

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. Consecuentemente, no es secundario, en absoluto, sino quizá primordial, el segundo de los objetivos de la publicación de este breve documento, cual es la difusión del texto del Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

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, así como dan 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; la segunda parte se limita a transcribir la traducción oficial del texto del mencionado Convenio, así como sus Comentarios y las Recomendaciones al respecto del Consejo de la OCDE.

Índice

Parte I

1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)
2. La corrupción en las transacciones económicas internacionales
3. La OCDE y la lucha contra la corrupción
4. Necesidad de un convenio internacional
5. Las claves del Convenio de la OCDE contra la corrupción
6. Décimo Aniversario del Convenio
7. Medidas preventivas que pueden adoptar las empresas
8. España y el Convenio de la OCDE

Parte II: Textos legales

1. Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales
2. Comentarios al Convenio
3. Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre Lucha contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales y sobre Deducibilidad Fiscal de los Pagos por Corrupción a Funcionarios Públicos Extranjeros

Parte I

1. 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 30 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, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, 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.

2. 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 a 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.

3. 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 Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, así como la Recomendación en contra de la Deductibilidad de Sobornos y las Recomendaciones sobre la Lucha contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

4. 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 los 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, 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 sujeto 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 deductibilidad 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 37 países (los 30 miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Chile, Bulgaria, Eslovenia, Estonia y Sudáfrica), han adaptado su legislación y ratificado el Convenio. La transposición del Convenio en España se ha traducido en una reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero. La ratificación se produjo el 3 de enero de 2000.

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 éstos 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 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".

5. LAS CLAVES DEL CONVENIO DE LA OCDE 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 define 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 legal mutua
- 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.

Finalmente, 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 provisiones relativas a la extradición.

Para determinar el nivel de cumplimiento de los países firmantes, se estableció un mecanismo de seguimiento y control, basado en el control entre los propios miembros ("peer review"). Este mecanismo analiza lo que 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 existirán problemas en la aplicación del Convenio, se establecieron dos fases de evaluación.

En la Fase 1, el propósito del Grupo es 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. Casi todos los países han pasado esta fase.

En la Fase 2, el principal propósito es comprobar si la estructura global del sistema establecido para aplicar el Convenio garantiza un cumplimiento eficaz. El ámbito del examen en esta Fase es más amplio, porque, a diferencia de la anterior, incluye un análisis de los aspectos no estrictamente penales establecidos en las dos Recomendaciones anejas al Convenio anteriormente citadas. Entre ellos, cabe destacar los relacionados con la prevención del delito, con la eficacia de la investigación (coordinación de las autoridades judiciales y policiales, provisión de Asistencia Legal Mutua pronta y eficaz), con los programas de formación en materia de soborno de funcionarios extranjeros para jueces y magistrados y para agentes públicos o privados participantes en dichas transacciones, etc.

Esta fase incluye una visita al país examinado por parte de miembros del Secretariado de la OCDE y de expertos de los países examinadores. El equipo examinador se entrevista con representantes de varios sectores implicados en la lucha contra la corrupción, tanto de la Administración de Justicia (jueces y fiscales (Fiscalía Anticorrupción), etc.) como de otros organismos (Policía, Tesoro, AECI, CNMV, ...), así como con miembros de la sociedad civil (empresas, sindicatos, medios de comunicación, ONGs).

Para que este instrumento realmente logre los objetivos que se ha propuesto, se requiere un apoyo decidido no sólo 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.

6. DÉCIMO ANIVERSARIO DEL CONVENIO

El día 21 de noviembre de 2007 se celebró en Roma el 10º aniversario de la firma del Convenio, en el que los países miembros del mismo reafirmaron su compromiso con la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales y reconocieron la excelente labor llevada a cabo a este respecto por parte del Grupo de Trabajo del Comité de Inversiones de la OCDE sobre Lucha contra la Corrupción en los Transacciones Económicas Internacionales, si bien declararon que todavía queda mucho trabajo por hacer.

En la ocasión, tuvieron lugar tres diferentes reuniones:

- De personalidades nacionales de Alto Nivel, en la que se analizó en profundidad el impacto y los logros de la Convención.
- De expertos, en la que se analizó el camino que queda por recorrer.
- De fiscales, en la que se analizaron temas relacionados con la detección, investigación y persecución de la corrupción.

