

Versió original publicada en castellà per *Transparencia Internacional España* amb el títol:
Principios de Transparencia y Prevención de la Corrupción para las Empresas
©2012 *Transparencia Internacional España*
Tots els drets reservats.

©2012 Oficina Antifrau de Catalunya per aquesta versió en català
Publicat amb l'acord de *Transparencia Internacional España*.
La qualitat de la versió catalana i la seva coherència amb el text original és responsabilitat de
l'Oficina Antifrau de Catalunya.
Permesa la reproducció sempre que se'n citi la procedència.

Per a més informació sobre *Transparencia Internacional España* contactar amb Brenda
Shannon al número 917 00 41 05

Des de l'Oficina volem agrair a *Transparencia Internacional España* la disponibilitat i les
facilitats per traduir i fer ús d'aquest document.

Traducció: Isabel Llasat – illasat@acett.org

PRINCIPIS DE TRANSPARÈNCIA I PREVENCIÓ DE LA CORRUPCIÓ PER A LES EMPRESES

**Informe preparat per *Transparencia
Internacional España*
per la professora Silvina Bacigalupo,
de la Universitat Autònoma de Madrid**

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA

Transparencia Internacional España és el capítol espanyol de *Transparency International*, organització internacional, no governamental, no partidista, i sense afany de lucre, dedicada a combatre la corrupció i a impulsar la transparència social.

Aquesta organització, amb secretaria general a Berlín, s'esforça així, a través del seu quasi centenar de capítols en el món, a combatre les diferents formes de la corrupció, tant a l'interior dels països com en les relacions econòmiques, comercials i polítiques internacionals; un altre dels seus objectius bàsics és impulsar la transparència social en la major part dels països com el millor antídote contra la corrupció.

Activitats de TI-ESPAÑA: entre els Informes i Índexs que *Transparencia Internacional España* ha desenvolupat cal destacar,

- Índex de Transparència dels Ajuntaments (3 edicions)
- Índex de Transparència en la Gestió de l'Aigua (2 edicions)
- Índex de Transparència de les Comunitats Autònomes
- Índex de Transparència de les Diputacions Provincials
- Decàleg de Transparència i Integritat
- Projecte ENIS: Avaluació del Sistema Nacional d'Integritat (juntament amb 26 països europeus)
- Principis de Transparència i Prevenció de la Corrupció per a les empreses

Per una altra banda, TI-España ha signat un conveni amb el *Consejo General de la Abogacía* per fomentar l'advocacia *Pro Bono* en nom del dret a la informació dels ciutadans, havent signat prèviament un altre conveni similar amb el *Colegio de Abogados de Madrid*.

A més, *Transparencia Internacional España* ha obtingut diversos Premis, entre els quals poden citar-se:

- a) *Premi COSITAL*, atorgat pel Consell General de Col·legis Oficials de Secretaris, Interventors i Tresorers de l'Administració Local, per les activitats en nom de la transparència en les institucions públiques.
- b) *Premio Proteus de Ética* en la modalitat de Projecte Social, en reconeixement a la seva tasca per a la millora de la societat.

Per a més informació sobre *Transparencia Internacional España*, consulteu la web:

www.transparencia.org.es

Índex

Pròleg a l'edició catalana	6
Resum executiu.....	8
Principis de transparència i prevenció de la corrupció per a les empreses	16
Introducció.....	16
Principis de transparència i prevenció de la corrupció per a les empreses	21
Annex I: Propostes legislatives d'harmonització del dret europeu en les futures revisions del Conveni penal europeu contra la corrupció i propostes legislatives de dret intern.....	35

Pròleg a l'edició catalana

La transparència és el millor antídote contra la corrupció

La forma de fer negocis afecta els accionistes, els empleats, els clients, els consumidors, els proveïdors, les administracions públiques i la comunitat en la qual s'insereixen. Té impacte, en definitiva, sobre tota la societat. És per això que les empreses tenen, enfront d'aquesta mateixa societat, la responsabilitat de comportar-se de manera ètica. La conducta íntegra dels operadors privats és imprescindible per garantir la lliure competència i el normal funcionament dels mercats i allunyar la corrupció.

La transparència és el millor antídote contra la corrupció. Una societat informada del funcionament de les institucions, però també de les lleis que regeixen el mercat, les relacions comercials privades i la relació entre els ciutadans, les empreses i el sector públic, és una societat èticament sana perquè hi funcionen els instruments de control que eviten els abusos, siguin aquests en el sector públic o en el sector privat, en les relacions a l'interior de l'estat o en les relacions transnacionals.

Darrerament les legislacions estatals i les normes i recomanacions emanades dels organismes internacionals contempen, de manera creixent, elements de perfeccionament dels instruments de control i mecanismes de lluita en el camp penal, administratiu i de la legislació reguladora del comerç, per tal de perseguir el frau i la corrupció, tant en l'àmbit públic com en el privat, i han arribat com és el cas de la legislació espanyola, a fixar la responsabilitat penal de les persones jurídiques i el tipus delictiu de corrupció entre particulars.

L'actual marc normatiu augmenta la necessitat d'incorporar instruments de prevenció del frau i la corrupció

En el camp de la transparència i foment de la integritat cal agrair l'enorme treball pedagògic i de conscienciació que des de fa temps està fent *Transparencia Internacional* i en especial el seu capítol espanyol. Els seus informes i recomanacions són un referent indispensable per a tots els organismes oficials que treballem en el camp del foment de la integritat pública i privada, i en la prevenció i lluita contra el frau i la corrupció.

Presentem aquí el darrer estudi de *Transparencia Internacional Espanya* dedicat als *Principis de transparència i prevenció de la corrupció a les empreses*, estudi que ha elaborat Silvina Bacigalupo, catedràtica de Dret Penal de la Universitat Autònoma de Madrid. A banda de fer una exposició sistematitzada del marc jurídic estatal i internacional, fa un ampli recorregut exposant un catàleg, no tancat,

amb relació al que han de ser els nous paradigmes en el camp de la cultura empresarial i el bon govern corporatiu de les empreses privades.

