjero**

Madrid, 2019

Catálogo General de Publicaciones Oficiales:
<https://cpage.mpr.gob.es>

Edición actualizada a 2 de mayo de 2019



MINISTERIO
DE JUSTICIA

NIPO (papel): 051-19-007-6
NIPO (pdf): 051-19-008-1

EDITA:
Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

MAQUETA:
Subdirección General de Documentación
y Publicaciones



MINISTERIO
DE INDUSTRIA, COMERCIO
Y TURISMO

NIPO (papel): 112-19-035-3
NIPO (pdf): 112-19-036-9
D.L.: M-13299-2019

EDITA:
Ministerio de Industria, Comercio y Turismo
Secretaría General Técnica

IMPRIME:
Imprenta del Ministerio de Industria,
Comercio y Turismo

El propósito de este documento es dejar constancia de la necesidad de luchar contra la corrupción en las transacciones económicas internacionales y la importancia que tiene para ello una acción coordinada de los sectores público y privado. En este sentido consideramos primordial la difusión del texto del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales así como de la legislación española sobre este tema.

Para conseguir ambos objetivos, el documento se divide en dos partes bien diferenciadas: por un lado diversas notas breves que se refieren a la importancia de la corrupción en las transacciones económicas internacionales y a sus nocivos efectos sobre ellas, y que dan además un rápido repaso a lo que es la OCDE, el Convenio de la OCDE para luchar contra la corrupción y la situación de España en cuanto a su cumplimiento y legislación; la segunda parte recoge la traducción oficial del texto del mencionado Convenio, sus Comentarios y las Recomendaciones al respecto del Consejo de la OCDE.



Índice

Parte I

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)	7
La corrupción en las transacciones económicas internacionales	8
La OCDE y la lucha contra la corrupción	8
Necesidad de un convenio internacional	9
Las claves del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción	11
Medidas preventivas que pueden adoptar las empresas	13
España y el Convenio de la OCDE. Legislación española	15
Legislación española	17

Parte II. Textos legales OCDE

Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales	23
Comentarios al convenio de lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales	31
Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales	39
Anexo I	50
Anexo II	53
Recomendación del Consejo sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales	57



PARTE I

LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)

En 1948, inmediatamente después de la II Guerra Mundial, surgió la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica), para administrar los fondos del Plan Marshall. En 1960 dicha organización es sustituida por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), que se convierte en un instrumento multilateral para promover el máximo crecimiento económico entre sus miembros y la mayor apertura al comercio y a las inversiones internacionales. La OCDE provee a sus miembros de un foro en el que se identifican las mejores prácticas en materia de políticas públicas y en donde el intercambio de información y de experiencias sirve de base para construir mejores decisiones en el ámbito del quehacer público nacional e internacional.

La OCDE es una organización principalmente de carácter económico, que agrupa a 37 países en un foro único para discutir, desarrollar y perfeccionar sus políticas económicas y sociales. Sus miembros comparten cierto grado de homogeneidad respecto a los principios de política económica, de democracia plural y de respeto a los derechos humanos. Es una organización muy poderosa económicamente, debido a que sus miembros producen dos terceras partes de la totalidad de los bienes y servicios que se consumen en el mundo, pero no por ello es una organización exclusivista o elitista.

Opera como coordinador de las políticas nacionales e internacionales de los países miembros y no miembros, con el fin de enfrentar los retos de un mundo cada vez más globalizado. Los intercambios de ideas en este foro tienen como objetivo el crear acuerdos que actúen de una manera formal (por ejemplo, acuerdos obligatorios por ley para eliminar la corrupción) o elaborar códigos que permitan el libre flujo tanto de bienes como de servicios y capitales. Asimismo, la OCDE ha creado distintos instrumentos que, sin tener el carácter de ley, funcionan como recomendaciones, como por ejemplo, «Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales».

Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Lituania, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La Unión Europea, sin tener categoría de miembro, participa activamente a través de la Comisión Europea en los trabajos de la OCDE, en sus comités y grupos de trabajo.



LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

Con el crecimiento de las actividades económicas transfronterizas también se han incrementado los efectos nocivos colaterales relacionados con prácticas corruptas en el escenario económico internacional. Para los empresarios que tienen actividades globales, contar con un marco de acción justo y predecible para realizar sus actividades es esencial.

La corrupción acarrea un sinnúmero de consecuencias negativas, entre las que cabe destacar como más importantes que distorsiona los precios y las condiciones del mercado, reduce la confianza en las autoridades, afecta el desarrollo económico sostenible de los países y las empresas, desincentiva la inversión, aumenta la incertidumbre para realizar transacciones económicas internacionales e incrementa los costes de operación de las empresas en las mismas.

Cada vez más empresas y Gobiernos reconocen que la corrupción eleva los costes y riesgos en todo tipo de transacciones, por lo que de común acuerdo se han decidido a trabajar coordinadamente para incrementar la transparencia en las economías globales, fortalecer las políticas y prácticas del gobierno corporativo y reforzar las reglas del juego en la economía internacional.

Durante mucho tiempo, el fenómeno de la corrupción se consideró como un fenómeno nacional. Más tarde, la globalización provocó que muchos de estos problemas que eran considerados meramente locales se convirtieran en problemas que necesitaban de soluciones globales, y de ahí surgieron múltiples esfuerzos multilaterales para combatir la corrupción.

Es así como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa y el Banco Mundial, entre otros, enfocaron sus esfuerzos en combatir el fenómeno de la corrupción.

Una de las principales contribuciones internacionales en cuanto a este tipo de reglas globales para combatir la corrupción fue la firma del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

LA OCDE Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La OCDE, al igual que otras instituciones de la comunidad internacional, ha dedicado grandes recursos para combatir la corrupción, debido a sus graves consecuencias en el desarrollo de las personas y las economías. El papel de esta institución es fundamental en el largo plazo, ya que ningún país será capaz de asumir los costes políticos, económicos y sociales que se deriven de la corrupción.



Existen dos grandes vías de actuación por las cuales los organismos internacionales pueden encauzar sus esfuerzos contra la corrupción:

— Por una parte, pueden incentivar la lucha contra la corrupción desde la demanda, concentrándose en poner obstáculos a las exigencias de los funcionarios públicos para recibir un beneficio o pago extra a cambio de favorecer a alguien o de realizar un servicio. Ejemplos de los instrumentos internacionales que se han adoptado para este fin son la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de Estados Americanos, y las Recomendaciones para mejorar la Conducta Ética en el Servicio Público, de la OCDE.

— Por otro lado, los organismos internacionales pueden enfocar sus esfuerzos hacia áreas relacionadas con la oferta, concentrando sus esfuerzos en frenar a quienes están dispuestos a hacer pagos irregulares con el fin de recibir mejor atención de los funcionarios, o bien de hacer más atractivas las oportunidades de negocio. Este es el caso del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales Internacionales, así como de la Recomendación sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y de la Recomendación para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, ambas también de la OCDE.

NECESIDAD DE UN CONVENIO INTERNACIONAL

La primera iniciativa en la que un gobierno involucró directamente a las empresas en la lucha contra la corrupción se produjo cuando una empresa estadounidense recibió una importante sanción por incurrir en pagos ilegales para la obtención de determinados contratos internacionales; aquello marcó un precedente importante en la forma de hacer negocios en Estados Unidos. El mensaje era claro: las reglas del juego habían cambiado y las instituciones de la Administración de Justicia de ese país no permitirían más actividades irregulares en las transacciones económicas internacionales. Así, a partir de 1977 en Estados Unidos, tras la publicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act o FCPA), toda aquella empresa o persona estadounidense que realice ofrecimientos, promesas o emita algún pago a servidores públicos, partidos políticos o candidatos extranjeros, con el fin de beneficiarse económicamente de esta acción, está sujeta a fuertes sanciones económicas y hasta a encarcelamiento.

Un paralelo se puede establecer en el ámbito económico internacional con la firma del Convenio de la OCDE. En 1997 se firmó este instrumento jurídico internacional, declarando ilegal el pago de sobornos en las transacciones económicas internacionales. Adicionalmente, ese mismo año la OCDE adoptó

la Recomendación revisada para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que complementa el Convenio sobre temas como las compras gubernamentales y el papel de los requisitos contables, de las auditorías externas y de los controles internos de las empresas. Un año antes, en 1996, la OCDE había adoptado la Recomendación sobre la deducibilidad fiscal de los pagos ilícitos a agentes públicos extranjeros, en donde se establecía la prohibición de deducir fiscalmente los pagos de soborno efectuados por las empresas, práctica que era una posibilidad real en algunos países industrializados.

El Convenio entró en vigor en 1999 y, como se ha dicho, tiene como objeto asegurar una libre competencia, no viciada por prácticas corruptas. Este objetivo se ha traducido en el compromiso, asumido por los países firmantes, de introducir las modificaciones legales necesarias para poder castigar los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus nacionales, con el fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

En la actualidad, un total de 44 países (los 37 miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Perú, Rusia y Sudáfrica) han adaptado su legislación y ratificado el Convenio.

Adicionalmente, con la firma del Convenio se pretende nivelar el campo de juego económico internacional al evitar que empresas que incurran en prácticas comerciales indebidas y que no sean penalizadas en sus países de origen cuenten con una ventaja indebida en el momento de realizar actividades económicas internacionales. Esto tiene también un impacto beneficioso en la participación de las pequeñas y medianas empresas en un entorno globalizado, ya que no tendrán por qué ser marginadas de los contratos internacionales si estos son asignados transparentemente y no como resultado de prácticas corruptas.

Con el Convenio de la OCDE las empresas tienen la posibilidad de recibir el apoyo de sus autoridades y de las del resto de países miembros de la OCDE, para actuar en caso de detectarse alguna mala práctica en las adjudicaciones de los grandes concursos internacionales y perseguir el delito, de existir. Por otra parte, las empresas que se escuden bajo la posición de «relativismo cultural» para incurrir en este tipo de prácticas, bajo el supuesto de que «así se hacen las cosas en este país», tendrán que pensárselo dos veces. La posibilidad de ser penalizadas es ahora una realidad y eleva significativamente los costes de incurrir en prácticas de soborno.

Sin duda, en un escenario de total apertura a la globalización, la adopción de este tipo de estándares contribuye a fortalecer la gobernabilidad mundial y a establecer reglas claras y equitativas en las transacciones económicas internacionales.

Debe subrayarse que el Convenio, aun cuando se refiera en su título en español a las «transacciones comerciales», se aplica igualmente a las inversiones. El término utilizado en el título español del Convenio que acabamos de señalar es una traducción del término inglés «business», que claramente hace alusión a ambos conceptos: transacciones comerciales e inversiones. Hubiera sido por tanto, quizá, más acertado referirse a las «transacciones económicas internacionales».