En la reunión de Alto Nivel, los Países Miembros del Convenio hicieron pública una Declaración confirmando y reforzando sus compromisos en la lucha contra la corrupción. Su texto, titulado "*Compromiso Conjunto para la lucha contra la corrupción*", es el siguiente:

Preámbulo

Con ocasión de la celebración del décimo aniversario de la firma del Convenio para la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (el Convenio),

Nosotros, los Ministros y autoridades de los 37 países miembros de este Convenio, reafirmamos nuestro compromiso para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales. A la vez que reconocemos los progresos realizados, somos conscientes de que la lucha contra este delito tiene que seguir siendo una de nuestras principales tareas para promover el desarrollo sostenible y asegurar el debido equilibrio en el ámbito de los negocios a escala mundial.

Normas y Prácticas para la Lucha contra la Corrupción en las Transacciones Económicas Internacionales

Al adoptar el Convenio, todas las Partes se comprometieron a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales a través de sanciones penales eficaces y las correspondientes obligaciones. Aprobaron también un original proceso de control entre los propios miembros (peer review) para asegurar la efectiva aplicación de las normas del Convenio;

Deseamos afirmar que todas las Partes del Convenio han establecido la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales como una infracción penal y se han esforzado en la aplicación de métodos de investigación y procesamiento y de medios para prevenir, detectar y castigar las infracciones de corrupción en el extranjero;

Apoyamos la excelente labor desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre Corrupción en las Transacciones Económicas Internacionales, incluido el riguroso y sistemático mecanismo de peer review del Convenio. Confiamos en que el próximo año pueda quedar completada la actual ronda de valoración y fortalecimiento por las Partes de la legislación anti-cohecho;

Nos complace confirmar que los esfuerzos para reforzar el Convenio se han incrementado en su conjunto en la pasada década. Adicionalmente, damos la bienvenida a la adhesión y aplicación del Convenio por parte de nuevos Miembros, la continua cooperación con economías que no son miembros, la provechosa colaboración con organizaciones internacionales interesadas en la lucha contra la corrupción y las crecientes contribuciones de las organizaciones empresariales y de la sociedad civil involucradas en la promoción de prácticas de buen gobierno.

Mirando al futuro

En consecuencia, nos comprometemos a intensificar individual y colectivamente, y de una manera eficaz, nuestros esfuerzos para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros. A tal efecto, y más allá de lo realizado hasta ahora por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Corrupción en las Transacciones Económicas Internacionales, nos comprometemos a:

- Llevar a cabo nuestras obligaciones derivadas del Convenio de una manera amplia y vigorosa;*
- Asegurar que las normas del Convenio siguen entre las prioridades de la lucha global contra la corrupción en el extranjero y que su aplicación continúa siendo controlada mediante un mecanismo de revisión sistemático, eficaz y adecuado;*
- Asegurar la aplicación de las normas del Convenio por todos los Estados miembros;*
- Utilizar todos los medios y realizar todas las acciones necesarias para investigar y penalizar de una manera eficaz a quienes sobornen a agentes públicos, especialmente facilitando la cooperación internacional y la asistencia legal mutua;*
- Continuar contribuyendo al aumento del conocimiento público del Convenio en colaboración con la sociedad civil y el sector privado;*

- Continuar animando y apoyando las iniciativas del sector empresarial para prevenir y detectar la corrupción como, por ejemplo, a través de programas corporativos de integridad;
- Animar a las economías emergentes no miembros a adherirse a las normas del Convenio y desarrollar ulteriormente asociaciones con países no miembros del Convenio;
- Profundizar en la colaboración con organizaciones internacionales y regionales de lucha contra el soborno y la corrupción, especialmente con las entidades bancarias de desarrollo;
- Apoyar activamente la ratificación y puesta en vigor por parte de todos los países del Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

El Convenio constituye los cimientos de nuestro compromiso para luchar contra la corrupción de agentes públicos. Por dicha razón, deberíamos aplicarlo de manera rigurosa y fiel, para conseguir que los esfuerzos que hagamos hoy tengan su recompensa en el futuro

7. 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 o un beneficio económico o cualquiera 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, han 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 anti-corrupción 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.*** Aún 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.