Des de l'Oficina Antifrau de Catalunya, saludem la presentació d'aquest estudi, que sens dubte suposa una eina valuósíssima en l'àmbit de les responsabilitats que la Llei encomana a l'Oficina pel que fa a la prevenció del frau i el foment de la gestió ètica i de la responsabilitat social en el sector privat.

Albert Batlle i Bastardas
Director Adjunt de l'OAC

Maig de 2012

Resum executiu

Cal enfocar la prevenció de la corrupció entorn dels dos agents que hi intervenen: el sector públic i els agents privats

Els estudis dels nivells de transparència per a la prevenció de la corrupció s'han centrat fonamentalment en l'anàlisi del sector públic com a origen principal de la problemàtica, entenent que les conductes més rellevants afectaven la corrupció definida com a utilització del càrrec públic en interès propi del funcionari. Per això les lleis penals nacionals i els convenis internacionals han centrat la prevenció de la corrupció en castigar les conductes de corrupció que afecten les administracions públiques i els funcionaris públics nacionals i estrangers. Això no obstant, la legislació internacional – conscient de la necessitat de neutralitzar conductes de corrupció realitzades també en el sector privat– també ha establert en els darrers anys normes que imposen obligacions als agents privats. La corrupció no afecta només la utilització del càrrec públic en profit propi, sinó també conductes entre particulars que lesionen més la competència lleial i, per tant, lesionen de forma directa també el mercat, la formació de preus i els consumidors a través de les conductes anomenades de corrupció entre particulars. Així doncs, tenint en compte els dos aspectes que influeixen en la corrupció, és necessari enfocar els estudis relatius a la seva prevenció entorn dels dos agents que hi intervenen: el sector públic (administració pública i funcionaris públics) i els agents privats (l'empresa –privada o pública–, els seus administradors i empleats i qualsevol particular que intervingui en el mercat).

La cooperació i responsabilitat de l'empresa són necessàries i constitueixen un element essencial en la prevenció de la corrupció

Des d'aquest punt de vista, la cooperació i responsabilitat de l'empresa són necessàries i constitueixen un element essencial en la prevenció de la corrupció. Aquest aspecte també ha estat subratllat en l'àmbit comunitari en la comunicació *Hacia un Acta del Mercado Único*, durant la qual es va dir: «És fonamental que les empreses europees es comprometin amb la màxima responsabilitat, tant davant dels seus empleats i accionistes com davant la societat en general». D'igual forma, en el comunicat emès el 5 de setembre de 2009 pels ministres d'Economia i els governadors dels bancs centrals del G20 es posava especial èmfasi en el fet que les mesures anticorrupció tenen màxima rellevància, per la qual cosa cal actuar per garantir un creixement sostenible i, alhora, construir un sistema financer internacional més fort.

Prevenir la corrupció en l'activitat empresarial resulta doncs un element clau, no només per reduir els índexs de corrupció en el sector públic, sinó i sobretot també per contribuir a una competència lleial en condicions d'igualtat entre els concurrents. Els

actes de corrupció lesionen l'administració pública, però també suposen una disminució de la capacitat competitiva de les empreses. En aquest sentit, el perjudici que aquesta distorsió de les regles de competència causa a l'activitat empresarial és incalculable.

Prevenir la corrupció en l'activitat empresarial resulta un element clau per contribuir a una competència lleial en condicions d'igualtat entre els concurrents

Ningú no desconeix que l'activitat empresarial s'ha vist afectada, en les darreres dècades, per un nivell cada vegada més gran de corrupció, però no només en la contractació amb el sector públic: també en l'activitat empresarial entre particulars s'han anat consolidant pràctiques que redueixen de manera significativa la capacitat competitiva de les empreses perquè no només distorsionen la competència lleial i la formació de preus en el mercat, sinó que també lesionen el sistema objectiu i transparent de selecció en la contractació. Això ha dut a l'establiment de convenis internacionals i europeus que han fet que els estats membres incorporin a les seves legislacions penals delictes nous que amplien considerablement el catàleg de conductes o tipus de corrupció que s'hi recollien fins ara, cobrint fins i tot l'anomenat delictes de corrupció entre particulars. Així, la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juny (LO 5/2010), de reforma del Codi penal ha incorporat al dret penal espanyol el delictes de corrupció en el sector privat com a conducta lesiva de la competència. D'altra banda, també s'ha ampliat el delictes de suborn de funcionaris d'organismes públics estrangers, comès tant a Espanya com a l'estranger. En aquesta mateixa línia, amb la finalitat de protegir el mercat, s'han dut a terme reformes dins de l'àmbit dels delictes contra el mercat i els consumidors, incorporant la nova figura delictiva d'estafa d'inversors.

La reforma del codi penal que incorpora la responsabilitat penal directe de les empreses fa necessària la implementació de sistemes de prevenció

També s'ha anat avançant en la idea de la responsabilitat penal de l'empresa mateixa com a subjecte que actua en el mercat i, per tant, possible autora de conductes lesives de la competència, com venien reclamant els diversos convenis internacionals contra la corrupció. Com és sabut, una de les reformes més grans de la LO 5/2010 de reforma del Codi penal ha estat la incorporació de la responsabilitat penal directa de les empreses –en la línia ja seguida per alguns estats membres de la UE–, amb independència de la responsabilitat penal personal en la qual puguin incórrer els seus directius o empleats. El catàleg de delictes pels quals pot respondre una empresa ha estat taxat expressament pel legislador, de tal manera que una persona jurídica no pot ser feta responsable de qualsevol dels delictes continguts en el Codi penal. En aquest catàleg de conductes ocupen un lloc especial els delictes de corrupció. Aquesta nova realitat situa l'empresa en un pla nou i fa necessari que en el seu si s'incorporin o adaptin al nou escenari legal codis ètics,

protocols interns d'actuació i normes de compliment que permetin protegir la posició jurídica de l'empresa d'aquests nous riscos davant de possibles actuacions de corrupció dels seus directius i/o empleats que puguin desencadenar-ne la responsabilitat penal directa, amb la conseqüència de rebre multes i sancions penals greus, sense comptar el dany a la reputació que aquesta situació generaria.