LAS CLAVES DEL CONVENIO DE LA OCDE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El Convenio tiene un objetivo muy claro: penalizar a las empresas y a las personas que, en sus transacciones económicas internacionales, prometan o den gratificaciones u otros beneficios a agentes públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus negocios. A través de él, se definen el delito, la base jurisdiccional, las disposiciones secundarias y la organización de la cooperación mutua entre los estados miembros en asuntos de apoyo y extradición. Incluye, además, mecanismos preventivos tales como homologaciones contables y de auditoría para las empresas. Así, el Convenio estipula obligaciones para los países firmantes en cuatro aspectos:

- penal,
- contable y financiero,
- asistencia jurídica mutua, y
- blanqueo de dinero.

En el primero de ellos, el Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Cabe señalar que este instrumento también sanciona la complicidad. En este sentido, si una empresa matriz autoriza el pago de soborno a una subsidiaria en el exterior, se aplicarán las leyes penales en contra de la empresa matriz y cualquiera de sus directivos que resulte responsable (sin importar en qué país se encuentre).

En el ámbito contable, establece una serie de recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. A través del artículo 8 del Convenio, se exige a los países miembros tomar las medidas necesarias para establecer sanciones de carácter civil, administrativo y penal por concepto de omisiones, alteración, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros, con el propósito de sobornar a funcionarios extranjeros u ocultar el cohecho.

El Convenio también señala que detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación contra el blanqueo de capitales. Hasta antes de la aprobación del

Convenio los pagos extraoficiales a funcionarios extranjeros en bancos del exterior no eran considerados como blanqueo de capitales, y estaban protegidos por la normativa bancaria. Con la entrada en vigor del Convenio se busca dificultar que los infractores disfruten de sus ganancias indebidas en otros países, ya que los pagos de soborno pueden ser confiscados.

Dado que frecuentemente se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer apoyo legal oportuno y a compartir información relevante de manera oportuna, además de establecer disposiciones relativas a la extradición.

Para determinar el nivel de cumplimiento de los países firmantes, se estableció un mecanismo de seguimiento y evaluación, basado en el control entre los propios miembros («peer review»). Este mecanismo analiza cuánto han avanzado los países en la puesta en práctica de la legislación interna necesaria para castigar este delito, y hasta qué punto su infraestructura jurídica permitiría llevar adelante un juicio por soborno basado en el Convenio de la OCDE.

Así, y con el fin de garantizar que, en el futuro, no existan problemas en la aplicación del Convenio, se establecieron inicialmente dos fases de evaluación.

En la fase 1, el propósito del grupo consistió en comprobar la suficiencia de la legislación penal vigente del país examinado, a efectos de un cumplimiento adecuado de los compromisos asumidos en el Convenio. El resultado de este examen suele dar lugar a unas recomendaciones de modificación de aquellos aspectos que se consideran poco apropiados.

En la fase 2, el principal propósito fue verificar que la estructura global del sistema establecido para aplicar el Convenio garantiza un cumplimiento eficaz. El ámbito del examen en esta fase fue más amplio, porque, a diferencia de la anterior, se incluía un análisis de los aspectos no estrictamente penales establecidos en las dos recomendaciones anejas al Convenio, tales como los relacionados con la prevención del delito, la eficacia de la investigación (coordinación de las autoridades judiciales y policiales, provisión de asistencia legal mutua pronta y eficaz), y los programas de formación en materia de soborno de funcionarios extranjeros para jueces y magistrados y para lucha contra la corrupción, tanto de la Administración de Justicia como de otros organismos (fuerzas y cuerpos de seguridad, Tesoro, AECE, CNMV), así como con miembros de la sociedad civil (empresas, sindicatos, medios de comunicación, ONG).

Finalizadas las anteriores rondas de exámenes, comenzó la denominada fase 3, centrada en la evaluación de los avances y mejoras del cumplimiento e implementación del Convenio de la OCDE desde la fase 2, respecto a las recomendaciones impuestas por el grupo de trabajo sobre la necesidad de

realizar reformas en la legislación o en el marco institucional, con la sugerencia de ampliar las sanciones aplicables con aumento de penas y multas disuasorias, incluir los sobornos en forma de beneficios no pecuniarios, mejorar el flujo de información a los fiscales y jueces, así como los resultados e incidencias que hayan podido surgir en la aplicación efectiva de la ley y el propio Convenio.

Conforme a las reglas de procedimiento del grupo de trabajo, durante el año 2016 se inició la nueva ronda de evaluaciones en la fase 4, que desarrolla la experiencia de ciclos anteriores con un tratamiento más singularizado en las evaluaciones de los Estados parte, profundizando en los asuntos más importantes y concretos que se hayan detectado, para adaptarse de forma equitativa a las peculiaridades de cada país.

Pero se debe tener bien presente que para que este instrumento realmente logre los objetivos que se ha propuesto se requiere un apoyo decidido no solo de los Gobiernos de los países firmantes, sino también de las empresas que se sientan afectadas por esta práctica y de los ciudadanos que no toleran la corrupción.

MEDIDAS PREVENTIVAS QUE PUEDEN ADOPTAR LAS EMPRESAS

Con todo lo anterior, se intenta preservar la libre competencia y la competencia equitativa en las transacciones económicas internacionales. En los casos en que una empresa sea responsable de soborno de algún agente público extranjero, la OCDE recomienda imponer las siguientes sanciones:

- la exclusión del derecho a gozar de ayuda o beneficios públicos,
- la descalificación temporal o permanente para participar en compras gubernamentales o para desempeñar otras actividades comerciales,
- la puesta bajo supervisión judicial, y
- la orden judicial de liquidación.

Así pues, si algún representante de una empresa ofrece, promete o efectúa un pago indebido u otra ventaja a un funcionario público extranjero con el propósito de obtener un beneficio económico o cualquier otra ventaja indebida en la realización de transacciones económicas internacionales, la empresa corre el peligro de quedar al margen de cualquier negocio/contrato oficial/gubernamental o, incluso, de ser liquidada por una orden judicial.

Es por ello que vale la pena señalar que existen diversos mecanismos de prevención para no caer en dicho tipo de delitos. La mayoría de las empresas que han estado involucradas en algún tipo de violación del Convenio ha pasado por un arduo proceso de reestructuración y de formación ética de su personal. Entre las medidas preventivas que las empresas pueden adoptar se encuentran las siguientes:

— Revisar los factores de riesgo. El escenario en el que se realizan las transacciones económicas internacionales es uno de los más dinámicos que existen. Estos cambios obligan a las empresas a evaluar y revisar constantemente las áreas que, por su naturaleza, son más vulnerables al tipo de delitos que tipifica el Convenio. Muchos de estos casos surgen de las actividades que realiza el personal del área de ventas, los vendedores locales y los asociados en proyectos conjuntos. Las empresas deben considerar si sus políticas y procedimientos son adecuados para enfrentar estos riesgos.

— Dar a conocer el Convenio al personal de la empresa. Familiarizar a los empleados con el Convenio puede no ser suficiente para que a aquellos a los que se les presente un caso en el que el Convenio sea de aplicación reconozcan la gravedad de la situación y busquen la asesoría necesaria. La capacitación periódica del personal, así como la que requieren los individuos que se van incorporando a la compañía, puede reducir la probabilidad de que ocurra una violación del Convenio.

— Programas de integridad. No todas las empresas son iguales, por lo que los programas de integridad deben ser hechos a la medida de cada empresa y contar con el apoyo y compromiso total de la cúpula de la empresa (presidente, consejo directivo, etc.). Las empresas deben establecer y dar exacto cumplimiento a su código de conducta, que tiene que contener las guías éticas y legales que deben ser cumplidas por los empleados. Asimismo, las empresas deben establecer una estructura de cumplimiento que supervise y asegure que todos los empleados acatan el código de conducta. Para asegurar el éxito de estos programas, la empresa debe cerciorarse de que sus empleados reciban una capacitación legal y ética constante y adecuada.

— Auditoría legal al realizar empresas mixtas, adquisiciones y fusiones. El llevar a cabo una auditoría legal puede evitar un daño potencial a la reputación de la empresa, así como sacar a la luz conductas cuestionables de empresas con las que se tiene interés en realizar alguna transacción económica. Cabe señalar que en el caso de empresas mixtas, cuando uno de los socios viola alguna de las disposiciones anticorrupción del orden legal del país en donde opera, a pesar de que el otro socio no haya participado, las autoridades del país en donde opera la matriz o del país en donde opera la subsidiaria podrán iniciar investigaciones de la matriz y de la empresa mixta.

— Controles contables internos. La auditoría y revisión de los sistemas de control interno son esenciales para detectar oportunamente conductas irregulares o imprecisas. Las empresas deben contar con políticas contables claras y precisas que prohíban la doble contabilidad o la identificación inadecuada de transacciones. Asimismo, deben controlar que sus estados de cuenta no tengan entradas contables ambiguas o engañosas que puedan significar pagos ilegales hechos a nombre de la empresa.

- **Disciplina.** Las empresas deben asegurarse de que sus empleados entiendan que violar las políticas y procedimientos de la empresa tendrá como consecuencia la adopción de acciones disciplinarias que pueden variar desde sanciones leves a graves, incluyendo la terminación de su relación con la empresa.
- **Mecanismos de cumplimiento.** Aun las políticas diseñadas con el mayor cuidado pueden no ser efectivas en la prevención de las infracciones si no se cuenta con los procedimientos adecuados para supervisar y asegurar su cumplimiento. Esto puede requerir algún tipo de auditoría periódica que, con la ayuda de certificaciones anuales llevadas a cabo por personal experto en la materia, garantice que se cumpla con esas políticas. Es muy importante que los indicios de posibles infracciones sean investigados y resueltos a través de acciones correctivas y disciplinarias. Debido a que la puesta en práctica del Convenio depende directamente de una ejecución creíble, los empleados de las empresas deben saber que los directivos insistirán permanentemente en el cumplimiento de las políticas anticorrupción que se hayan establecido.

ESPAÑA Y EL CONVENIO DE LA OCDE. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España hace ya bastantes años que se convirtió en uno de los primeros países del mundo en la recepción de inversiones extranjeras, y con el tiempo ha llegado a ser también uno de los primeros en cuanto a inversiones realizadas en el exterior, habiendo pasado a convertirse, desde 1997, en un país exportador neto de capitales, con flujos de salida siempre superiores a las entradas.

Ello hace que, para España y sus empresas con actividades internacionales, sea de importancia primordial la lucha contra la corrupción en las transacciones económicas internacionales. En este sentido, el Parlamento (las Cortes) español ratificó el 3 de enero de 2000 (*BOE* de 22 de febrero de 2000) el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Al firmar este Convenio, España buscaba, entre otras cosas, nivelar las condiciones de competencia entre empresas nacionales y extranjeras con el establecimiento de reglas claras para las operaciones en el mercado internacional de bienes y servicios. A partir de la ratificación, España ha seguido cada uno de los pasos necesarios para cumplir con las disposiciones que dicho Convenio establece. El Convenio señala en su preámbulo que todos los países comparten una responsabilidad en el objetivo de combatir, de manera eficaz y coordinada, de acuerdo con los principios básicos legales y jurisdiccionales de cada país, el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales. Esta corrupción provoca serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales.