8. ESPAÑA Y EL CONVENIO DE LA OCDE

España, que hace ya unas décadas se había convertido en uno de los primeros países del mundo en la recepción de inversiones extranjeras, ha llegado a ser muy recientemente 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.

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 la operación 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 para 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 los transacciones económicas internacionales, ya que este fenómeno 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 negocios u otras ventajas indebidas en la realización de las transacciones económicas internacionales, además de 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.

La transposición del Convenio en España se ha traducido en una reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero y la ratificación se produjo el 3 de enero de 2000.

España fue evaluada en fase 1 en 2000. La legislación española recibió entonces una calificación positiva por parte de la OCDE que, con matices similares a los practicados en los países cumplidores, considera que España cumple los compromisos del Convenio. La OCDE consideró que la legislación española cumplía con el Convenio salvo en ciertos aspectos que afectan a la definición del delito de corrupción de agentes públicos extranjeros (al no quedar tipificadas algunas acciones contempladas en el Convenio), al nivel de las sanciones (relativamente leves respecto a las establecidas por las demás Partes e insuficientes en determinados casos para permitir la extradición), y por último a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ya que la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil subsidiaria no son consideradas suficientes para cumplir con lo establecido en el artículo 2 del Convenio).

La evaluación de la fase 2 tuvo lugar en 2006, quedando aprobado el informe en marzo. En él se realiza una serie de recomendaciones para asegurar la prevención, la detección, la investigación y la persecución efectivas del delito de soborno de agente público extranjero (ambos informes están publicados por la OCDE). Dentro de estas recomendaciones, quizá la de mayor relevancia sea la que tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a la corrupción de agente público extranjero, habiendo recomendado el Grupo de Trabajo a España que modifique su legislación para asegurarse de que todas las personas jurídicas puedan considerarse directamente responsables de corrupción de agente público extranjero. Cabe decir, en este aspecto, que dicha modificación del Código Penal está incluida dentro de las múltiples que se están analizando en la actualidad por el Legislativo español.

En junio de 2007 se presentó ante el Grupo de Trabajo sobre Corrupción de la OCDE un primer informe oral del cumplimiento de esas recomendaciones, sin que hayan surgido otras dudas en el Grupo que las ya señaladas, relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en 2008 se analizará un segundo informe, que será escrito y más exhaustivo que el primero.

La responsabilidad tanto del cumplimiento de esas recomendaciones como, en general, la aplicación del Convenio Anticohecho se reparte en España entre varios Departamentos ministeriales como son el Ministerio de Justicia; de Industria, Turismo y Comercio; de Interior; de Economía y Hacienda; de Asuntos Exteriores y Cooperación; y de Administraciones Públicas, y es la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio quien asume las competencias en cuanto a la divulgación del mismo, en particular entre las empresas y entidades tanto públicas como privadas que tengan cualquier tipo de actividad en el exterior, y quien ejerce la función de portavoz de la delegación española en el Grupo de Trabajo sobre Corrupción de la OCDE.

Parte II

TEXTOS LEGALES:

- CONVENIO DE LA OCDE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES
- COMENTARIOS AL CONVENIO
- RECOMENDACIÓN REVISADA DEL CONSEJO SOBRE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES
- RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE LA DEDUCIBILIDAD FISCAL DE LOS PAGOS POR CORRUPCIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

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 aun 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 sólo 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 éste 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 éstas 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 éstas 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 ésta 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 el 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 éstas 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 el 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 ó 2. En el ordenamiento jurídico de muchos países, este caso se diferencia técnicamente de los delitos contemplados en el presente convenio. Sin embargo, existe 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.

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.

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.

Artículo 12. Supervisión y seguimiento:

34. El actual mandato del Grupo de trabajo de la OCDE sobre corrupción con relación a 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 auto evaluación 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.

36. 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.