El Codi penal introdueix la responsabilitat penal de les persones jurídiques sense distingir la grandària o dimensió de l'empresa, per la qual cosa totes seran responsables (grans empreses i PIME). Per això les recomanacions de transparència empresarial que fem aquí estan adreçades a totes les empreses en general.

Cal que dins de la mateixa empresa s'adoptin mesures per afavorir la transparència

Per això, Transparència Internacional España, tenint en compte els principis de bon govern corporatiu basat en el principi d'integritat, subratlla la necessitat que dins de la mateixa empresa s'adoptin mesures per afavorir la transparència perquè aquesta, lluny de veure's considerada com un hipotètic autor de les conductes de corrupció, tingui una protecció interna adequada contra la corrupció que s'estendrà en conseqüència també als seus directius i a tots els membres de l'estructura empresarial. En darrer terme, això permetrà millorar el nivell de competència lleial i la posició de les empreses en el mercat en un marc d'igualtat. Les recomanacions de transparència empresarial afavoriran la prevenció de la corrupció, no només a l'empresa, sinó també a les administracions públiques i, finalment, això es traduirà en la protecció dels consumidors, que són els que, en cas contrari, acaben pagant els costos de la competència deslleial.

La principal finalitat d'aquesta proposta de principis de transparència empresarial, que no pretén constituir cap catàleg tancat, és servir de punt de partida per aconseguir des de l'activitat empresarial una prevenció de la corrupció adequada i contribuir així directament a la transparència i al respecte a la competència lleial, per tal de generar valor per a l'empresa, protegir-ne internament tots els membres i promoure una protecció també més gran dels consumidors, una millor prevenció de la corrupció en el sector públic i privat i una protecció també millor de la hisenda pública. Des d'aquest punt de vista i partint del principi del bon govern corporatiu, així com de les propostes concretes fetes per la Guia de recomanacions per a les empreses per combatre la corrupció (OCDE, 2010), i la Guia pràctica per a la gestió de riscos i eines d'implantació (Xarxa Espanyola del Pacte Mundial), es fa la present proposta de principis de transparència en l'activitat empresarial.

Una prevenció adequada de la corrupció des de l'empresa permetrà avançar cap a una nova cultura empresarial que recuperi el valor de la integritat

Una prevenció adequada de la corrupció des de l'empresa també permetrà avançar cap a una nova cultura empresarial que recuperi el valor de la integritat, que a la llarga es traduirà en resultats rendibles. El nou escenari jurídic penal hauria de contribuir a la creació d'una cultura empresarial que recuperi els valors de gestió responsable i que, combinat amb estructures organitzatives modernes, constituirà un factor clau per a l'èxit empresarial pensat a llarg termini i amb beneficis que van més enllà del compte de resultats.

Els processos de canvis culturals requereixen temps, però en l'actualitat es presenten com un repte nou i especial per poder definir la cultura empresarial d'una empresa i el bon govern corporatiu dels seus gestors.

Principis de transparència i prevenció de la corrupció per a les empreses

1. Compliment dels principis de bon govern corporatiu (Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu)
2. Implementació a l'empresa d'un codi ètic
3. Implementació de programes de compliment normatiu (*Compliance Programmes*)
4. Implementació de canals de denúncies per a la comunicació de possibles incompliments de les normes de l'empresa i/o de les normes legals
5. Informació pública de les retribucions dels directius i els administradors
6. Informació pública de les contractacions amb el sector públic i informació de les activitats subvencionades amb ajuts públics
7. Informació pública de les polítiques de Responsabilitat Social Corporativa
8. Evitació de pràctiques d'afavoriment i corrupció en el sector privat
9. Evitació de pràctiques de corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions internacionals
10. Compliment de les obligacions fiscals

Breu resum explicatiu dels Principis

1. Compliment dels principis de bon govern corporatiu (Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu). El govern corporatiu i la responsabilitat social de les empreses són elements clau per enfortir la confiança de les persones en el mercat únic. Igualment, afavoreixen la bona competitivitat de les empreses europees, ja que són les empreses ben dirigides i sostenibles. En aquest sentit, els actuals codis de Bon Govern Corporatiu, com l'espanyol, tenen dos desavantatges: són només de compliment voluntari i són només aplicables a les empreses cotitzades. Tanmateix, les empreses, tant si són cotitzades com si no ho són, haurien de complir voluntàriament les recomanacions de Bon Govern, puix que la transparència de bon govern és un mecanisme rellevant per a la prevenció de la corrupció que permet a més contribuir a la creació d'una cultura empresarial tendent a generar i recuperar els valors de la bona gestió empresarial.

2. Implementació a l'empresa d'un codi ètic. Actualment, els codis ètics són una de les eines més importants per a la implementació dels principis rectors del bon govern i l'autoregulació de l'activitat empresarial i de l'establiment de la cultura empresarial referent per a l'empresa i els seus treballadors. Els codis recullen els principis ètics que han de presidir el comportament de tots els membres d'una empresa basat en el principi d'integritat.

Els codis ètics no són només importants per a la gran empresa; també ho són per a les empreses petites i mitjanes. El Codi Ètic ha de ser de coneixement obligatori i respecte obligat per a tots els integrants de l'empresa, i el seu incompliment haurà de ser comunicat al comitè encarregat dins de l'estructura empresarial de vetllar pel seu compliment.

3. Implementació de programes de compliment normatiu (Compliance Programmes). La nova legislació penal espanyola, després de la reforma de LO 5/2010 de 23 de juny, ha modificat substancialment les coordenades de la responsabilitat penal de les empreses i, per tant, també de l'activitat empresarial. Certament, aquests programes existents en el dret comparat es vinculen fonamentalment amb normes administratives de compliment, i no amb els riscos propis del dret penal. Els programes de compliment fan un paper molt important de prevenció, entre d'altres, dels riscos de corrupció, i reforcen la consciència del compliment normatiu en

l'empresa, per la qual cosa haurien d'estar integrats tant en les grans empreses com en les PIME, per permetre formar una cultura empresarial de compliment normatiu.