Señala, además, que cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito el ofrecimiento intencional de un pago indebido u otra ventaja, con el fin de que un funcionario público extranjero deje de actuar en cumplimiento de sus deberes oficiales y obtenga así un beneficio económico u otras ventajas indebidas. Se castiga además la tentativa, complicidad, incitación, ayuda e instigación relacionadas con este ofrecimiento.

Y acuerda que las sanciones penales sean eficaces, proporcionales y disuasivas, además de comparables a las aplicadas a los nacionales. Los beneficios derivados del cohecho podrán ser objeto de decomiso y las operaciones con recursos de procedencia ilícita constituirán un delito conexo, independientemente del lugar donde se hayan realizado. Cada parte, además, tomará las medidas necesarias para evitar y perseguir las irregularidades en materia contable que pretendan ocultar el cohecho a un funcionario público extranjero.

España, al igual que otros países signatarios, fue examinada por la OCDE en la fase 1 en el año 2000 (evaluación sobre la conformidad de la legislación española con los compromisos del Convenio), y en la fase 2 en el año 2006, adoptándose el informe de cumplimiento en junio de 2010, coincidiendo entonces con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mediante la cual se modificó el tipo del delito de corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales y se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas que intervinieran en esta clase de delitos.

Posteriormente, en el año 2012, España fue evaluada de nuevo sobre la aplicación y cumplimiento del Convenio de la OCDE, conforme a la denominada fase 3, que ha culminado y coincidido con la reforma del Código Penal, recogida en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y en vigor desde el primero de julio de 2015, donde se introduce una nueva sección de «Delitos de corrupción en los negocios», que incluye los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, se trate de corrupción en el sector privado (artículo 286 *bis*) o de agente público extranjero (artículo 286 *ter*), con previsión de agravaciones específicas en el artículo 286 *quater*, aplicables a unos y otros delitos, con lo cual la legislación española se acomoda definitivamente a los términos del Convenio. Esta fase finalizó en octubre de 2015.

Según el calendario previsto, España será evaluada conforme a la denominada fase 4 en 2021.

La responsabilidad tanto del cumplimiento de las recomendaciones de la OCDE como, en general, de la aplicación del Convenio Anticohecho Internacional se reparte en España entre varios departamentos ministeriales como son los ministerios de Justicia, que ejerce la función de portavoz de la delegación española en el Grupo de Trabajo sobre Corrupción de la OCDE, y los de

Economía y Empresa, de Industria, Comercio y Turismo, de Hacienda, del Interior, y de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el primero de julio de 2015, contiene, entre otras modificaciones, cambios profundos en la regulación del delito de corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales (cohecho transnacional), que queda incluido en una nueva sección, dentro del capítulo XI del título XIII del libro II del Código Penal, referida a los «delitos de corrupción en los negocios».

El artículo 286 *ter*, que contiene ahora este delito de corrupción o cohecho transnacional, mejora el contenido del derogado artículo 445, dejando claro que, a los efectos de este artículo, se entiende por funcionario lo dispuesto en el artículo 427, esto es, funcionarios de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, persona que ejerza una función pública para la Unión Europea o para otra organización o cualquier país extranjero, o cualquier funcionario de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 286 *ter*.

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

En el artículo 286 *quater* se prevén, además, varias hipótesis agravadas que permiten adecuar la pena a la gravedad de la culpabilidad por el hecho en los casos de especial trascendencia.

Artículo 286 *quater*.

Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 *bis*, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha introducido, también, con la modificación del texto del artículo 31 *bis* y los nuevos artículos 31 *ter*, *quater* y *quinquies*, una sustancial mejora técnica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de extraordinaria importancia en el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, pues delimita con detalle el concepto del "debido control", que necesariamente llevará a las empresas a adoptar medidas de vigilancia y control, idóneas para prevenir los delitos y, por tanto, la corrupción, extendiendo además la responsabilidad penal, aplicable también desde la Ley Orgánica 7/2012, a partidos políticos y sindicatos, a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, antes excluidas.

Artículo 288.

En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 *bis*, 284, 285, 285 *bis*, 285 *quater* y 286 *bis* al 286 *quater*:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 31 *bis*.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando

sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Artículo 31 ter.

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quater.

Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Artículo 31 *quinquies*.

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

PARTE II

TEXTOS LEGALES OCDE

Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (traducción oficial).

Comentarios al Convenio.

Recomendación del Consejo de la OCDE para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Guía de buenas prácticas (anexos I y II).

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Preámbulo.

Las Partes,

Considerando que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

Considerando que todos los países comparten una responsabilidad en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales;

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C(97)123/FINAL, que, entre otras cosas, reclamaba medidas eficaces para la disuasión, la prevención y la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales, en particular la pronta tipificación como delito de dicha corrupción de una manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes convenidos expresados en dicha recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos fundamentales de cada país;

Congratulándose de otros acontecimientos recientes que promueven aún más la comprensión internacional y la cooperación en la lucha contra la corrupción de los agentes públicos, incluidas las actuaciones de las Naciones Unidas, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial del Comercio, de la Organización de Estados Americanos, del Consejo de Europa y de la Unión Europea;

Congratulándose de los esfuerzos de las sociedades, organizaciones comerciales, sindicatos, así como otras organizaciones no gubernamentales por luchar contra la corrupción;

Reconociendo el papel de los Gobiernos en la prevención de la solicitud de sobornos por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales;

Reconociendo que para conseguir progresos en este campo se exigen no solo esfuerzos a nivel nacional sino también la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilaterales;

Reconociendo que conseguir la equivalencia entre las medidas que tomen las Partes es un objeto y fin esencial del Convenio, que exige que este sea ratificado sin excepciones que afecten a esta equivalencia;

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

El delito de corrupción de agentes públicos extranjeros

1. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

2. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte.

3. Los delitos expresados en los anteriores apartados 1 y 2 serán denominados en lo sucesivo «corrupción de un agente público extranjero».

4. A los efectos del presente Convenio:

a) por «agente público extranjero» se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;

b) por «país extranjero» se entienden todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local;

c) la expresión «actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales» comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente.

Artículo 2

Responsabilidad de las personas jurídicas

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero.

Artículo 3

Sanciones

1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

2. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que estas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros.

3. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable.

4. Cada Parte estudiará la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales a una persona susceptible de sanción por la corrupción de un agente público extranjero.

Artículo 4

Jurisdicción

1. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción sobre la corrupción de un agente público extranjero cuando el delito se cometa en todo o en parte en su territorio.

2. Cada Parte que tenga jurisdicción para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción con el fin de proceder de ese modo con respecto a la corrupción de un agente público extranjero de conformidad con los mismos principios.

3. Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un supuesto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes interesadas, a petición de una de ellas, celebrarán consultas con el fin de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución.

4. Cada Parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas oportunas para subsanarlo.

Artículo 5

Cumplimiento

La investigación y la persecución de la corrupción de un agente público extranjero estarán sujetas a las normas y principios aplicables de cada Parte. En estas no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas.

Artículo 6

Prescripción

En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo suficiente para permitir la investigación y persecución de este delito.

Artículo 7

Blanqueo de dinero

Cada Parte que haya tipificado como delito conexo, a efectos de la aplicación de su legislación sobre blanqueo de dinero, la corrupción de sus propios agentes públicos, hará lo mismo y en las mismas condiciones respecto de la corrupción de un agente público extranjero, sin tener en cuenta el lugar en que se haya producido la corrupción.

Artículo 8

Contabilidad

1. Con el fin de luchar eficazmente contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos relativos al mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción.

2. Cada Parte establecerá penas eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para dichas omisiones y falsedades con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de dichas sociedades.

Artículo 9

Asistencia jurídica mutua

1. Cada Parte, en la mayor medida en que lo permitan sus leyes y los tratados y acuerdos pertinentes, proporcionará una asistencia jurídica pronta y eficaz a otra Parte a efectos de las investigaciones y actuaciones penales incoadas por una Parte en relación con delitos comprendidos dentro del ámbito del presente Convenio y para las actuaciones no penales incoadas, dentro del ámbito del Convenio, por una Parte contra una persona jurídica. La Parte requerida comunicará sin demora a la Parte requirente las informaciones o documentos adicionales que sean necesarios en apoyo de la solicitud de asistencia y, cuando así se le solicite, la situación y el resultado de la solicitud de asistencia.

2. Cuando una Parte condicione la prestación de asistencia jurídica mutua a la existencia de la doble tipificación como delito, se presumirá que esta existe si el delito respecto del cual se solicita la asistencia está comprendido dentro del ámbito del presente Convenio.

3. Una Parte no declinará la prestación de asistencia jurídica mutua en materia penal dentro del ámbito del presente Convenio basándose en el secreto bancario.

Artículo 10

Extradición

1. La corrupción de un agente público extranjero se considerará incluida como delito extraditable según las leyes de las Partes y los tratados de extradición entre ellas.

2. Si una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado de extradición recibe una solicitud de extradición de otra Parte con la que no tenga un tratado de extradición, podrá considerar que el presente Convenio es el fundamento jurídico para la extradición con respecto del delito de corrupción de un agente público extranjero.

3. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para garantizar bien la posibilidad de extraditar a sus nacionales, o bien la posibilidad de perseguir a sus nacionales por el delito de corrupción de un agente público extranjero. Una Parte que decline una solicitud de extradición de una persona por corrupción de un agente público extranjero basándose únicamente en el hecho de que esa persona sea su nacional someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de persecución.

4. La extradición por corrupción de un agente público extranjero estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno y en los tratados y acuerdos aplicables de cada Parte. Cuando una Parte condicione la extradición a la existencia de la doble tipificación como delito, se considerará cumplida esta condición si el delito por el que se solicita la extradición se encuentra comprendido en el ámbito del artículo 1 del presente Convenio.

Artículo 11

Autoridades responsables

A efectos del apartado 3 del artículo 4, sobre consultas, del artículo 9, sobre asistencia jurídica mutua, y del artículo 10, sobre extradición, cada Parte notificará al secretario general de la OCDE la autoridad o autoridades responsables de la formulación y recepción de solicitudes, que servirán de conducto de comunicación en esta materia respecto de esa Parte, sin perjuicio de que entre las Partes se llegue a otros acuerdos.

Artículo 12

Supervisión y seguimiento

Las Partes cooperarán en la realización de un programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la plena aplicación del presente Convenio. A menos que se decida otra cosa mediante consenso entre las Partes, ello se hará en el marco del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales y de conformidad con su mandato, o dentro del marco y del mandato de cualquier órgano que le suceda en esas funciones, y las Partes correrán con los costes del programa de conformidad con las reglas aplicables a dicho órgano.

Artículo 13

Firma y adhesión

1. Hasta su entrada en vigor, el presente Convenio estará abierto a la firma de los miembros de la OCDE y de los no miembros que hayan sido invitados a ser participantes plenos en su Grupo de Trabajo sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

2. Con posterioridad a su entrada en vigor, el presente Convenio estará abierto a la adhesión de cualquier no signatario que sea miembro de la OCDE o haya llegado a ser participante pleno en el Grupo de Trabajo sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales o cualquier órgano que le suceda en sus funciones. Para dicho no signatario, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.