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 sólo 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 REVISADA DEL CONSEJO SOBRE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Adoptada por el Consejo el 23 de mayo de 1997

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta los artículos 2, 5 a) y 5 b) del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960,

Considerando que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos los intercambios y las inversiones, que suscita graves preocupaciones morales y políticas y distorsiona las condiciones internacionales de la competencia,

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

Considerando que las empresas deberían abstenerse de cometer actos de corrupción de los funcionarios y titulares de cargos públicos, tal y como indican las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,

Considerando los progresos realizados en la aplicación de la recomendación inicial del Consejo sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales, adoptada el 27 de mayo de 1994 (C(94)75/FINAL) y de la recomendación conexas sobre la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, adoptada el 11 de abril de 1996 (C(96)27/FINAL), así como de la recomendación sobre las propuestas de cláusulas anti-corrupción a integrar en los contratos financiados por la ayuda bilateral, ratificada en la reunión de alto nivel del Comité de Ayuda al Desarrollo el 7 de mayo de 1996,

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

Teniendo en cuenta el compromiso contraído en la reunión del Consejo a nivel de Ministros de mayo de 1996, de criminalizar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros de manera eficaz y coordinada,

Tomando nota de que un convenio internacional conforme a los elementos comunes acordados que figuran en anexo constituye un instrumento adecuado para lograr rápidamente dicha criminalización,

Considerando el consenso alcanzado sobre las medidas a tomar para poner en práctica la recomendación de 1994, especialmente en lo que se refiere a las modalidades e instrumentos internacionales que puedan facilitar la criminalización de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, la deducibilidad de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, las normas contables, la auditoría externa y los controles internos de las sociedades, así como las normas y reglamentos sobre contratación pública,

Reconociendo que cualquier progreso en este campo exige no sólo esfuerzos por parte de cada país, sino también una cooperación, una vigilancia y un seguimiento a nivel multilateral,

Generalidades

I. **RECOMIENDA** que los Países Miembros tomen medidas eficaces para desalentar, prevenir y combatir la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales.

II. **RECOMIENDA** que cada País Miembro examine los campos que se presentan a continuación y que, de conformidad con sus principios en materia de jurisdicción y sus demás principios jurídicos fundamentales, adopte medidas concretas y significativas para alcanzar este objetivo:

- i) el derecho penal y su aplicación, de conformidad con la sección III y el anexo de la presente recomendación;
- ii) las leyes, reglamentos y prácticas fiscales para eliminar todo lo que pueda favorecer indirectamente la corrupción, de conformidad con la sección IV;
- iii) las normas y prácticas contables de las empresas y las normas y prácticas de las empresas en materia de auditoría externa y control interno, de conformidad con la sección V;
- iv) las disposiciones bancarias, financieras y otras para garantizar que se llevan los registros apropiados y que estén disponibles a efectos de inspección e investigación;

- v) las subvenciones públicas, las autorizaciones públicas, la adjudicación de contratos públicos u otras ventajas concedidas por los poderes públicos, de forma que dichas ventajas puedan denegarse a título de sanción en los casos apropiados, cuando haya habido corrupción, de conformidad con la sección VI sobre contratación pública y contratos financiados por la ayuda pública;
- vi) las leyes y reglamentos en materia civil, comercial y administrativa, de manera que la corrupción sea ilegal;
- vii) la cooperación internacional en materia de investigación y otros procedimientos judiciales, de conformidad con la sección VII.

Criminalización de la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros

III. **RECOMIENDA** que los Países Miembros criminalicen la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros de manera eficaz y coordinada, presentando propuestas a sus autoridades legislativas antes del 1º de abril de 1998, de conformidad con los elementos comunes acordados que figuran en el anexo y esforzándose por lograr su adopción de aquí a finales de 1998.

DECIDE, a estos fines, abrir rápidamente negociaciones sobre un convenio internacional de criminalización de la corrupción, de conformidad con los elementos comunes acordados. Dicho convenio deberá estar abierto a la firma a finales de 1997 para su entrada en vigor doce meses más tarde.

Deducibilidad fiscal

IV. **INSTA** a los Países Miembros a que pongan en práctica con prontitud la recomendación de 1996 sobre la deducibilidad de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, para que, de acuerdo con el texto de esta recomendación: "Los Países Miembros que no deniegan la deducibilidad de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros vuelvan a examinar este tratamiento para denegar dicha deducibilidad. Una acción de este tipo puede verse facilitada por la tendencia a considerar como ilegales los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros".

