

PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN PARA LAS EMPRESAS¹

Resumen Ejecutivo

Presentación

Los estudios de los niveles de transparencia para la *prevención de la corrupción* se han focalizado, fundamentalmente, en el análisis del sector público como origen principal de la problemática, entendiendo que las conductas más relevantes afectaban a la *corrupción* definida como *utilización del cargo público en interés propio del funcionario*. De ahí que las leyes penales nacionales y los convenios internacionales hayan centrado la prevención de la corrupción en castigar las conductas de corrupción que afectan a las Administraciones Públicas y a los *funcionarios públicos nacionales y extranjeros*. No obstante ello, la legislación internacional -consciente de la necesidad de neutralizar *conductas de corrupción realizadas también en el sector privado*- ha establecido en los últimos años también normas que imponen obligaciones a los agentes privados. La corrupción no sólo afecta a la *utilización del cargo público en beneficio propio*, sino también a conductas entre particulares que lesionan en mayor medida la *competencia leal* y, con ello, lesiona de forma directa también el *mercado, la formación de precios y a los consumidores* a través de las conductas denominadas de *corrupción entre particulares*. Por tanto, teniendo en cuenta los dos aspectos que inciden en la corrupción es necesario enfocar los estudios relativos a la prevención de la corrupción a ambos agentes actuantes: el *sector público* (Administración pública y funcionarios públicos) y los *agentes privados* (la empresa –privada o pública-, sus administradores y empleados, así como todo particular interviniente en el mercado).

Desde esta perspectiva, la *cooperación y responsabilidad de la empresa* es necesaria y constituye un elemento esencial en la prevención de la corrupción. Este aspecto también se ha puesto de manifiesto a nivel comunitario en la comunicación *Hacia un Acta del Mercado Único*, en la que se declaró: «*Es primordial que las empresas europeas se comporten con la máxima responsabilidad, tanto frente a sus empleados y accionistas como frente a la sociedad en general*». Así mismo, en el comunicado emitido el 5 de septiembre de 2009 por los Ministros de Economía y los Gobernadores de los Bancos Centrales del G20 se hacía especial hincapié en que las medidas anticorrupción son de máxima relevancia por lo que deben tomarse medidas para garantizar un *crecimiento sostenible y, a la vez, construir un sistema financiero internacional* más fuerte.

Prevenir la corrupción en la actividad empresarial resulta, por tanto, clave no sólo para reducir los índices de corrupción en el sector público, sino fundamentalmente también para contribuir a una *competencia leal* y en condiciones de igualdad entre los concurrentes. Los actos de corrupción lesionan la administración pública, por un lado, pero suponen a la vez una disminución de la capacidad competitiva de las empresas, por otro. En este sentido, el perjuicio que dicha distorsión de las reglas de competencia supone para la actividad empresarial es incalculable.

No se puede desconocer que la actividad empresarial se ha visto afectada, en las últimas décadas, por un creciente nivel de corrupción no sólo en la contratación con el sector público. También en la actividad empresarial entre particulares se han ido consolidando prácticas comerciales que merman de forma significativa la capacidad competitiva de las empresas distorsionando no sólo la

¹ Ponente del Documento: *Silvina Bacigalupo. Catedrática Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.*

competencia leal y la formación de precios en el mercado, sino lesionando el sistema objetivo y transparente de selección en la contratación. Por esta razón, las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE han incorporado, como consecuencia, de los Convenios internacionales y europeos, nuevos delitos que amplían considerablemente el catálogo de conductas de corrupción que existían hasta la actualidad incorporando incluso el denominado delito de *corrupción entre particulares*. Así la LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma del Código penal, ha incorporado al Derecho penal español el *delito de corrupción en el sector privado* como conducta lesiva de la competencia. Por otro lado, se ha ampliado también el *delito de cohecho de funcionarios de organismos públicos extranjeros*, ya sean realizados en España o en el extranjero. En esta misma línea, con la finalidad de proteger el Mercado, se han llevado a cabo reformas en el ámbito de los delitos contra del mercado y de los consumidores incorporando la nueva figura delictiva de *estafa de inversores*.