4. Implementació de canals de denúncies per a la comunicació de possibles incompliments de les normes internes de l'empresa i/o les normes legals.

Una de les eines principals per prevenir la corrupció dins de les empreses i evitar pràctiques corruptes que lesionen la lliure competència és el fet que tinguin un canal de denúncies adequat que permeti prendre coneixement de les eventuais infraccions de les normes internes de l'empresa o bé de les normes legals, i adoptar les mesures d'investigació i, si escau, les sancions pertinents. Els canals de denúncia han de permetre, primer, la possibilitat que qualsevol integrant de l'empresa pugui denunciar de forma confidencial l'incompliment per part d'altres membres de l'empresa i, segon, la possibilitat que tercers –proveïdors, clients, etc. – també puguin comunicar incompliments de les normes o bé conductes il·lícites o il·legals que hagin de ser posades en coneixement dels òrgans encarregats dins de l'empresa de vetllar pel compliment normatiu.

5. Informació pública de les retribucions dels directius i els administradors.

Com a concepte, el Govern Corporatiu se centra essencialment en els temes derivats de la separació entre propietat i control, en concret la relació principal-agent entre accionistes i administradors executius. La remuneració dels administradors s'ha fet servir sovint com a instrument per apropar els interessos dels accionistes i els administradors executius i reduir així els costos d'agència. Això no obstant, la transparència i la publicitat de la remuneració i els incentius (bonus) als directius no només afecta el bon govern corporatiu, sinó que també és rellevant en relació amb la prevenció de la corrupció, alhora que permet garantir una major transparència i un millor control de les polítiques retributives dels ens col·lectius.

6. Informació pública de les contractacions amb el sector públic i informació de les activitats subvencionades amb ajuts públics.

Per tal d'aconseguir un sistema de transparència i informació per a la prevenció de la corrupció també seria sens dubte important que es donés publicitat, per exemple mitjançant el lloc web corporatiu, a les administracions i organismes públics, etc. amb

els quals les empreses tinguin relacions mercantils. Igualment, contribuiria a la transparència la publicació de la informació de les activitats empresarials que realitza l'empresa amb el finançament d'ajuts públics i subvencions.

7. Informació pública de les polítiques de Responsabilitat Social Corporativa (RSC). L'existència d'una cultura empresarial basada en valors essencials de bona governança requereix també la transparència i la informació de les polítiques de RSC o RSE, ja que aquestes incideixen dins de l'empresa a la contribució activa i a la millora social i econòmica. Des d'aquesta perspectiva, la RSC no hauria de centrar-se exclusivament en les bones polítiques i el respecte al medi ambient, sinó també en una contribució activa a la prevenció de pràctiques de corrupció lesives del bon funcionament de les administracions públiques i desestabilitzadores de la lliure competència.

Especialment amb vista a enfortir la transparència i la responsabilitat social, la Llei 2/2011, de 5 de març, d'Economia sostenible, reforça en les disposicions legals referides a la responsabilitat social de les empreses el compromís de transparència de les polítiques de RSC, i amb aquest objectiu el Govern posarà a la seva disposició un conjunt de característiques i indicadors per a l'autoavaluació en matèria de responsabilitat social, així com models o referències de report adequat als estàndards internacionals sobre aquesta matèria.

8. Evitació de pràctiques d'afavoriment i corrupció en el sector privat. La corrupció en el sector privat és l'altra cara de la moneda, enfront de la corrupció en el sector de les administracions públiques. Malgrat que els programes de compliance han anant introduint els darrers anys normes de conducta especials i normes corporatives internes tendents a prevenir la corrupció en el sector privat, sembla convenient establir aquest principi de manera independent. En aquest sentit, és necessari introduir normes especials que permetin prevenir dins de l'empresa aquesta mena de conductes amb vista a la prevenció de la corrupció d'aquestes pràctiques, considerades delictes. Per a una prevenció adequada d'aquestes conductes, també és necessari que els canals de denúncies estiguin oberts a tercers (proveïdors, clients, etc.), així com que existeixin protocols adequats de prohibició de rebre o

donar qualsevol tipus de contraprestació incomplint les normes internes de contractació.

9. Evitació de pràctiques de corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions internacionals. Com a conseqüència dels convenis internacionals signats per Espanya, es va incorporar al Codi penal espanyol el delictes de corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions comercials internacionals. D'aquesta manera, el dret espanyol s'aproxima als drets penals europeus, tot i que amb un clar retard respecte dels altres estats membres de la UE. La nova disposició completa el que disposa l'art. 445 del Codi penal incorporant en el seu apartat tercer la definició de funcionari públic estranger, en la forma prevista en el Conveni de l'OCDE de lluita contra la corrupció d'agents públics estrangers en les transaccions comercials internacionals. En aquest sentit, per evitar la corrupció transnacional seria recomanable que els programes de compliment establissin els mateixos estàndards de controls anticorrupció per al compliment amb la seva legislació nacional també a les empreses que un grup empresarial pugui tenir a l'estranger, amb independència que al país estranger els estàndards anticorrupció siguin inferiors o que fins i tot hi estiguin permeses certes formes de lobby que, per exemple, prohibiria la llei espanyola i la majoria de les legislacions europees.

10. Compliment de les obligacions fiscals. L'elusió del pagament de tributs és una conducta que no només afecta l'hisenda pública, sinó que també lesiona, en un segon pla, la competència lleial. Per aquesta raó, també caldria insistir en el compromís del compliment de les obligacions fiscals, ja que l'elusió del pagament de tributs o l'obtenció d'avantatges tributaris o de devolucions de forma indegudes permeten a les empreses defraudadores tenir més mitjans que les empreses que compleixen rigorosament les seves obligacions fiscals. En aquesta línia, el Codi de Bones Pràctiques Tributàries conté recomanacions, voluntàriament assumibles per l'administració tributària i les empreses, tendents a millorar l'aplicació del sistema tributari mitjançant un augment de la seguretat jurídica, la cooperació recíproca basada en la bona fe i la confiança legítima entre l'Agència Tributària i les empreses mateixes. Per això es recomana l'aplicació de polítiques fiscals responsables en les empreses, sempre notificades al Consell d'Administració.