Normas contables, auditoría externa y controles internos de las sociedades

V. **RECOMIENDA** que los Países Miembros tomen las medidas necesarias para que las leyes, los reglamentos y las prácticas sobre normas contables, auditoría externa y controles internos de las sociedades sean conformes con los principios siguientes y se utilicen

plenamente para prevenir y detectar la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

A. Unas normas contables adecuadas

- i) Los Países Miembros deberían exigir a las empresas que llevaran unas cuentas adecuadas de las sumas recibidas o pagadas, con mención del concepto de los ingresos o pagos. Las empresas no deberían estar autorizadas a realizar transacciones extra-contables o a llevar cuentas fuera de los libros contables.
- ii) Los Países Miembros deberían exigir a las empresas que expusieran en sus Estados financieros todos los elementos de valoración de su obligación condicional.
- iii) Los Países Miembros deberían sancionar de manera adecuada las omisiones, falsificaciones y fraudes en las cuentas.

B. Auditoría externa independiente

- i) Los Países Miembros deberían examinar si las normas sobre la obligación 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, estados financieros y controles internos de las empresas.
- iii) Los Países Miembros deberían exigir al auditor de cuentas que descubriera indicios de posibles actos ilícitos de corrupción, que informara de ello a la dirección y, en su caso, a los órganos de control de la sociedad.
- iv) Los Países Miembros deberían considerar la posibilidad de obligar a los auditores de cuentas externos a señalar a las autoridades competentes los indicios de posibles actos ilícitos de corrupción.

C. Controles internos de las sociedades

- i) Los Países Miembros deberían alentar el desarrollo y la adopción de sistemas de control interno adecuados para las sociedades, incluidas las normas de conducta.
- ii) Los Países Miembros deberían fomentar que la dirección de las sociedades incluyera en sus informes anuales declaraciones sobre sus mecanismos de control interno, incluidos aquellos que contribuyen a impedir la corrupción.

- iii) Los Países Miembros deberían fomentar 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.
- iv) Los Países Miembros deberían alentar a las sociedades a que facilitaran mecanismos de comunicación o de protección a las personas que no quisieran infringir el código deontológico o las normas profesionales bajo las instrucciones o la presión de sus superiores jerárquicos.

Contratación pública

VI. RECOMIENDA:

- i) que los Países Miembros apoyen los esfuerzos de la Organización Mundial del Comercio con el fin de lograr un acuerdo sobre transparencia en la contratación pública;
- ii) que las leyes y reglamentos de los Países Miembros permitan a las autoridades denegar el acceso a la contratación pública a las empresas que hayan sido declaradas culpables de corrupción de funcionarios públicos extranjeros infringiendo sus leyes nacionales y que, en la medida en que los Países Miembros apliquen sanciones a las empresas que hayan sido declaradas culpables de corrupción de funcionarios públicos nacionales en relación con la contratación públicas, dichas sanciones sean impuestas de la misma forma en caso de corrupción de funcionarios públicos extranjeros¹;
- iii) que, de conformidad con la recomendación del Comité de Ayuda al Desarrollo, los Países Miembros exijan disposiciones anti-corrupción en los contratos financiados por la ayuda bilateral, fomenten la aplicación de las disposiciones anti-corrupción en las instituciones internacionales de desarrollo y colaboren estrechamente con sus socios de desarrollo para combatir la corrupción en todos los esfuerzos de cooperación para el desarrollo².

VII. RECOMIENDA que los Países Miembros, con el fin de luchar contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, de conformidad con sus principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos fundamentales, adopten las siguientes medidas:

¹ Los sistemas utilizados por los Países Miembros para sancionar el corrupción de los funcionarios nacionales difieren según se trate de una condena penal, de una acusación 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 sólo 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.

- i) concertarse y cooperar con las autoridades competentes de los demás países en las investigaciones y otros procedimientos judiciales sobre casos específicos de corrupción en transacciones comerciales internacionales, por medio del intercambio de informaciones (espontáneo o a petición), de la entrega de elementos de prueba y de la extradición;
- ii) hacer pleno uso de los acuerdos y convenios en vigor sobre cooperación en materia judicial internacional, y si fuera necesario, firmar nuevos acuerdos o convenios a estos efectos;
- iii) asegurarse de que la legislación nacional ofrece una base adecuada para dicha cooperación, en particular de acuerdo con el punto 8 del anexo.