Artículo 14

Ratificación y depositario

1. El presente Convenio estará sujeto a la aceptación, aprobación o ratificación de los signatarios, de conformidad con sus leyes respectivas.

2. Los instrumentos de aceptación, aprobación, ratificación o adhesión se depositarán en poder del secretario general de la OCDE, que actuará como depositario del presente Convenio.

Artículo 15

Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha en que cinco de los diez países que tengan las diez mayores cuotas de

exportaciones expresadas en el documento anexo, y que representen por sí mismas al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Respecto de cada signatario que deposite su instrumento después de dicha entrada en vigor, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después del depósito de su instrumento.

2. Si después del 31 de diciembre de 1998 el Convenio no hubiera entrado en vigor según el anterior apartado 1, cualquier signatario que haya depositado su instrumento de aceptación, aprobación o ratificación podrá declarar por escrito al depositario su voluntad de aceptar la entrada en vigor del presente Convenio en virtud del presente apartado 2. El Convenio entrará en vigor para dicho signatario el sexagésimo día siguiente a la fecha en que dicha declaración haya sido depositada por al menos dos signatarios. Respecto de cada signatario que deposite su declaración después de dicha entrada en vigor, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha del depósito.

Artículo 16

Enmienda

Cualquier Parte podrá proponer la enmienda del presente Convenio. Las propuestas de enmienda se presentarán al depositario, que las comunicará a las otras Partes al menos sesenta días antes de convocar una reunión de las Partes para examinar la enmienda propuesta. Una enmienda adoptada por consenso entre las Partes, o por cualquier otro medio que las Partes determinen mediante consenso, entrará en vigor sesenta días después del depósito de un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación por todas las Partes, o en las otras circunstancias que especifiquen las Partes en el momento de adoptar la enmienda.

Artículo 17

Retirada

Una Parte podrá retirarse del presente Convenio cursando una notificación por escrito al depositario. La retirada surtirá efecto un año después de la fecha de recepción de la notificación. Después de la retirada, entre las Partes y el Estado que se haya retirado proseguirá la cooperación respecto de todas las solicitudes de asistencia o de extradición formuladas antes de surtir efecto la retirada y que se encuentren pendientes.

Hecho en París a diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

COMENTARIOS AL CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997

Generalidades:

1. Este convenio se ocupa de lo que en el derecho de algunos países se llama «corrupción activa», por la que se entiende el delito cometido por la persona que promete o paga el soborno —a diferencia de la «corrupción pasiva»— que es el delito cometido por el funcionario público que recibe el soborno. En el convenio no se utiliza la expresión «corrupción activa» sencillamente para evitar una interpretación errónea por parte del lector no especializado, que podría suponer que el corruptor toma la iniciativa y que el receptor es la víctima pasiva. En muchos casos es el receptor quien incita o presiona al corruptor, y por lo tanto, su papel es el más activo.

2. Este convenio pretende garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, sin exigir la uniformidad o una modificación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de una Parte.

Artículo 1. El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros:

Sobre el apartado 1:

3. El artículo 1 establece un criterio al que deberán ajustarse las Partes, aunque estas no estén obligadas a retomar su redacción exacta para tipificar el delito en su derecho interno. Las Partes podrán proceder de distintas maneras para cumplir con sus obligaciones, siempre que la condena de una persona por este delito no exija la prueba de elementos que no sean aquellos que habría que probar si el delito se tipificara como en este apartado. A título de ejemplo, tanto una ley general sobre la corrupción de funcionarios que no se refiriera específicamente a la corrupción de un funcionario público extranjero como una ley que se limitara a la corrupción de un funcionario público extranjero, podrían ser conformes con este artículo. Del mismo modo, una ley que tipificara el delito en función de los pagos realizados «con el fin de incitar al incumplimiento de una obligación del funcionario público» podría ser conforme con este criterio, siempre que se entendiera que cualquier funcionario público tiene el deber de ejercer su juicio o discreción de manera imparcial y que se tratara, por lo tanto, de una definición «autónoma» que no exigiera la prueba del derecho del país de dicho funcionario público en concreto.

4. En el sentido del apartado 1, el hecho de corromper para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular constituye un delito, independientemente

de si la sociedad en cuestión es o no es el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberle sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo.

5. Por «otro beneficio irregular» se entiende una ventaja a la que la sociedad en cuestión no tuviera claramente derecho, como, por ejemplo, un permiso de explotación para una fábrica que no cumpliera con los requisitos legales.

6. La conducta que se describe en el apartado 1 constituye delito tanto si la oferta o promesa, o la ventaja pecuniaria o de otra naturaleza ha sido concedida en nombre de esa persona o en nombre de cualquier otra persona física o jurídica.

7. Constituye asimismo un delito independientemente, entre otras cosas, del valor de la ventaja o de su resultado, de la percepción que se tenga de las costumbres locales, de la tolerancia de las autoridades locales con respecto a dichos pagos o de la supuesta necesidad de realizar el pago para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular.

8. Sin embargo no habrá delito si la ventaja hubiera sido permitida o requerida por la ley escrita o por reglamentos del país del funcionario público extranjero, incluida la jurisprudencia.

9. Los pequeños pagos llamados de «facilitación» no constituyen pagos «para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular» en el sentido del apartado 1, y, por lo tanto, no constituyen delito. Tales pagos, que se realizan en algunos países para inducir a los funcionarios públicos a ejercer sus funciones, en particular a la hora de expedir una autorización o permiso, suelen ser ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deberían combatir este fenómeno corrosivo con medidas como el apoyo a programas de buen gobierno. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de los demás países no parece ser una medida complementaria práctica o eficaz.

10. En el ordenamiento jurídico de algunos países, la ventaja prometida o concedida a una persona, en previsión de su nombramiento como funcionario público extranjero, forma parte de los delitos que se describen artículo 1, apartados 1 o 2. En el ordenamiento jurídico de muchos países, este caso se diferencia técnicamente de los delitos contemplados en el presente convenio. Sin embargo, existen una preocupación y una intención comunes de seguir trabajando para combatir este fenómeno.

Sobre el apartado 2:

11. Los delitos que se definen en el apartado 2 se entienden en el sentido en que suelen definirse en los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, si en el derecho nacional de una Parte, la autorización, instigación o una de las demás conductas enumeradas en esta disposición no

son punibles cuando no producen efectos, dicha Parte no tendrá obligación de criminalizar dicha conducta con respecto a la corrupción de un funcionario público extranjero.

Sobre el apartado 4:

12. La expresión «función pública» incluye cualquier actividad de interés público delegada por un país extranjero, como la realización de tareas por delegación de dicho país en relación con la contratación pública.

13. La expresión «organismo público» designa cualquier entidad constituida según las disposiciones del derecho público para el ejercicio de actividades específicas de interés público.

14. La expresión «empresa pública» designa a cualquier empresa, independientemente de su forma jurídica, sobre la cual uno o varios Estados puedan, directa o indirectamente, ejercer una influencia dominante. Se considera que uno o varios Estados ejercen una influencia dominante, por ejemplo, cuando ostentan la mayoría del capital suscrito de la empresa, cuando controlan la mayoría de los derechos de voto vinculados a las acciones emitidas por la empresa o cuando pueden designar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección de la empresa o de su consejo de supervisión.

15. Se considera que un responsable de una empresa pública ejerce una función pública a no ser que la empresa realice su actividad comercial normal en el mercado correspondiente, es decir, que opere sobre una base fundamentalmente equivalente a la de una empresa privada, sin ayudas preferentes u otros privilegios.

16. En circunstancias particulares, la autoridad pública podrá ser ejercida de hecho por personas (por ejemplo, responsables de un partido político en los Estados con partido único) que no sean formalmente funcionarios públicos. Dichas personas, en razón de que ejercen *de facto* una función pública, podrán, en virtud de los principios jurídicos de algunos países, ser consideradas como funcionarios públicos extranjeros.

17. La expresión «organización pública internacional» designa cualquier organización internacional constituida por Estados, Gobiernos u otras organizaciones públicas internacionales, independientemente de su forma y de sus atribuciones, incluidas, por ejemplo, las organizaciones de integración económica regional como las Comunidades Europeas.

18. La expresión «país extranjero» no se limita a los Estados, sino que incluye cualquier zona o entidad extranjera organizada, como un territorio autónomo o un territorio aduanero especial.

19. Uno de los casos de corrupción que ha sido contemplado según la definición del apartado 4.c es aquel en el que un responsable de una sociedad corrompe a un alto funcionario de un Gobierno para que este utilice su cargo, incluso extralimitándose en sus atribuciones, para que otro funcionario público adjudique un contrato a dicha sociedad.

Artículo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas:

20. Si en el ordenamiento jurídico de una Parte no se aplica responsabilidad penal a las personas jurídicas, dicha Parte no se verá obligada a establecer dicha responsabilidad penal.

Artículo 3. Sanciones:

Sobre el apartado 3:

21. El «producto» de la corrupción son los beneficios u otras ventajas que el corruptor obtenga de la transacción o cualquier otro beneficio irregular que se haya obtenido o conservado por medio del acto de corrupción.

22. El término «confiscación» incluye, en su caso, la caducidad de los derechos e implica la privación permanente de la propiedad por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente sin perjuicio de los derechos de las víctimas.

23. El apartado 3 no excluye la determinación de los límites apropiados para las sanciones pecuniarias.

Sobre el apartado 4:

24. Las sanciones civiles y administrativas distintas de las multas no penales que puedan imponerse a las personas jurídicas por un acto de corrupción de funcionarios públicos extranjeros son, entre otras: la exclusión del derecho a un beneficio o ayuda pública; la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o para ejercer una actividad comercial; la sumisión a supervisión judicial; la disolución judicial.

Artículo 4. Jurisdicción:

Sobre el apartado 1:

25. La jurisdicción territorial deberá interpretarse en su sentido amplio, de manera que no exija una conexión física extensiva con la corrupción.

Sobre el apartado 2:

26. La jurisdicción fundada en la nacionalidad deberá ejercerse de conformidad con los principios generales y las condiciones aplicables del ordenamiento de cada Parte. Estos principios se refieren, por ejemplo, a la doble incriminación.

Sin embargo, la condición de doble incriminación deberá considerarse satisfecha cuando el acto sea ilícito en el territorio en el que haya sido cometido, aunque su tipificación penal sea distinta en ese territorio. Para los países que aplican la jurisdicción fundada en la nacionalidad únicamente en determinados tipos de delitos, la referencia a los «principios» incluye los principios que gobiernan la elección de esos delitos.

Artículo 5. Cumplimiento:

27. En el artículo 5 se reconoce el carácter fundamental de los regímenes nacionales en materia de discrecionalidad acusatoria. Se reconoce asimismo que para proteger la independencia de la acusación, dicha discrecionalidad deberá valorarse sobre la base de motivos profesionales, y no verse influida indebidamente por consideraciones de naturaleza política. El artículo 5 se completa con el párrafo 6 del anexo de la Recomendación Revisada de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales C(97)123/FINAL (en adelante «Recomendación de la OCDE de 1997»), la cual recomienda, entre otras cosas, que las autoridades competentes investiguen seriamente las denuncias por corrupción de los funcionarios públicos extranjeros y que las autoridades nacionales pongan a disposición unos recursos adecuados para permitir la represión eficaz de dicha corrupción. Las Partes habrán aceptado esta recomendación, incluidas sus modalidades de supervisión y seguimiento.