Principis de transparència i prevenció de la corrupció per a les empreses¹

Introducció

Els estudis dels nivells de transparència per a la *prevenció de la corrupció*² s'han centrat fonamentalment en l'anàlisi del sector públic com a origen principal de la problemàtica, entenent que les conductes més rellevants afectaven la *corrupció* definida com a *utilització del càrrec públic en interès propi del funcionari*³. Per això les lleis penals nacionals i els convenis internacionals han centrat la prevenció de la corrupció en castigar les conductes de corrupció que afecten les administracions públiques i els *funcionaris públics nacionals i estrangers*⁴. Això no obstant, la legislació internacional –conscient de la necessitat de neutralitzar *conductes de corrupció realitzades també en el sector privat*– també ha establert en els darrers anys normes que imposen obligacions als agents privats⁵. La corrupció no afecta només la *utilització del càrrec públic en profit propi*, sinó també conductes entre particulars que lesionen més la *competència lleial* i, per tant, lesionen de forma directa també el *mercat*, la *formació de preus* i els *consumidors* a través de les conductes anomenades de *corrupció entre particulars*. Així doncs, tenint en compte els dos aspectes que influeixen en la corrupció, és necessari enfocar els estudis relatius a la seva prevenció entorn dels dos agents que hi intervenen: el *sector públic* (administració pública i funcionaris públics) i els *agents privats* (l'empresa –privada o pública–, els seus administradors i empleats i qualsevol particular que intervingui en el mercat).

¹ Ponent del document: Silvina Bacigalupo, catedràtica de dret penal de la UAM.

² És important enfocar la problemàtica que ara tractarem fent referència a la *prevenció de la corrupció* en comptes de la *lluita contra la corrupció*, per tal que el destinatari de les normes de compliment o dels principis de transparència –en aquest cas l'empresa i el sector empresarial– se senti tractat com a interlocutor i cooperador en l'evitació de pràctiques de corrupció, i no com a «enemic». Aquest plantejament hauria de permetre un acostament més gran al destinatari i aconseguir una convicció de conveniència per a l'empresa mateixa, en defensa d'una competència lleial en el mercat que, en darrer terme, està enfocada a afavorir i impulsar l'activitat empresarial.

³ La definició donada pel Global Programme against Corruption (UN), però, es refereix a l'«abús de poder en profit propi» per tal d'integrar sota un mateix denominador comú tant la corrupció en l'administració pública com en el sector privat.

⁴ OEA: Conveni de lluita contra la corrupció (1994); OECD *Recommendation on Bribery in International Business Transactions* 1994 (C (94) 75 final), OECD *Convention on Combating Corruption* (1997), OECD *Revised Recommendation* (1997); UN *Convention against Corruption* (2000, Adopted by Res 58/4 of 31 October 2003). CoE *Criminal Law Convention on Corruption* (1999, ETS 171, 1999); CoE *Civil Law Convention on Corruption* (1999, ETS 174, 1999); CoE *Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption* (ETS 191/2003).

⁵ Recentment s'ha incorporat en la legislació espanyola, a través de la LO 5/2010, el delictes de corrupció entre particulars (art. 286 bis del Codi penal); vegeu més endavant.

Des d'aquest punt de vista, la *cooperació i responsabilitat de l'empresa* són necessàries i constitueixen un element essencial en la prevenció de la corrupció. Aquest aspecte també ha estat subratllat en l'àmbit comunitari en la comunicació *Hacia un Acta del Mercado Único*, durant la qual es va dir: «És fonamental que les empreses europees es comprometin amb la màxima responsabilitat, tant davant dels seus empleats i accionistes com davant la societat en general»⁶. D'igual forma, en el comunicat emès el 5 de setembre de 2009 pels ministres d'Economia i els governadors dels bancs centrals del G20 es posava especial èmfasi en el fet que les mesures anticorrupció tenen màxima rellevància, per la qual cosa cal actuar per garantir un *creixement sostenible i, alhora, construir un sistema financer internacional més fort*⁷.

Prevenir la corrupció en l'activitat empresarial resulta doncs un element clau, no només per reduir els índexs de corrupció en el sector públic, sinó i sobretot també per contribuir a una *competència lleial* en condicions d'igualtat entre els concurrents. Els actes de corrupció lesionen l'administració pública, però també suposen una disminució de la capacitat competitiva de les empreses. En aquest sentit, el perjudici que aquesta distorsió de les regles de competència causa a l'activitat empresarial és incalculable.

Ningú no desconeix que l'activitat empresarial s'ha vist afectada, en les darreres dècades, per un nivell cada vegada més gran de corrupció, però no només en la contractació amb el sector públic: també en l'activitat empresarial entre particulars s'han anat consolidant pràctiques que redueixen de manera significativa la capacitat competitiva de les empreses perquè no només distorsionen la *competència lleial* i la *formació de preus en el mercat*, sinó que també lesionen el sistema objectiu i transparent de selecció en la contractació. Això ha dut a l'establiment de convenis internacionals⁸ i europeus⁹ que han fet que els estats membres incorporin a les seves legislacions penals delictes nous que amplien considerablement el catàleg de conductes o tipus de corrupció que hi

⁶ Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions, *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva* (COM (2010) 608 final/2, pàg. 30).

⁷ Vegeu també, per exemple, el document de l'OECD *Corporate Governance and the Financial Crisis - Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles*, febrer de 2010.

⁸ OEA Convenio para la lucha contra la corrupción (1994). OECD *Recommendation on Bribery in International Business Transactions* 1994 (C (94) 75 final), OECD *Convention on Combating Corruption* (1997), OECD *Revised Recommendation* (1997); UN *Convention against Corruption* (2000, Adopted by Res 58/4 of 31 October 2003).