Asimismo, se ha ido avanzando en la idea de la *responsabilidad penal de la propia empresa* como sujeto actuante en el mercado y, por tanto, posible autor de conductas lesivas de la competencia como venían demandando los diversos convenios internacionales contra la corrupción. Como es sabido, una de las mayores reformas de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, ha sido la incorporación de la *responsabilidad penal directa de las empresas* -en la línea ya seguida por varios Estados miembros de la UE- con independencia de la responsabilidad penal personal que puedan llegar a tener sus directivos o empleados. El catálogo de delitos por los que puede responder una empresa ha sido tasado de forma expresa por el legislador de manera tal que no es posible que una persona jurídica pueda ser responsable de cualquiera de los delitos contenidos en el Código Penal. Los *delitos de corrupción* se encuentran especialmente contemplados dentro de dicho catálogo de conductas. Esta nueva realidad legal sitúa a la empresa en un nuevo plano siendo necesario que dentro de la misma se incorporen o se adapten al nuevo escenario legal códigos éticos, protocolos internos de actuación y normas de cumplimiento que permitan proteger la posición jurídica de la empresa de estos riesgos frente a posibles actuaciones de corrupción de sus directivos y/o empleados que puedan desencadenar la responsabilidad penal que pudiera afectarlas de forma directa con la consecuencia de sufrir severas multas y además un importante daño reputacional.

El Código penal introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin distinción del tamaño o dimensión de la empresa, por lo que todas serán responsables (grandes empresas y PYMES). De ahí que las recomendaciones de transparencia empresarial que aquí se sugieren están *dirigidas a todas las empresas* en general.

Por ello, *Transparencia Internacional España* teniendo en cuenta los *Principios de buen gobierno corporativo* basado en el *Principio de integridad* manifiesta la necesidad de que se adopten medidas desde la propia empresa que favorezcan la transparencia para que ésta, lejos de verse considerada como un hipotético *autor* de las conductas de *corrupción*, tenga una adecuada protección interna contra la corrupción así como la protección que ello supone también para sus directivos y todos sus miembros dentro de la estructura empresarial. En última instancia ello permitirá mejorar el nivel de competencia leal y la posición de las empresas en el mercado en un marco de igualdad. Las recomendaciones de transparencia empresarial resultarán en beneficio de la prevención de la corrupción no sólo para la empresa, sino también para la prevención de corrupción en las administraciones públicas y, en última instancia, en protección de los *consumidores*, quienes de lo contrario terminan pagando los costes de la competencia desleal.

La finalidad última de esta propuesta de *Principios de transparencia empresarial*, sin pretensión de ser considerado un catálogo cerrado, es servir de punto de partida para lograr desde la actividad empresarial una adecuada *prevención de la corrupción* contribuyendo así de forma directa a la *transparencia* y al respeto de la *competencia leal* generando valor para la empresa, protegiendo internamente a todos sus miembros, promoviendo una mayor protección de los *consumidores*, una mejor *prevención de la corrupción* en el *sector público y privado*, así como también una mejor protección de la Hacienda pública. Desde esta perspectiva y tomando como punto de partida los

principios de buen gobierno corporativo, así como las propuestas concretas realizadas por la *Guía de recomendaciones para las empresas para combatir la corrupción* (OECD 2010) para las empresas, así como la *Guía práctica para la gestión de riesgos y herramientas de implementación* (Red Pacto Mundial-España), se hace la presente propuesta de principios de transparencia en la actividad empresarial.

Una adecuada prevención de la corrupción desde la empresa permitirá también avanzar hacia una nueva *cultura empresarial* que recupere el valor de integridad que se traducirá en resultados rentables a largo plazo. El nuevo escenario jurídico penal debería contribuir a la creación de una cultura empresarial que recupere los *valores de gestión responsable* y que, combinado con estructuras organizativas modernas, constituirá un factor clave para el *éxito empresarial* pensado a largo plazo y con beneficios que no sólo son los que se reflejan en una cuenta de resultados.

Los procesos de cambios culturales requieren tiempo, pero en la actualidad se presentan como un nuevo y especial reto para permitir definir la *cultura empresarial* de una empresa y el *buen gobierno corporativo* de sus gestores.