Artículo 7. Blanqueo de capitales:

28. En el artículo 7, la expresión «corrupción de sus funcionarios públicos» debe interpretarse en un sentido amplio, de manera que la corrupción de un funcionario público extranjero constituya un delito conexo en el sentido de la legislación sobre blanqueo de capitales en las mismas condiciones, cuando una Parte haya tipificado como tal la corrupción activa o pasiva de sus funcionarios públicos. Cuando una Parte haya tipificado como delito conexo únicamente la corrupción pasiva de sus funcionarios públicos, este artículo exige que el blanqueo del importe del soborno esté sujeto a las disposiciones sobre blanqueo de capitales.

1.1 Artículo 8. Normas contables:

29. El artículo 8 está relacionado con la sección V de la Recomendación de la OCDE de 1997, que todas las Partes habrán aprobado y que está sujeta a seguimiento por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales. Este apartado contiene una serie de recomendaciones relativas a las obligaciones en materia contable, a las auditorías externas independientes y a los controles internos de las sociedades, cuya aplicación será importante para la eficacia global de la

lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, una de las consecuencias inmediatas de la aplicación de este convenio por las Partes será que las sociedades que tienen que presentar en sus informes financieros sus pasivos contingentes significativos deberán tener en cuenta la totalidad de sus pasivos potenciales plenos, de conformidad con el presente convenio, y en particular con sus artículos 3 y 8, así como las demás pérdidas que pudieran derivarse de la condena de la sociedad o de sus funcionarios por corrupción. Esto tiene asimismo consecuencias desde el punto de vista del ejercicio de las responsabilidades profesionales de los auditores de cuentas en caso de indicios de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Además, los delitos contables contemplados en el artículo 8 se producen por lo general en el país de origen de la sociedad, mientras que el delito de corrupción puede haberse cometido en otro país, lo cual permite colmar algunas lagunas en el campo de aplicación efectivo del convenio.

1.2 Artículo 9. Asistencia jurídica mutua

30. Las Partes también habrán aceptado, en virtud del apartado 8 de los Elementos Comunes Acordados en anexo de la Recomendación de la OCDE de 1997, estudiar y poner en marcha los medios para mejorar la eficacia de la asistencia jurídica mutua.

Sobre el apartado 1:

31. En el marco del apartado 1 del artículo 9, las Partes, previa petición, deberán facilitar o estimular la presencia o disponibilidad de las personas, incluidas las personas que se encuentren bajo custodia, que consintieran en aportar su ayuda a las investigaciones o participar en las actuaciones. Las Partes deberían tomar medidas que les permitieran, en su caso, trasladar temporalmente a una persona que se encuentre bajo custodia al territorio de una Parte que lo solicite y computar el tiempo pasado bajo custodia en el territorio de la Parte solicitante para la condena en el territorio de la Parte a la que se presenta la solicitud. Las Partes que deseen utilizar este mecanismo deberían asimismo tomar medidas que les permitieran, en cuanto Partes solicitantes, garantizar el mantenimiento bajo custodia de la persona trasladada y el regreso de la misma sin que sea necesario recurrir a un procedimiento de extradición.

Sobre el apartado 2:

32. El apartado 2 se refiere a la cuestión de la identidad de las normas en el marco de la doble incriminación. Las Partes, cuyas leyes son muy dispares, ya que van desde leyes contra la corrupción de funcionarios en general a leyes que contemplan específicamente la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, deberían poder cooperar plenamente en el marco del presente

convenio para asuntos cuyos hechos entren dentro de los delitos contemplados en este convenio.

Artículo 10. Extradición:

Sobre el apartado 2:

33. Una de las partes puede considerar que el presente convenio constituye una base jurídica para la extradición si exige un tratado de extradición para una o varias categorías de casos contemplados en el presente convenio. Por ejemplo, un país que exija un tratado de extradición para extraditar a sus nacionales, pero no para extraditar a los extranjeros, podría considerar el presente convenio como una base para la extradición de sus nacionales.

1.3 Artículo 12. Supervisión y seguimiento:

34. El actual mandato del Grupo de trabajo de la OCDE sobre corrupción en relación con la supervisión y el seguimiento figura en la sección VIII de la Recomendación de la OCDE de 1997. Dispone:

i) la recepción de las notificaciones y otras informaciones que le sean presentadas por los países [participantes];

ii) un examen regular de las medidas tomadas por los países [participantes] en aplicación de la Recomendación y para presentar las propuestas adecuadas a fin de ayudar a los países [participantes] en dicha aplicación; estos exámenes se basarán en los siguientes sistemas complementarios:

- un sistema de autoevaluación en el que las respuestas de los países [participantes] a un cuestionario permitan valorar en qué medida se está aplicando la Recomendación.
- un sistema de evaluación mutua en el que cada país [participante] es examinado a su vez por el Grupo de Trabajo sobre Corrupción, sobre la base de un informe que proporcione una valoración objetiva de los progresos realizados por el país [participante] en la aplicación de la Recomendación;

iii) un examen de temas concretos relacionados con la corrupción en las transacciones comerciales internacionales;

...

v) la información regular al público sobre sus trabajos y actividades y sobre la aplicación de la Recomendación.

35. Los costes de supervisión y seguimiento se afrontarán, en lo que se refiere a los países miembros de la OCDE, de acuerdo con el procedimiento presupuestario normal de la OCDE. Para los no miembros de la OCDE, las

normas vigentes establecen un sistema equivalente de reparto de costes que se describe en la Resolución del Consejo relativa a las cuotas de los países que sean observadores regulares y de los no miembros participantes plenos en los órganos subsidiarios de la OCDE, C(96)223/FINAL.

365. El seguimiento de los aspectos contemplados en este convenio que no figuren en la Recomendación de la OCDE de 1997, ni en ningún otro instrumento aceptado por todos los participantes del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción, será realizado por las Partes de este convenio y de sus demás instrumentos.

1.4 Artículo 13. Firma y adhesión:

37. El Convenio quedará abierto a los países no miembros participantes plenos del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales. Se promueve la plena participación de los no miembros en este grupo de trabajo, que se organizará según procedimientos sencillos. Por lo tanto, el requisito de la plena participación en el grupo de trabajo, que se desprende de los vínculos del convenio con otros aspectos de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, no debe ser considerado como un obstáculo por los países que deseen tomar parte en esta lucha. El Consejo de la OCDE ha hecho un llamamiento a los no miembros para que se adhieran a la Recomendación de la OCDE de 1997 y participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación, es decir, en las actividades del grupo de trabajo. Los actuales procedimientos relativos a la plena participación de los países no miembros en el grupo de trabajo figuran en la Resolución del Consejo sobre la participación de las economías no miembros en los trabajos de los órganos subsidiarios de la Organización, C(96)64/REV1/FINAL. El participante pleno acepta no solo la Recomendación Revisada del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, sino también la Recomendación sobre la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, adoptada el 11 de abril de 1996, C(96)27/FINAL.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO PARA REFORZAR LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta los artículos 3, 5 a) y 5 b) del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960,

Teniendo en cuenta el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 21 de noviembre de 1997 (en adelante «el Convenio anticorrupción de la OCDE»);

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada del Consejo sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales de 23 de mayo de 1997 [C(97)123/FINAL] (en adelante «la Recomendación Revisada de 1997») a la que sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 25 de mayo de 2009 [C(2009)64], la Recomendación del Consejo sobre la corrupción y los créditos a la exportación que gozan de ayuda pública de 14 de diciembre de 2006 [C(2006)163], la Recomendación del Comité de Ayuda al Desarrollo relativa a las propuestas de inclusión de cláusulas anticorrupción en los contratos financiados por la ayuda bilateral de 7 de mayo de 1996 [DCD/DAC(96)1/FINAL] y las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales de 27 de junio de 2000 [C(2000)96/REV1];

Considerando los progresos realizados en la aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la Recomendación Revisada de 1997, y reafirmando la importancia continuada del Convenio anticorrupción de la OCDE y de los Comentarios al Convenio;

Considerando que la corrupción de funcionarios públicos extranjeros es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo los intercambios y las inversiones, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, afecta a la buena gestión de los asuntos públicos y al desarrollo sostenible, y distorsiona las condiciones internacionales de la competencia;

Considerando que todos los países comparten la responsabilidad de la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales;

Reafirmando la importancia de una aplicación completa y enérgica del Convenio anticorrupción de la OCDE, sobre todo en lo que se refiere a su aplicación, de conformidad con el Comunicado sobre un Compromiso común en materia de lucha contra la corrupción transnacional adoptado por los ministros de las Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE el 21 de noviembre de 2007, con las Conclusiones políticas sobre la corrupción en las transacciones comerciales internacionales adoptadas el 19 de junio de 2009 por el Grupo de Trabajo sobre la corrupción y con las Conclusiones adoptadas en la Reunión Ministerial del Consejo de la OCDE, de 25 de junio de 2009 [C/MIN(2009)5/FINAL];

Reconociendo que el Convenio anticorrupción de la OCDE y el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC) se apoyan y se complementan mutuamente y que la ratificación y aplicación del CNUCC favorecen un enfoque global de la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

Congratulándose de otras iniciativas que han hecho progresar el entendimiento y la cooperación internacionales en materia de lucha contra la corrupción en las transacciones internacionales, en particular las iniciativas del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de la Organización de Estados Americanos,

Congratulándose de los esfuerzos desarrollados por las empresas, las organizaciones empresariales y sindicales, así como por otras organizaciones no gubernamentales en la lucha contra la corrupción;

Reconociendo que cualquier progreso en este campo exige no solo esfuerzos a nivel nacional, sino también una cooperación a nivel multilateral, así como una vigilancia y un seguimiento riguroso y sistemático.

Generalidades

I. Señala que la presente Recomendación para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales deberá aplicarse en los Países Miembros de la OCDE y en los demás Países Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE (en adelante los «Países Miembros»).

II. Recomienda que los Países Miembros sigan tomando medidas eficaces para desalentar, prevenir y combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales.