⁹ CoE *Criminal Law Convention on Corruption* (1999, ETS 171, 1999); CoE *Civil Law Convention on Corruption* (1999, ETS 174, 1999); CoE *Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption* (ETS 191/2003).

recollien fins ara, cobrint fins i tot l'anomenat *delicte de corrupció entre particulars*. Així, la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juny (LO 5/2010), de reforma del Codi penal ha incorporat al dret penal espanyol el *delicte de corrupció en el sector privat* com a conducta lesiva de la competència. D'altra banda, també s'ha ampliat el *delicte de suborn de funcionaris d'organismes públics estrangers*, comès tant a Espanya com a l'estranger. En aquesta mateixa línia, amb la finalitat de protegir el mercat, s'han dut a terme reformes dins de l'àmbit dels delictes contra el mercat i els consumidors, incorporant la nova figura delictiva d'*estafa d'inversors*.

També s'ha anat avançant en la idea de la *responsabilitat penal de l'empresa mateixa* com a subjecte que actua en el mercat i, per tant, possible autora de conductes lesives de la competència, com venien reclamant els diversos convenis internacionals contra la corrupció. Com és sabut, una de les reformes més grans de la LO 5/2010 de reforma del Codi penal ha estat la incorporació de la *responsabilitat penal directa de les empreses* –en la línia ja seguida per alguns estats membres de la UE–, amb independència de la responsabilitat penal personal en la qual puguin incórrer els seus directius o empleats. El catàleg de delictes pels quals pot respondre una empresa ha estat taxat expressament pel legislador, de tal manera que una persona jurídica no pot ser feta responsable de qualsevol dels delictes continguts en el Codi penal. En aquest catàleg de conductes ocupen un lloc especial els *delictes de corrupció*. Aquesta nova realitat situa l'empresa en un pla nou i fa necessari que en el seu si s'incorporin o adaptin al nou escenari legal codis ètics, protocols interns d'actuació i normes de compliment que permetin protegir la posició jurídica de l'empresa d'aquests nous riscos davant de possibles actuacions de corrupció dels seus directius i/o empleats que puguin desencadenar-ne la responsabilitat penal directa, amb la conseqüència de rebre multes i sancions penals greus, sense comptar el dany a la reputació que aquesta situació generaria.

El Codi penal introdueix la responsabilitat penal de les persones jurídiques sense distingir la grandària o dimensió de l'empresa, per la qual cosa totes seran responsables (grans empreses i PIME). Per això les recomanacions de transparència empresarial que fem aquí estan *adreçades a totes les empreses* en general. Cal dir respecte a això que, tot i que el Codi penal exclou de manera expressa la responsabilitat penal de les entitats públiques empresarials i les *societats mercantils estatals*, entre d'altres, només estaran exemptes de responsabilitat quan executin polítiques públiques o prestin serveis d'interès econòmic general, però aquesta exempció

no s'entén per a les *societats mercantils estatals que duguin a terme una activitat estrictament mercantil*¹⁰. En aquest sentit, es considera necessari que els principis de transparència també incloguin les empreses públiques.

Per això, *Transparencia Internacional España*, tenint en compte els principis de bon govern corporatiu basat en el principi d'integritat, subratlla la necessitat que dins de la mateixa empresa s'adoptin mesures per afavorir la transparència perquè aquesta, lluny de veure's considerada com un hipotètic *autor* de les conductes de corrupció, tingui una protecció interna adequada contra la corrupció que s'estendrà en conseqüència també als seus directius i a tots els membres de l'estructura empresarial. En darrer terme, això permetrà millorar el nivell de competència lleial i la posició de les empreses en el mercat en un marc d'igualtat. Les recomanacions de transparència empresarial afavoriran la prevenció de la corrupció, no només a l'empresa, sinó també a les administracions públiques i, finalment, això es traduirà en la protecció dels *consumidors*, que són els que, en cas contrari, acaben pagant els costos de la competència deslleial.

La principal finalitat d'aquesta proposta de principis de transparència empresarial, que no pretén constituir cap catàleg tancat, és servir de punt de partida per aconseguir des de l'activitat empresarial una *prevenció de la corrupció* adequada i contribuir així directament a la *transparència* i al respecte a la *competència lleial*, per tal de generar valor per a l'empresa, protegir-ne internament tots els membres i promoure una protecció també més gran dels *consumidors*, una millor *prevenció de la corrupció* en el *sector públic i privat* i una protecció també millor de la hisenda pública. Des d'aquest punt de vista i partint del principi del bon govern corporatiu, així com de les propostes concretes fetes per la *Guia de recomanacions per a les empreses per combatre la corrupció* (OCDE, 2010)¹¹, i la *Guia pràctica per a la gestió de*

¹⁰ En el sentit del que estableix la disposició addicional dotze, L 6/1997, de 14 d'abril, d'Organització i funcionament de l'administració general de l'estat (LOFAGE), aquestes podran ser imputables segons l'article 31 bis del Codi penal en tots els aspectes en els quals es regeixen pel dret privat. Quan l'art. 31 bis del Codi penal es refereix a les «societats mercantils estatals que executin polítiques públiques o prestin serveis d'interès econòmic general» com a ens exemptes de responsabilitat penal, s'està referint a les societats mercantils que presten serveis o funcions reservades al sector públic en règim de dret privat, com ara els serveis prestats per l'EMT, S. A. o l'Empresa de Correos y Telégrafos, que són empreses que presten serveis reservats essencialment a l'Estat o als ajuntaments (transport urbà). Al contrari, les mercantils amb participació de capital públic que tinguin per objecte social la prestació de serveis o funcions que no estiguin reservats a l'Administració pública són empreses que es regeixen íntegrament pel dret privat –excepte en allò que disposa l'esmentada disp. addic. 12 de la LOFAGE, però no afecta en absolut a la seva condició de subjecte en el sentit de l'article 31 bis del Codi penal; la seva funció no està reservada a l'Administració.