Seguimiento y acuerdos institucionales

VIII. **ENCARGA** al Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, a través de su Grupo de trabajo sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales, que ponga en práctica un programa de seguimiento sistemático para vigilar y promover la plena aplicación de la presente recomendación, en cooperación con el Comité de Asuntos fiscales, el Comité de Ayuda al Desarrollo y otros organismos de la OCDE, en su caso. Dicho seguimiento incluirá en particular:

- i) la recepción de las notificaciones y otras informaciones que le sean presentadas por los Países Miembros;
- ii) un examen periódico de las medidas tomadas por los Países Miembros para la aplicación de la recomendación y la formulación de propuestas apropiadas para ayudar a los Países Miembros en dicha aplicación; dichos exámenes se basan en los siguientes procedimientos complementarios:
 - un procedimiento de auto evaluación en el que las respuestas de los Países Miembros a un cuestionario permitirán evaluar en qué medida la recomendación ha sido aplicada,
 - un procedimiento de evaluación mutua en el que cada País Miembro es examinado por turnos por el Grupo de trabajo sobre corrupción, a partir de un informe que evalúe de forma objetiva los progresos realizados por el País Miembro en la aplicación de la recomendación;
- iii) un examen de cuestiones concretas relacionadas con la corrupción en las transacciones comerciales internacionales;
- iv) un examen de las posibilidades de ampliación del campo de los trabajos de la OCDE en materia de lucha contra la corrupción internacional, de manera a cubrir la corrupción en el sector privado y la corrupción de funcionarios públicos extranjeros por motivos que no sean la obtención o la preservación de un mercado;

- v) la información periódica del público sobre sus trabajos y actividades y sobre la aplicación de la recomendación.

IX. **TOMA NOTA** de la obligación de los Países Miembros de cooperar estrechamente en este programa de seguimiento, en virtud del artículo 3 del Convenio de la OCDE.

X. **ENCARGA** al Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales que vuelva a examinar la puesta en práctica de la sección III, y, en cooperación con el Comité de Asuntos Fiscales, la sección IV de la presente recomendación, y que redacte un informe para los Ministros en primavera de 1998, un informe al Consejo después del primer examen periódico y, en la medida que fuera necesario, que vuelva a examinar la presente recomendación revisada en los tres años siguientes a su adopción.

Cooperación con los países no miembros

XI. **HACE UN LLAMAMIENTO** a los países no miembros para que se adhieran a la recomendación y participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación.

XII. **ENCARGA** al Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, a través de su Grupo de trabajo sobre corrupción, que ponga en marcha un foro de consulta con los países que todavía no se hayan adherido, con el fin de promover una mayor participación en la recomendación y en su seguimiento.

Relaciones con las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales

XIII. **INVITA** al Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, a través de su Grupo de trabajo sobre corrupción, a que mantenga consultas y a que coopere con las organizaciones internacionales y las instituciones financieras internacionales que desarrollen actividades en el campo de la lucha contra la corrupción 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

Elementos comunes acordados de legislación penal y medidas conexas

1) Elementos del delito de corrupción activa

- i) Se entiende por "*corrupción*" la promesa de hacer un pago indebido o conceder otras ventajas a un funcionario público, en beneficio propio o de beneficio de un tercero, directamente o a través de intermediarios, con el fin de influir sobre el funcionario público para que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para conseguir o conservar un contrato.
- ii) Se entiende por "*funcionario público extranjero*" cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, ya sea designado o electo, o en una organización internacional, o que ejerza una función o tarea pública en un país extranjero.
- iii) Se entiende por "*oferente*" cualquier persona que actúe por cuenta propia o por cuenta de cualquier otra persona física o jurídica.

2) Elementos accesorios del delito

Los siguientes conceptos de derecho penal general: tentativa, complicidad y/o conspiración que recoja el derecho del estado que entable las diligencias judiciales son aplicables al delito de corrupción de un funcionario público extranjero.

3) Hechos justificativos y medios de defensa

La corrupción de un funcionario público extranjero con el fin de conseguir o conservar un contrato es un delito, independientemente del valor o del resultado del acto de corrupción, de la percepción que se tenga de las costumbres locales o de la tolerancia ante la corrupción por las autoridades locales.

4) Jurisdicción

La jurisdicción para el delito de corrupción de un funcionario público extranjero debe establecerse en cualquier caso cuando el delito haya sido cometido en todo o en parte del territorio del Estado que entable las diligencias. El fundamento territorial de la jurisdicción debería interpretarse de manera amplia, de forma que no se exija una estrecha conexión física con el acto de corrupción.