III. Recomienda que cada País Miembro adopte medidas concretas y coherentes de conformidad con sus principios en materia de jurisdicción y sus demás principios jurídicos fundamentales para examinar o examinar más detenidamente los siguientes campos:

i) las iniciativas de sensibilización en los sectores público y privado para prevenir y detectar la corrupción transnacional;

ii) el derecho penal y su aplicación, de conformidad con el Convenio anticorrupción de la OCDE, así como con las secciones IV, V, VI y VII, y con la Guía de buenas prácticas que figura en el anexo I de la presente Recomendación;

iii) las leyes, reglamentos y prácticas fiscales para eliminar todo lo que pueda favorecer indirectamente la corrupción transnacional, de conformidad con la Recomendación del Consejo de 2009 sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y con la sección VIII de la presente Recomendación;

iv) las disposiciones y medidas para garantizar la denuncia de la corrupción transnacional, de conformidad con la sección IX de la presente Recomendación;

v) las normas y prácticas contables, de auditoría externa y control interno, de deontología y de conformidad de las empresas y los negocios, de acuerdo con la sección X de la presente Recomendación;

vi) las leyes y normas sobre bancos y otras instituciones financieras para garantizar que se mantienen los registros apropiados y que están disponibles para la inspección y la investigación;

vii) las subvenciones públicas, las autorizaciones públicas, los contratos públicos, los contratos financiados por la ayuda pública al desarrollo, los créditos a la exportación que gozan de ayuda pública u otras ventajas concedidas por los poderes públicos, de forma que dichas ventajas puedan denegarse a título de sanción por cohecho cuando corresponda, de conformidad con las secciones XI y XII de la presente Recomendación;

viii) las leyes y reglamentos en materia civil, comercial y administrativa para luchar contra el cohecho transnacional;

ix) la cooperación internacional en materia de investigación y otros procedimientos judiciales, de conformidad con la sección XIII de la presente Recomendación.

Incrimación de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros

IV. Recomienda con el fin de asegurar la aplicación enérgica y exhaustiva del Convenio anticorrupción de la OCDE que los Países Miembros tengan plenamente en cuenta la Guía de buenas prácticas sobre la aplicación de determinados artículos del Convenio sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales que figura en el anexo 1 y que es parte integrante de la presente Recomendación.

V. Recomienda que los Países Miembros se comprometan a reexaminar regularmente las leyes nacionales en virtud de las cuales se aplica el Convenio anticorrupción de la OCDE, así como las modalidades para asegurar su cumplimiento con el fin de luchar eficazmente contra la corrupción internacional de los funcionarios públicos extranjeros.

VI. Recomienda, teniendo en cuenta el efecto corrosivo de los pequeños pagos de facilitación, en particular sobre el desarrollo económico sostenible y el Estado de derecho, que los Países Miembros:

i) se comprometan a volver a examinar regularmente sus políticas y su forma de abordar los pequeños pagos de facilitación con el fin de luchar eficazmente contra dicho fenómeno;

ii) inciten a sus empresas a que prohíban o desalienten el recurso a los pequeños pagos de facilitación en el marco de sus programas o de sus medidas de control interno, de deontología y de conformidad, reconociendo que dichos pagos suelen ser ilícitos en los países en los que se realizan y que en todos los casos deben inscribirse escrupulosamente en los libros de cuentas y estados financieros de dichas empresas.

VII. Insta a todos los países a que sensibilicen a sus funcionarios públicos acerca de sus leyes nacionales sobre corrupción y solicitud con el fin de acabar con la solicitud y la aceptación de los pequeños pagos de facilitación.

Deducibilidad fiscal

VIII. Insta a los Países Miembros:

i) a que apliquen plenamente y con prontitud la Recomendación del Consejo de 2009 sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, la cual recomienda en particular «que los Países Miembros y las demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE denieguen explícitamente la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, a todos los fines fiscales, de manera eficaz» y «que, de conformidad con sus sistemas jurídicos, establezcan un marco legal y administrativo eficaz y proporcionen orientaciones para facilitar la denuncia, por parte de las autoridades fiscales, de las sospechas de corrupción transnacional detectadas en el ejercicio de sus funciones, a las autoridades policiales y judiciales competentes»;

ii) a que presten su apoyo al seguimiento que realiza el Comité de Asuntos Fiscales en el marco de la Recomendación del Consejo de 2009 sobre medidas fiscales para la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Denuncia de actos de corrupción transnacional

IX. Recomendación que los Países Miembros se aseguren:

i) de que existen canales de fácil acceso para informar a las autoridades policiales y judiciales, de conformidad con sus principios jurídicos, para denunciar las sospechas de actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

ii) de que existen medidas apropiadas para facilitar la denuncia directa o indirecta, por parte de los funcionarios públicos, en particular de los que están destinados en el extranjero, a las autoridades policiales y judiciales, por medio de un mecanismo interno, de los presuntos actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales detectados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con sus principios jurídicos.

iii) de que existen medidas adecuadas para proteger contra cualquier acto discriminatorio o disciplinario a los empleados del sector público y privado que denuncien de buena fe y sobre la base de sospechas razonables presuntos actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales a las autoridades competentes.

Normas contables, auditoría externa y controles internos, deontología y conformidad

X. Recomienda que los Países Miembros tomen las medidas necesarias, teniendo en cuenta, cuando corresponda, las circunstancias propias de cada empresa, incluido su tamaño, su forma, su estructura jurídica y su sector de explotación geográfico e industrial, para que las leyes, los reglamentos y las prácticas sobre normas contables, auditoría externa, controles internos, deontología y conformidad se ajusten a los principios que se exponen a continuación y se utilicen plenamente para prevenir y detectar el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de conformidad con sus principios competenciales y con sus demás principios jurídicos fundamentales:

A. Normas contables adecuadas

i) Los Países Miembros deberán, de conformidad con el artículo 8 del Convenio anticorrupción de la OCDE, tomar las medidas necesarias, en el marco de sus leyes y reglamentos sobre teneduría de libros y estados contables, publicación de estados financieros y normas contables y de auditoría de cuentas, para prohibir a las empresas sujetas a estas leyes y reglamentos que establezcan dobles contabilidades, que realicen operaciones extracontables o insuficientemente identificadas, que registren gastos inexistentes o elementos del pasivo cuyo objeto no esté correctamente identificado, así como que utilicen falsos documentos con el fin de corromper a un funcionario público extranjero o de disimular dicha corrupción;

ii) Los Países Miembros deberían exigir a las empresas que expusieran en sus estados financieros todos los elementos de valoración de su pasivo contingente.

iii) Los Países Miembros deberán, de conformidad con el artículo 8 del Convenio anticorrupción de la OCDE, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de dichas omisiones o falsificaciones en los libros, documentos, cuentas y estados financieros de dichas empresas.

B. Auditoría externa independiente

i) Los Países Miembros deberían examinar si las normas sobre la obligación para las empresas de someterse a una auditoría externa de las cuentas son adecuadas.

ii) Los Países Miembros y las asociaciones profesionales deberían fijar las normas adecuadas para garantizar la independencia de los auditores externos de forma que puedan llevar a cabo una evaluación objetiva de las cuentas, de los estados financieros y de los controles internos de las empresas.

iii) Los Países Miembros deberían exigir al auditor externo de cuentas que descubriera indicios de posibles actos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros, que informara de ello a la dirección y, en su caso, a los órganos de control de la empresa.

iv) Los Países Miembros deberían alentar a las empresas que fueran informadas por un auditor externo de presuntos actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros a que reaccionaran activa y eficazmente ante tales informaciones.

v) Los Países Miembros deberían considerar la posibilidad de obligar a los auditores externos a que señalen a las autoridades competentes las sospechas de cohecho de funcionarios públicos extranjeros a las autoridades competentes, independientes de la empresa, como las autoridades policiales y judiciales, y los países que autoricen este tipo de denuncia, deberían asegurarse de que los auditores que procedan a tales denuncias de forma razonable y de buena fe estén protegidos contra las demandas judiciales.

C. Controles internos, deontología y conformidad. Los Países Miembros deberían alentar:

i) a las sociedades a que desarrollen y adopten programas o medidas de control interno, de deontología y de conformidad adecuados para prevenir y detectar la corrupción transnacional, teniendo en cuenta la Guía de buenas prácticas para los controles internos, la deontología y la conformidad que figura como anexo II y que forma parte integrante de la presente Recomendación;

ii) a las asociaciones patronales y a las organizaciones profesionales, cuando corresponda, en sus esfuerzos por animar y ayudar a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas empresas, a que elaboren programas o medidas de control interno, de deontología y de conformidad con vistas a prevenir y detectar la corrupción transnacional, teniendo en cuenta la Guía de buenas prácticas para los controles internos, la deontología y la conformidad que figura como anexo II;

iii) a los directivos de las empresas a que hagan declaraciones en sus informes anuales o difundan de cualquier otro modo sus programas o medidas de control interno, de deontología y de conformidad, incluidas las que contribuyan a prevenir y detectar la corrupción;

iv) la creación de órganos de control, independientes de la dirección, como comités de auditoría de los consejos de administración o de los consejos de vigilancia.

v) a las empresas a que faciliten mecanismos de comunicación y de protección para las personas que no quisieran infringir el código deontológico o las normas profesionales bajo las instrucciones o la presión de sus superiores

jerárquicos, así como a las personas que quisieran denunciar de buena fe y sobre la base de sospechas razonables, incumplimientos de la ley, de la deontología o de las normas profesionales que se produjeran dentro de la empresa. Deberían alentar asimismo a las empresas a que tomaran medidas apropiadas sobre la base de dichas denuncias;

vi) a las agencias gubernamentales a que tengan en cuenta, cuando las transacciones comerciales internacionales se vean afectadas, y siempre que sea necesario, los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad, a la hora de conceder ventajas públicas, incluidas las subvenciones públicas, las autorizaciones públicas, los contratos públicos, los contratos financiados con ayuda pública al desarrollo y los créditos a la exportación que gocen de apoyo público.

Ventajas otorgadas por los poderes públicos, incluida la contratación pública

XI. Recomendación:

i) que las leyes y reglamentos de los Países Miembros permitan que las autoridades suspendan, en grado conveniente, el acceso a los contratos públicos u otras ventajas otorgadas por los poderes públicos, incluidos los contratos de las Administraciones públicas y contratos financiados con ayuda pública al desarrollo, de las empresas que hayan sido declaradas culpables de cohecho de funcionarios públicos extranjeros infringiendo su ley nacional y que, en la medida en que los Países Miembros apliquen a la contratación pública sanciones a las empresas que hayan sido declaradas culpables de cohecho de funcionarios públicos nacionales, dichas sanciones se apliquen del mismo modo en caso de cohecho de funcionarios públicos extranjeros¹;

ii) que, de conformidad con la Recomendación de 1996 del Comité de Ayuda al Desarrollo sobre propuestas anticorrupción para los contratos financiados con ayuda bilateral, los Países Miembros exijan la inclusión de disposiciones anticorrupción en los contratos financiados por la ayuda bilateral, fomenten la correcta aplicación de las disposiciones anticorrupción en las instituciones internacionales de desarrollo y colaboren estrechamente con sus socios de desarrollo para combatir el cohecho en todos los esfuerzos de cooperación al desarrollo²;

iii) que los Países Miembros apoyen los esfuerzos del Comité de Gobierno Público de la OCDE en favor de la aplicación de los principios contenidos en la

1 Los sistemas utilizados por los Países Miembros para sancionar el cohecho de funcionarios nacionales difieren según se trate de una condena penal, de un auto de procesamiento o de un procedimiento administrativo, pero en todos los casos las pruebas han de ser sustanciales.