Principios de Transparencia y Prevención de la Corrupción para las empresas

- 1. Cumplimiento de los Principios de Buen Gobierno Corporativo (Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo).**
- 2. Implementación en la Empresa de un Código Ético.**
- 3. Implementación de Programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programmes*).**
- 4. Implementación de canales de denuncias para la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la empresa y/o de las normas legales.**
- 5. Información pública de las retribuciones de los directivos y administradores.**
- 6. Información pública de las contrataciones con el sector público e información de las actividades subvencionadas con ayudas públicas.**
- 7. Información pública de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa.**
- 8. Evitación de prácticas de favorecimiento y corrupción en el sector privado.**
- 9. Evitación de prácticas de corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones internacionales.**
- 10. Cumplimiento de las obligaciones fiscales.**

Breve resumen explicativo de los Principios

- 1. Cumplimiento de los Principios de Buen Gobierno Corporativo (Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo).** El gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único. Contribuyen también a la correcta competitividad de las empresas europeas, ya que son las empresas bien dirigidas y sostenibles. En este sentido, los actuales Códigos de Buen Gobierno Corporativo, como el español, sólo son de cumplimiento voluntario, por un lado, y sólo aplicable a las empresas cotizadas, por otro. Sin embargo, las empresas independientemente de ser o no cotizadas deberían voluntariamente cumplir con las Recomendaciones de Buen Gobierno, dado que la transparencia de buen gobierno es mecanismo relevante para la prevención de la corrupción con independencia de que sean o no cotizadas, permitiendo además contribuir a la creación de una *cultura empresarial* tendente a crear y recuperar los valores de la buena gestión empresarial.
- 2. Implementación en la Empresa de un Código Ético.** Los Códigos Éticos constituyen uno de los instrumentos más relevantes actualmente en la implementación de los principios rectores del buen gobierno y autorregulación de la actividad empresarial y del establecimiento de la cultura empresarial referente para la empresa y sus trabajadores. Se recogen en ellos los principios éticos

que han de presidir el comportamiento de todos los miembros de una empresa basado en el *principio de integridad*.

Los Códigos Éticos no sólo son importantes para la gran empresa, sino también para la pequeña y mediana empresa. El Código Ético debe ser de conocimiento obligatorio y respeto obligado para todos los integrantes de la empresa y su incumplimiento deberá ser comunicado al comité encargado dentro de la estructura empresarial de velar por su cumplimiento.

3. **Implementación de Programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programmes*).** La nueva legislación penal española, tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 23 junio, ha modificado sustancialmente las coordenadas de las responsabilidades penal de las empresas y con ello también de la actividad empresarial. Estos programas existentes en el Derecho comparado, es cierto, se vinculan fundamentalmente con normas administrativas de cumplimiento y no con los riesgos propios del Derecho penal. Los *Programas de Compliance* cumplen un importante papel para la prevención, entre otros, de los riesgos de corrupción y fortalecen la consciencia del cumplimiento normativo en la empresa, por lo deberían ser integrados tanto en las grandes empresas como en las PYMES, permitiendo formar una cultura empresarial de cumplimiento normativo.
4. **Implementación de canales de denuncias para la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la empresa y/o de las normas legales.** Unas de las principales herramientas para prevenir la corrupción dentro de las empresas y evitar prácticas corruptas que lesionan la libre competencia, es que éstas cuenten con un adecuado canal de denuncias que permita tomar conocimiento de eventuales infracciones de las normas internas de la empresa, o bien de las normas legales, y adoptar las pertinentes medidas de investigación, y eventualmente sanción. Los canales de denuncia deben permitir, por un lado, la posibilidad de que cualquier integrante de la empresa pueda denunciar de forma confidencial el incumplimiento por parte de otros miembros de la empresa y, por otro, ofrecer la posibilidad de que terceros -proveedores, clientes, etc.- también puedan comunicar incumplimientos de las normas o bien conductas ilícitas o ilegales que deban ser puestos en conocimiento de los órganos encargados dentro de la empresa para velar por el cumplimiento normativo.
5. **Información pública de las retribuciones de los directivos y administradores.** Como concepto el *Gobierno corporativo* se centra esencialmente en las cuestiones que se derivan de la separación entre propiedad y control, en concreto la relación principal-agente entre accionistas y administradores ejecutivos. La remuneración de los administradores se ha utilizado a menudo como instrumento para aproximar los intereses de los accionistas y los administradores ejecutivos, y reducir así los costes de agencia. Sin embargo, la transparencia y publicidad en la remuneración e incentivos (*bonus*) a los directivos no sólo afecta al buen gobierno corporativo, sino que también es relevante en relación a la prevención de la corrupción, toda vez que permite garantizar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las políticas retributivas de los entes colectivos.
6. **Información pública de las contrataciones con el sector público e información de las actividades subvencionadas con ayudas públicas.** Con la finalidad de lograr un sistema de transparencia e información para la prevención de la corrupción sería, sin duda, importante también que se dé publicidad, por ejemplo, a través de la página web corporativa, de aquellas administraciones públicas, organismos públicos, etc., con los que la empresas tengan relaciones mercantiles. También contribuiría a la transparencia la publicación de la información de las actividades empresariales que se realizan por parte de la empresa con la financiación de ayudas públicas y subvenciones.
7. **Información pública de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa.** La existencia de una *cultura empresarial* basada en valores esenciales de buena gobernanza requiere también la transparencia e información de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa o Empresarial