Los Estados que persiguen a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberían hacerlo de acuerdo con los mismos principios en caso de corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Los Estados que no apliquen en las diligencias el principio de nacionalidad, deberían estar dispuestos a extraditar a sus nacionales en caso de corrupción de un funcionario público extranjero.

Todos los países deberían examinar si el fundamento de su jurisdicción es eficaz para combatir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros; en caso de que no lo fuera, deberían adoptar las medidas correctivas correspondientes.

5) Sanciones

El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros debería estar sujeto a sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que fueran suficientes para asegurar una cooperación judicial y una extradición eficaces y fueran comparables a las que son aplicables al corruptor en caso de corrupción de funcionarios públicos nacionales.

Deberían preverse sanciones monetarias u otras sanciones civiles, administrativas o penales contra cualquier persona jurídica implicada, teniendo en cuenta el importe del soborno y las ventajas que se deriven de la transacción obtenida por corrupción.

Debería preverse la confiscación de los instrumentos de la corrupción y de las ventajas obtenidas, así como de los beneficios que se deriven de las transacciones obtenidas por corrupción, o imponerse multas o indemnizaciones comparables.

6) Aplicación

Teniendo en cuenta la gravedad del delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, las autoridades públicas encargadas de las diligencias deberían ejercer su margen de valoración de forma independiente, sobre la base de motivos profesionales. No deberían dejarse influir por consideraciones de interés económico nacional, por la buena marcha de las relaciones políticas, ni por la identidad de la víctima.

Las autoridades competentes deberían investigar seriamente las denuncias de las víctimas.

El plazo de prescripción debería ser suficiente de acuerdo con la complejidad del delito.

A nivel nacional, los poderes públicos deberían dotar a las autoridades encargadas de la diligencias de los recursos apropiados, de forma que el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros pueda ser perseguido con eficacia.

7) Disposiciones conexas (penales o no penales)

- Normas contables, teneduría de los libros y obligaciones de divulgación de la información

Para combatir eficazmente la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, los Estados deberían asimismo sancionar de forma adecuada las omisiones, falsificaciones y fraudes contables.

- Blanqueo de capitales

La corrupción de funcionarios públicos extranjeros debería considerarse como un delito grave y constituir un delito principal de la legislación relativa al blanqueo de dinero, cuando la corrupción de agentes públicos nacionales constituya un delito principal de blanqueo de dinero, independientemente del lugar donde se haya producido dicha corrupción.

8) Cooperación internacional

La cooperación judicial eficaz es crucial para las investigaciones y la obtención de pruebas a los efectos de las diligencias relativas a la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

La adopción de leyes que criminalicen la corrupción de funcionarios públicos extranjeros eliminaría los obstáculos a la cooperación judicial que se derivan de la obligación de doble incriminación.

Los países deberían concebir sus leyes en materia de cooperación judicial de forma que se permita una cooperación con los países que investigan la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, incluidos los países terceros (país del oferente; país en el que se comete el acto) y los países que aplican tipos distintos de leyes de criminalización a esta corrupción.

Habría que estudiar y poner en práctica los medios necesarios para que la cooperación judicial fuera más eficaz.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE LA DEDUCIBILIDAD FISCAL DE LOS PAGOS POR CORRUPCIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

Adoptada por el Consejo el 11 de abril de 1996

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 de la OCDE sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales (C(94)75/FINAL);

Considerando que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos los intercambios y las inversiones, que suscita graves preocupaciones morales y políticas y distorsiona las condiciones internacionales de la competencia;

Considerando que la Recomendación del Consejo sobre la corrupción ha hecho un llamamiento a los Países Miembros para que tomen medidas concretas y pertinentes para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, examinando asimismo las medidas fiscales que pueden favorecer indirectamente la corrupción;

Acerca de la propuesta del Comité de Asuntos Fiscales y del Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales:

- I. RECOMIENDA que los Países Miembros que no deniegan la deducibilidad de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros vuelvan a examinar dicho tratamiento para denegar dicha deducibilidad. Esta acción puede verse facilitada por la tendencia a considerar como ilegales los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros.
- II. ENCARGA al Comité de Asuntos Fiscales, en cooperación con el Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, que asegure el seguimiento de la aplicación de esta recomendación y de promover la Recomendación en el marco de los contactos con los países no miembros, y de dar cuenta al Consejo cuando corresponda.