2 Este párrafo resume la recomendación del CAD, que solo se dirige a los miembros del CAD; los destinatarios son ahora todos los miembros de la OCDE y, eventualmente, los países no miembros que suscriben la Recomendación.

Recomendación del Consejo de 2008 sobre el fortalecimiento de la integridad en los contratos públicos [C(2008)105], así como los trabajos sobre transparencia en los contratos públicos llevados a cabo en otras organizaciones internacionales gubernamentales como las Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Unión Europea. Se les alienta a que se adhieran a las normas internacionales correspondientes, como el Acuerdo de la OMC sobre contratación pública.

Créditos a la exportación que gozan de ayuda pública

XII. Recomendación

i) que los Países Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE que no sean miembros de la OCDE se adhieran a la Recomendación del Consejo de la OCDE de 2006 sobre corrupción y créditos a la exportación que gozan de ayuda pública;

ii) que los Países Miembros apoyen los esfuerzos del Grupo de Trabajo sobre créditos y garantías de los créditos a la exportación para favorecer la aplicación de los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 2006 sobre corrupción y créditos a la exportación que gozan de ayuda pública y su seguimiento.

Cooperación internacional

XIII. Recomendación que los Países Miembros, con el fin de luchar eficazmente contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de conformidad con sus principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos fundamentales, adopten las siguientes medidas:

i) concertarse y cooperar de cualquier otro modo con las autoridades competentes de los demás países, y en su caso, con las redes policiales y judiciales internacionales y regionales que impliquen a los Países Miembros y No Miembros, en las investigaciones y otros procedimientos judiciales que conciernen casos específicos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, con medios como el intercambio de información, espontáneo o a petición, la entrega de elementos de prueba, la extradición y la identificación, la congelación, el embargo, la confiscación y la repatriación del producto del cohecho de funcionarios públicos extranjeros;

ii) investigar con seriedad las alegaciones creíbles de cohecho de funcionarios públicos extranjeros que les sean presentadas por organizaciones internacionales gubernamentales, como los bancos internacionales y regionales de desarrollo;

iii) hacer pleno uso de los acuerdos y convenios en vigor sobre asistencia jurídica mutua internacional, y en su caso, firmar nuevos acuerdos o convenios a estos efectos;

iv) asegurarse de que la legislación nacional ofrece una base adecuada para dicha cooperación, en particular respecto a los artículos 9 y 10 del Convenio anticorrupción de la OCDE;

v) considerar maneras de facilitar la asistencia jurídica mutua entre Países Miembros y Países No Miembros en dichos casos de corrupción, incluidas las referentes a los umbrales de prueba para determinados Países Miembros.

Seguimiento y acuerdos institucionales

XIV. Encarga al Grupo de Trabajo sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales que ponga en marcha un programa de seguimiento sistemático para vigilar y promover la plena aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la presente Recomendación, en cooperación con el Comité de Asuntos Fiscales, el Comité de Ayuda al Desarrollo, el Comité de Gobierno Público, el Comité de Inversiones, el Grupo de Trabajo sobre créditos y garantías de los créditos a la exportación y otros organismos de la OCDE, según corresponda. Dicho seguimiento incluirá en particular:

i) la continuación del programa de seguimiento riguroso y sistemático de la aplicación, por parte de los Países Miembros, del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la presente Recomendación, para promover la plena implantación de dichos instrumentos, incluso a través de un procedimiento continuo de evaluación mutua, por el que cada País Miembro será examinado por turnos por el Grupo de Trabajo sobre la corrupción, a partir de un informe que evalúe objetivamente los progresos realizados por el País Miembro en la aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la presente Recomendación, que será publicado;

ii) la recepción de notificaciones y otras informaciones que le sean presentadas por los Países Miembros acerca de las autoridades que actúan como interlocutores para facilitar la cooperación internacional para la aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la presente Recomendación;

iii) un informe periódico de las medidas tomadas por los Países Miembros para la aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y de la presente Recomendación, incluidas informaciones no confidenciales sobre las investigaciones y las acusaciones;

iv) reuniones voluntarias de los representantes de las autoridades policiales y judiciales encargadas de los delitos de cohecho transnacional para discutir sobre prácticas ejemplares y cuestiones transversales relativas a las

investigaciones y a las acusaciones por actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros;

v) un examen de las tendencias, los problemas y las contramedidas que prevalecen en materia de corrupción transnacional, incluso mediante trabajos sobre las tipologías y estudios transversales;

vi) el desarrollo de herramientas y mecanismos que permitan reforzar el impacto de la vigilancia y del seguimiento, así como de actividades de sensibilización, incluso a través de la presentación voluntaria y la comunicación pública de datos no confidenciales sobre la acción represiva, de estudios y de evaluaciones sobre los riesgos de corrupción;

vii) la información periódica al público sobre sus trabajos y actividades y sobre la aplicación del Convenio anticorrupción y de la presente Recomendación.

XV. Toma nota de la obligación de los Países Miembros de cooperar estrechamente en este programa de seguimiento, en virtud del artículo 3 del Convenio relativo a la Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960 y del artículo 12 del Convenio anticorrupción de la OCDE.

Cooperación con los Países No Miembros

XVI. Hace un llamamiento a los Países No Miembros que sean grandes exportadores e inversores en el extranjero para que se adhieran al Convenio anticorrupción de la OCDE y a la Recomendación y los apliquen, y para que participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación.

XVII. Encarga al Grupo de Trabajo sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales que establezca un foro de consulta con los países que aún no se hayan adherido, con el fin de promover una mayor participación en el Convenio anticorrupción de la OCDE y en la presente Recomendación, así como en su seguimiento.

Relaciones con las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales

XVIII. Invita al Grupo de Trabajo sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales a que lleve a cabo consultas y a que coopere con las organizaciones internacionales y las instituciones financieras internacionales que desarrollen actividades en el campo de la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y a que consulte regularmente a las organizaciones no gubernamentales y a los órganos representativos de las empresas que desarrollen actividades en este campo.

ANEXO I

Guía de buenas prácticas sobre la aplicación de determinados artículos del Convenio sobre lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

Teniendo en cuenta las conclusiones y recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales enunciadas en el marco de su programa de seguimiento sistemático para vigilar y promover la plena aplicación del Convenio sobre lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (el Convenio anticorrupción de la OCDE), a tenor del artículo 12 del Convenio, se han desarrollado las buenas prácticas para la plena aplicación de determinados artículos específicos del Convenio de la siguiente forma:

A) Artículo 1 del Convenio anticorrupción de la OCDE. El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros

El artículo 1 del Convenio anticorrupción de la OCDE debería aplicarse de tal modo que no proporcionara un medio de defensa o de excepción cuando el funcionario público extranjero solicita un soborno.

Los Países Miembros deberían emprender acciones de sensibilización y proporcionar líneas directrices escritas para el público sobre sus leyes para la aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE y los Comentarios relativos al Convenio.

Los Países Miembros deberían proporcionar informaciones y formaciones, según corresponda, a sus funcionarios públicos destinados en el extranjero sobre sus leyes de aplicación del Convenio anticorrupción de la OCDE, de manera que dichos funcionarios puedan proporcionar informaciones elementales a sus empresas en países extranjeros y ayudarlas cuando tengan que enfrentarse a solicitudes de soborno.

Artículo 2 del Convenio anticorrupción de la OCDE. Responsabilidad de las personas jurídicas

Los sistemas de los Países Miembros sobre responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no deberían restringir la responsabilidad a los casos en los que la o las personas jurídicas que hubieran cometido el delito fueran juzgadas o declaradas culpables.

Los sistemas de los Países Miembros sobre responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las

transacciones comerciales internacionales deberían adoptar uno de los siguientes enfoques:

a) el nivel jerárquico de la persona cuya conducta produzca la responsabilidad de la persona jurídica es lo suficientemente flexible y refleja la gran diversidad de los sistemas de decisión en vigor en el seno de las personas jurídicas; o

b) un enfoque funcionalmente equivalente al anterior, aunque la responsabilidad solo se produce por actos de personas del nivel jerárquico superior de la dirección porque se cubren los siguientes casos:

- una persona del nivel jerárquico superior de la dirección ofrece, promete o concede un soborno a un funcionario público extranjero;
- una persona del nivel jerárquico superior de la dirección da la instrucción o la autorización a una persona de rango jerárquico inferior para que ofrezca, prometa o conceda un soborno a un funcionario público extranjero; y
- una persona del nivel jerárquico superior de la dirección se abstiene de impedir que una persona de rango jerárquico inferior corrompa a un funcionario público extranjero, incluso absteniéndose de supervisar a dicha persona o absteniéndose de aplicar los programas o medidas apropiadas en materia de control interno, de deontología y de conformidad.

C) Responsabilidad por actos de corrupción cometidos por intermediarios

Los Países Miembros deberían asegurarse de que, de conformidad con el artículo 1 del Convenio anticorrupción de la OCDE y con el principio de equivalencia funcional enunciada en el comentario 2 al Convenio anticorrupción de la OCDE, una persona jurídica no puede sustraerse a su responsabilidad recurriendo a un intermediario, incluida una persona jurídica vinculada, para ofrecer, prometer o conceder en su nombre un soborno a un funcionario público extranjero.

D) Artículo 5: Aplicación

Los Países Miembros deberían vigilar que las investigaciones y acusaciones por corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no se vean influidas por consideraciones de interés económico nacional, por los posibles efectos sobre las relaciones con otro Estado o por la identidad de las personas físicas o jurídicas en cuestión, de conformidad con el artículo 5 del Convenio anticorrupción de la OCDE.

Las reclamaciones por corrupción de funcionarios públicos extranjeros deberían ser investigadas seriamente y sus alegaciones creíbles deberían ser evaluadas por las autoridades competentes.

Los Países Miembros deberían dotar a las autoridades policiales y judiciales de los recursos adecuados para permitir investigaciones y acusaciones eficaces de los actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, teniendo en cuenta el comentario 27 al Convenio anticorrupción de la OCDE.

ANEXO II

Guía de buenas prácticas para los controles internos, la deontología y la conformidad

La presente Guía de buenas prácticas incorpora las conclusiones y recomendaciones pertinentes formuladas por el Grupo de Trabajo sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en el marco de su programa de seguimiento sistemático para vigilar y promover la plena aplicación del Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante «Convenio anticorrupción de la OCDE»); las contribuciones del sector privado y de la sociedad civil en las consultas dirigidas por el Grupo de Trabajo sobre corrupción en el marco de la revisión de los instrumentos anticorrupción de la OCDE; y los trabajos anteriores de la OCDE y de los organismos internacionales del sector privado y de la sociedad civil sobre prevención y detección de la corrupción en las empresas.

Introducción

La presente Guía de buenas prácticas (en adelante «la Guía») está dirigida a las empresas para que puedan establecer y garantizar el cumplimiento de los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad con el fin de prevenir y detectar la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales (en adelante «corrupción transnacional»), así como a las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales que contribuyen a ayudar de manera significativa a las empresas en este empeño. Reconoce que, para ser eficaces, dichos programas o medidas han de estar vinculados al marco general de conformidad de la empresa. Pretende servir como guía jurídicamente no vinculante para la elaboración, por parte de las empresas, de sus programas o medidas de control interno, deontología y conformidad encaminados a prevenir y detectar la corrupción transnacional.