¹¹ *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD, adoptat pel Consell el 18 de febrer de 2010,

riscos i eines d'implantació (Xarxa Espanyola del Pacte Mundial), es fa la present proposta de principis de transparència en l'activitat empresarial.

Una prevenció adequada de la corrupció des de l'empresa també permetrà avançar cap a una nova *cultura empresarial* que recuperi el valor de la integritat, que a la llarga es traduirà en resultats rendibles. El nou escenari jurídic penal hauria de contribuir a la creació d'una cultura empresarial que recuperi els *valors de gestió responsable* i que, combinat amb estructures organitzatives modernes, constituirà un factor clau per a l'*èxit empresarial* pensat a llarg termini i amb beneficis que van més enllà del compte de resultats.

Els processos de canvis culturals requereixen temps, però en l'actualitat es presenten com un repte nou i especial per poder definir la *cultura empresarial* d'una empresa i el *bon govern corporatiu* dels seus gestors.

Principis de transparència i prevenció de la corrupció per a les empreses

1. Compliment dels principis de bon govern corporatiu (Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu)
2. Implementació a l'empresa d'un codi ètic
3. Implementació de programes de compliment normatiu (*Compliance Programmes*)
4. Implementació de canals de denúncies per a la comunicació de possibles incompliments de les normes de l'empresa i/o de les normes legals
5. Informació pública de les retribucions dels directius i els administradors
6. Informació pública de les contractacions amb el sector públic i informació de les activitats subvencionades amb ajuts públics
7. Informació pública de les polítiques de Responsabilitat Social Corporativa
8. Evitació de pràctiques d'afavoriment i corrupció en el sector privat
9. Evitació de pràctiques de corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions internacionals
10. Compliment de les obligacions fiscals

1. Compliment dels principis de bon govern corporatiu (Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu).

La proposta recent del Llibre Verd de la Comissió Europea titulat *La normativa de gobierno corporativo de la UE* (2011)¹² estableix criteris per a l'adopció d'una normativa uniforme de bon govern corporatiu. La Comissió va reiterar fa poc el seu compromís amb un mercat únic fort i pròsper, que es torni a centrar en els ciutadans i recuperi la seva confiança. El govern corporatiu i la responsabilitat social de les empreses són elements clau per enfortir la confiança de les persones en el mercat únic. Igualment, afavoreixen la bona competitivitat de les empreses europees, perquè precisament les

¹² COM (2011), 164 final.
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_es.pdf.

empreses ben dirigides i sostenibles són les que estan en millor posició per contribuir als ambiciosos objectius de creixement establerts en l'Estratègia 2020.

El govern corporatiu és un mitjà per frenar plantejaments a curt termini perjudicials i l'assumpció de riscos excessius¹³. La finalitat del Llibre Verd és avaluar l'eficàcia de la normativa actual de govern corporatiu de les empreses europees i els *informes de bon govern corporatiu*, un mecanisme de transparència adequat no només per contribuir a una competència sostenible en condicions d'igualtat, sinó també per atènyer el mateix objectiu amb vista a la prevenció de la corrupció.

En aquesta mateixa línia, i reforçant la legislació existent del Codi Unificat de Bon Govern (CUBG), la *Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia sostenible* reforça l'obligació legal de transparència i govern corporatiu i exigeix una transparència més gran en el govern de les empreses.

El *govern corporatiu* se sol definir com el sistema pel qual es dirigeixen i controlen les empreses i com una sèrie de relacions entre l'òrgan directiu d'una empresa, el seu consell d'administració, els seus accionistes i altres parts interessades¹⁴. La normativa de govern corporatiu que s'aplica a les empreses que cotitzen en borsa en la Unió Europea és una combinació de legislació i normes de caràcter no vinculant (*soft law*) que inclou recomanacions i codis de govern corporatiu.

Els actuals codis de Bon Govern Corporatiu, com l'espanyol, tenen dos desavantatges: són només de compliment voluntari [art. 116, Llei del mercat de valors (LMV)] i són només aplicables a les empreses cotitzades. Tanmateix, segons informació de la CNMV mateixa, no totes les empreses cotitzades compleixen satisfactòriament aquestes recomanacions¹⁵. En aquest sentit, tot i que l'art. 116 de la LMV no institueix l'*Informe Anual de Bon Govern Corporatiu* com a obligatori –perquè n'hi ha prou que les empreses cotitzades que no compleixen alguna de les recomanacions expliquin per què no segueixen la recomanació del CUBG–, les empreses haurien de complir voluntàriament les recomanacions de Bon Govern. D'altra banda, les recomanacions de Bon Govern

¹³ Vegeu també: OECD *Principles of Corporate Governance*, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>

¹⁴ Vegeu, extensament: Miguel Bajo Fernández (dir.) i Silvina Bacigalupo (coord.), *Gobierno corporativo y derecho penal*, Madrid, 2008.

¹⁵ <http://www.cnmv.es/portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx?lang=es>

Corporatiu no haurien de ser només exigibles a les empreses cotitzades: la transparència de bon govern com a mecanisme rellevant per a la prevenció de la corrupció hauria de ser exigible a totes les empreses o, com a mínim, a les grans empreses, tant si són o no cotitzades.

Seria doncs desitjable que hi hagués una normativa que, tenint en compte el Llibre Verd de Bon Govern Corporatiu, adequi la legislació espanyola a aquests estàndards europeus per tal de poder contribuir, no només a la prevenció de la corrupció, sinó també a la creació d'una *cultura empresarial* tendent a generar i recuperar els valors de la bona gestió empresarial.

2. Implementació a l'empresa d'un codi ètic.

Actualment, els codis ètics són una de les eines més importants per a la implementació dels principis rectors del bon govern i l'autoregulació de l'activitat empresarial i de l'establiment de la cultura empresarial referent per a l'empresa i els seus treballadors. Els codis recullen els principis ètics que han de presidir el comportament de tots els membres d'una empresa basat en el *principi d'integritat*.