(RSC o RSE), pues éstas inciden dentro de la empresa a la contribución activa y mejoramiento social y económico. Desde esta perspectiva la RSC no debería centrarse exclusivamente en buenas políticas y respeto del medio ambiente, sino también en una contribución activa en la prevención de prácticas de corrupción lesivas del buen funcionamiento de las administraciones públicas y desestabilizadoras de la libre competencia.

Especialmente en orden a reforzar la transparencia y la responsabilidad social, la *Ley 2/2011, de 5 de marzo, de Economía sostenible*, refuerza en las disposiciones legales referidas a la responsabilidad social de las empresas el compromiso de transparencia de las políticas de RSC, para lo que el Gobierno pondrá a su disposición un conjunto de características e indicadores para la autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte adecuado a los estándares internacionales en la materia.

- 8. Evitación de prácticas de favorecimiento y corrupción en el sector privado.** La corrupción en el sector privado constituye la otra cara de la moneda de la corrupción en el sector de las Administraciones Públicas. Si bien los programas de *compliance* han ido introduciendo en años recientes especiales normas de conducta y normas corporativas internas tendentes a prevenir la corrupción en el sector privado, resulta conveniente establecer este principio de forma independiente. En este sentido, es necesario introducir especiales normas que permitan prevenir dentro de la empresa la realización de tales conductas en aras a la prevención de la corrupción de estas prácticas, contempladas como delito. Para una adecuada prevención de estas conductas es necesario también que los canales de denuncias estén abiertos a terceros (proveedores, clientes, etc.), así como que existan protocolos adecuados de prohibición de recibir o entregar cualquier tipo de contraprestaciones incumpliendo las normas internas de contratación.
- 9. Evitación de prácticas de corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones internacionales.** Como consecuencia de los Convenios internacionales suscritos por España se incorporó al Código Penal español el delito de *corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*. De esta manera el derecho español se acerca a los derechos penales europeos, aunque ciertamente con retraso respecto de otros Estados miembros de la Unión Europea. La nueva disposición completa lo dispuesto en el art. 445 del Código Penal incorporando a su apartado tercero la definición de *funcionario público extranjero*, en la forma prevista en el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. En este sentido, para evitar la corrupción transnacional sería recomendable que los *programas de compliance* establecieran los mismos estándares de controles anticorrupción para el cumplimiento con su legislación nacional también a las empresas que un grupo empresarial pueda tener en el extranjero, con independencia de que en el país extranjero los estándares anticorrupción sean menores o, incluso, estén permitidas determinadas formas de lobby que, por ejemplo, conforme a la ley española y a la mayoría de las legislaciones europeas se encuentran prohibidas.
- 10. Cumplimiento de las obligaciones fiscales.** La elusión del pago de tributos es una conducta que no sólo afecta a la Hacienda Pública, sino también lesiona, en un segundo plano, la *competencia leal*. Por esta razón, también se debería insistir en el compromiso del cumplimiento de las obligaciones fiscales, pues la elusión del pago de tributos o la obtención de ventajas tributarias o devoluciones de forma indebida permiten tener más medios a las empresas defraudatorias, frente a las empresas que cumplen rigurosamente con sus obligaciones fiscales. En esa línea, el *Código de Buenas Prácticas Tributarias* contiene recomendaciones, voluntariamente asumibles por la Administración Tributaria y las empresas, tendentes a mejorar la aplicación del sistema tributario a través del incremento de la seguridad jurídica, la cooperación recíproca basada en la buena fe y la confianza legítima entre la Agencia Tributaria y las propias empresas. Para ello se recomienda la aplicación de políticas fiscales responsables en las empresas, siempre notificadas al Consejo de Administración.