La presente Guía es flexible y puede ser adaptada por las empresas, en particular por las pequeñas y medianas empresas (en adelante «PYMES»), en función de sus circunstancias propias, incluido su tamaño, su forma, su estructura jurídica y el sector de explotación geográfico e industrial en el que operan, así como de los principios en materia de competencia y otros principios jurídicos fundamentales que rigen sus actividades.

A) Guía de buenas prácticas para las empresas

Para que los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad para la prevención y la detección de la corrupción transnacional sean eficaces,

han de establecerse sobre la base de una evaluación de riesgos que tenga en cuenta las circunstancias propias de cada empresa, en concreto los riesgos de corrupción transnacional a los que se enfrenta (en razón, por ejemplo, de su sector geográfico e industrial de explotación). Dichas circunstancias y riesgos deberían controlarse, reevaluarse y adaptarse regularmente y oportunamente para garantizar la eficacia permanente de los programas y medidas de control interno, deontología y conformidad de la empresa.

Las empresas deberían examinar, entre otras, las buenas prácticas que a continuación se enumeran para garantizar la eficacia de los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad, con vistas a prevenir y detectar la corrupción transnacional:

1. apoyo y compromiso sólidos, explícitos y visibles, por parte del más alto nivel de dirección, a los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad de la empresa para la prevención y detección de la corrupción transnacional,
2. una política interna claramente formulada y visible por la que se prohíbe la corrupción transnacional,
3. la observación de dicha prohibición así como el cumplimiento de los programas o medidas de control interno, deontología y conformidad son responsabilidad de cada individuo en todos los niveles de la empresa,
4. la vigilancia de los programas o medidas de deontología y conformidad relativos a la corrupción transnacional, incluido el poder de informar directamente a los órganos de control independientes como los comités de auditoría internos de los consejos de administración o de los consejos de vigilancia, es responsabilidad de uno o de varios altos responsables que dispongan de un grado de autonomía suficiente con respecto a los dirigentes y de los recursos y prerrogativas apropiados,
5. programas o medidas de deontología y conformidad elaborados para prevenir y detectar la corrupción transnacional, aplicables a todos los directivos, ejecutivos y empleados, así como a todas las entidades sobre las cuales una empresa ejerce un control efectivo, incluso las filiales, en los siguientes campos, entre otros:
 - i) regalos,
 - ii) gastos de alojamiento, de ocio y otros,
 - iii) viajes de los clientes,
 - iv) contribuciones políticas,
 - v) donaciones a organismos de caridad y patrocinios,

vi) pagos de facilitación, e

vii) incitación y extorsión.

6. programas o medidas de deontología y conformidad destinados a prevenir y detectar la corrupción transnacional, aplicables en su caso, y bajo reserva de las disposiciones contractuales, a partes terceras como los agentes y otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, contratistas y proveedores, socios de consorcios y empresas mixtas (en adelante «los socios comerciales»), incluidos, entre otros, los siguientes elementos esenciales:

i) diligencia debida (*due diligence*) relativa a la contratación basada en el riesgo y adecuadamente documentada, así como una verificación apropiada y regular de los socios comerciales,

ii) información a los socios comerciales sobre los compromisos contraídos por la empresa de cumplir las leyes por las que se prohíbe la corrupción transnacional y sobre el programa o las medidas de la empresa en materia de deontología y conformidad establecidos para prevenir y detectar dicha corrupción, e

iii) intento de lograr un compromiso recíproco por parte de los socios comerciales.

7. un sistema de procedimientos financieros y contables que incluya controles contables internos, adecuadamente elaborado para asegurar la teneduría justa y exacta de los libros, registros y cuentas, de forma que no puedan ser utilizados con fines de corrupción transnacional o para ocultar dicha corrupción,

8. medidas elaboradas para asegurar una comunicación periódica y formaciones documentadas para todos los niveles de la empresa, acerca del programa o de las medidas de deontología y conformidad de la empresa sobre corrupción transnacional, así como para las filiales cuando corresponda,

9. medidas apropiadas para impulsar y ofrecer una ayuda positiva para el cumplimiento de los programas o medidas de deontología y conformidad sobre la corrupción transnacional, a todos los niveles de la empresa,

10. procedimientos disciplinarios apropiados para responder, entre otros, a las infracciones, en todos los niveles de la empresa, de las leyes contra la corrupción transnacional y del programa o medidas de deontología y conformidad de la empresa sobre corrupción transnacional,

11. medidas eficaces con vistas a:

i) proporcionar líneas directrices y consejos a los directores, ejecutivos, empleados, y, en su caso, a los socios comerciales, sobre el cumplimiento del programa o de las medidas de deontología y conformidad de la empresa, en

particular cuando necesiten una opinión urgente en situaciones difíciles en países extranjeros,

ii) permitir la comunicación interna y, dentro de lo posible, confidencial, así como la protección de los directores, ejecutivos y empleados y, en su caso, de los socios comerciales que no deseen cometer una infracción a la deontología y a las normas profesionales bajo las instrucciones o la presión de sus superiores jerárquicos, así como de los directores, ejecutivos y empleados y, en su caso, de los socios comerciales que deseen comunicar, de buena fe y sobre la base de sospechas razonables, incumplimientos de la ley, de la deontología o de las normas profesionales que se produzcan dentro de la empresa, y,

iii) tomar las medidas oportunas sobre la base de dichas comunicaciones.

12. exámenes periódicos de los programas o de las medidas de deontología y de conformidad para evaluar y mejorar su eficacia en la prevención y detección de la corrupción transnacional teniendo en cuenta los desarrollos registrados en este campo y la evolución de las normas internacionales y sectoriales.

B) Acciones de las organizaciones empresariales y de las asociaciones profesionales

Las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales pueden contribuir de manera determinante a ayudar a las empresas, en particular a las PYMES, a elaborar programas o medidas eficaces de control interno, deontología y conformidad con vistas a prevenir y detectar la corrupción transnacional. Dicha ayuda puede incluir, entre otras:

1. la difusión de información sobre cuestiones de corrupción transnacional, incluidas las relativas a las evoluciones registradas a este respecto en los foros internacionales y regionales, y al acceso a los bancos de datos pertinentes,
2. la puesta a disposición de herramientas de formación, prevención y verificación previa y otros instrumentos de conformidad,
3. consejos de orden general sobre el cumplimiento de la diligencia debida, y
4. consejos y ayuda generales sobre los medios para resistir a los intentos de extorsión y a las incitaciones.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE MEDIDAS FISCALES PARA REFORZAR LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

25 de mayo de 2009

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta el artículo 5 b) del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros [C(96)27/FINAL] (en adelante «Recomendación de 1996») a la que sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada del Consejo sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales [C(97)123/FINAL];

Teniendo en cuenta el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante «Convenio anticorrupción de la OCDE») de la que son Partes, en la fecha de la presente Recomendación, todos los Miembros de la OCDE y ocho Países No Miembros;

Teniendo en cuenta los Comentarios relativos al Convenio anticorrupción de la OCDE;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo relativa al Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio (en adelante «Modelo de Convenio fiscal de la OCDE [C(97)195/FINAL];

Congratulándose por el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción, al que la mayoría de las Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE se han adherido, y en particular por el artículo 12.4 según el cual «cada Estado Parte deniega la deducibilidad fiscal de los pagos por cohecho»;

Considerando que la Recomendación de 1996 ha tenido un impacto considerable dentro y fuera de la OCDE y que los poderes públicos, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales ya han tomado medidas significativas para luchar contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, pero que el problema sigue estando muy extendido y requiere medidas reforzadas;

Considerando que una legislación explícita que deniegue la deducibilidad de los sobornos favorece la toma de conciencia, en los ambientes de negocios, de la naturaleza ilegal de la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros

y, dentro de las Administraciones fiscales, de la necesidad de detectar y prohibir las deducciones por pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros;

Considerando que el hecho de que las autoridades fiscales compartan información con otras autoridades policiales y judiciales puede constituir una herramienta eficaz de detección e investigación de delitos de corrupción transnacional;

A propuesta del Comité de Asuntos Fiscales y del Comité de Inversiones;

I. Recomienda:

i) que los Países Miembros y las demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE denieguen explícitamente la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, a todos los efectos fiscales, de manera eficaz. Esta denegación debería estar establecida por ley o por cualquier otro medio vinculante que produzca los mismos efectos, como:

- prohibir la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros;
- prohibir la deducibilidad fiscal de cualquier pago por corrupción o de cualquier gasto incurrido con fines de corrupción que infrinja el derecho penal o cualquier otra ley de la Parte del Convenio anticorrupción de la OCDE.

La denegación de la deducibilidad fiscal no está subordinada a la apertura de una investigación por parte de las autoridades policiales y judiciales, ni al inicio de un procedimiento judicial.

ii) Cada País Miembro y cada Parte del Convenio anticorrupción de la OCDE examinan periódicamente la eficacia de sus dispositivos legales, administrativos y políticos, así como de sus prácticas en la denegación de la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros. Dichos exámenes deben determinar si se ha orientado convenientemente a los contribuyentes y a las autoridades fiscales sobre el tipo de gastos que pueden constituir sobornos a funcionarios públicos extranjeros y si dichos sobornos están efectivamente siendo detectados por las autoridades fiscales.

iii) Los Países Miembros y demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE consideran incluir en sus convenios fiscales bilaterales la opción prevista en el párrafo 12.3 de los Comentarios al artículo 26 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, que autoriza a «que las autoridades fiscales compartan las informaciones fiscales con otras autoridades policiales y judiciales sobre determinados asuntos altamente prioritarios (por ejemplo la lucha contra el blanqueo de capitales, la corrupción, la financiación del terrorismo)», cuya formulación es la siguiente:

«No obstante lo que antecede, las informaciones recibidas por un Estado contratante pueden ser utilizadas con otros fines cuando esta posibilidad esté contemplada en las leyes de los dos Estados y cuando la autoridad competente del Estado que proporciona la información autorice dicha utilización».

II. Recomienda asimismo a los Países Miembros y demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE que establezcan, de conformidad con sus sistemas jurídicos, un marco legal y administrativo eficaz y que proporcionen orientaciones para facilitar la denuncia, por parte de las autoridades fiscales, de las sospechas de corrupción transnacional detectadas en el ejercicio de sus funciones, a las autoridades policiales y judiciales nacionales correspondientes.

III. Invita a los Países Miembros que todavía no son Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE a que apliquen esta Recomendación en la mayor medida posible.

IV. Encarga al Comité de Asuntos Fiscales que garantice, en cooperación con el Comité de Inversiones, el seguimiento de la aplicación de esta Recomendación y que la promueva en el marco de sus contactos con los Países No Miembros, redactando un informe para el Consejo cuando sea necesario.