Els codis ètics no són només importants per a la gran empresa; també ho són per a les empreses petites i mitjanes, que han d'observar els principis rectors de bon govern i integritat de l'actuació empresarial. Així, hi són elements fonamentals les idees de: el lideratge dels òrgans directius, la definició dels valors, la política de personal i el factor humà (selecció adequada, respecte del principi d'igualtat, formació, etc.) i referència als programes de compliment normatiu.

El Codi Ètic ha de ser de coneixement obligatori i respecte obligat per a tots els integrants de l'empresa, i el seu incompliment haurà de ser comunicat al comitè encarregat dins de l'estructura empresarial de vetllar pel seu compliment.

En aquest sentit, cal destacar que, tot i no existir cap norma que imposi obligatòriament la necessitat per part de les empreses d'implementar un codi ètic, de forma indirecta la nova normativa sobre la responsabilitat penal de les persones jurídiques incorporada al Codi penal (LO 5/2010) esmenta aquestes normes d'autoregulació com a possible atenuant. Per consegüent, encara que no hi ha obligació legal, és recomanable la implementació d'aquests codis d'autoregulació dels principis essencials del comportament a

l'empresa. En aquest sentit, se solen considerar principis essencials: el principi d'integritat, la prohibició de comportaments de corrupció, el lobby, el tràfic d'influències, etc., els principis inherents als subjectes obligats de les empreses que cotitzen en el mercat de valors, els principis inherents a la propietat industrial o intel·lectual i al secret d'empresa, els principis relatius a la intimitat personal i familiar i els principis inherents als drets dels treballadors, entre els més significatius.

3. Implementació de programes de compliment normatiu (*Compliance Programmes*)

La nova legislació penal espanyola, després de la reforma de LO 5/2010 de 22 de juny, ha modificat substancialment les coordenades de la responsabilitat penal de les empreses i, per tant, també de l'activitat empresarial. El legislador estableix la responsabilitat penal de les persones jurídiques pels fets comesos pels seus administradors i/o empleats (art. 31 bis del Codi penal) i també, si més no com a causa d'atenuació de la responsabilitat penal, l'existència dins de l'empresa de *mesures eficaces per prevenir i descobrir els delictes que en el futur es puguin cometre amb els mitjans o sota la cobertura de la persona jurídica*. Dit d'una altra forma, el legislador penal està donant rellevància, tot i que amb limitacions¹⁶, a la necessitat que les empreses estableixin *programes de compliment normatiu*. Aquest tipus de programes no són desconeguts i existeixen en el dret comparat; són els *Compliance Programmes*.

Certament, aquests programes existents en el dret comparat es vinculen fonamentalment amb normes administratives de compliment, i no amb els riscos propis del dret penal. En aquest sentit, el catàleg de delictes que poden cometre les persones jurídiques és molt ampli i requereix doncs un estudi adequat dels riscos de l'activitat empresarial concreta de cada empresa, la seva estructura d'organització interna, la seva estructura de grup (si n'hi ha), etc. i l'elaboració d'un programa de compliment adequat a l'activitat empresarial.

D'altra banda, els programes de compliment intern de les empreses no s'acaben en la *prevenció*, sinó que necessiten també *detecció*,

¹⁶ Encara que el Codi penal només parla de «circumstàncies atenuants de la responsabilitat penal», quan aquestes mesures s'estableixin, res no impedeix que, a l'hora d'interpretar, la jurisprudència s'inclini per donar-li més rellevància o fins i tot una importància essencial com a fonament de la imputació juridicopenal, com ja es fa en dret comparat –lleis italiana (Decret llei 231/2001 i nord-americana [FCPA (1977)/ Sarbanes-Oxley Act (2002) p. ex.]– i com defèn un important sector de la doctrina també a Espanya.

*reacció i seguiment*¹⁷ dels eventuais incompliments de la normativa interna. Aquí es fa necessari establir programes de compliment que ofereixin, a més de normes de compliment, normes d'investigació interna independent (*compliance officer*)¹⁸.

Convé puntualitzar que, des de la perspectiva jurídicopenal, aquests programes de compliment haurien d'estar integrats tant en les grans empreses com en les PIME, vist que, per a l'atribució de responsabilitat penal, el Codi penal no distingeix l'empresa segons la seva grandària. Les empreses petites i mitjanes estan tan exposades als riscos penals com les grans.

És important assenyalar que els programes de compliment requereixen una actualització periòdica, així com un efectiu *training* dels empleats (formació contínua), per evitar esdevenir un programa estàtic i merament declaratiu, però sense efectes reals sobre la cultura empresarial.

Per últim, com que cada vegada hi ha més inversions transnacionals, seria altament recomanable que els programes de compliment i els protocols de control que s'implementin a l'empresa o al grup d'empreses s'ajustin als estàndards jurídics més alts del país d'origen de l'empresa o el grup fins i tot als establiments que aquesta o aquest puguin tenir a països amb exigències legals menors¹⁹.

4. Implementació de canals de denúncies per a la comunicació de possibles incompliments de les normes internes de l'empresa i/o les normes legals.

Una de les eines principals per prevenir la corrupció dins de les empreses i evitar pràctiques corruptes que lesionen la lliure

¹⁷ Precisament, en aquests tres darrers aspectes dels programes de compliment resulta essencial una legislació adequada de protecció de dades i de canals de comunicació de denúncies internes que sigui harmonitzada a nivell europeu, per garantir el respecte dels drets fonamentals de denunciat i denunciant de manera igualitària en la UE.

¹⁸ Per tal de garantir la correcta investigació interna i un sistema sancionador és necessari que els encarregats del compliment normatiu (*compliance officer*) siguin independents dels departaments d'assessoria jurídica o d'auditoria interna. En aquest sentit, cal tenir en compte que hi ha diversos models per implementar la figura d'un *compliance officer* o departament de compliment normatiu. La distribució i la concreció de les seves competències seran el fonament de la responsabilitat (rellevància especial en l'àmbit de la responsabilitat penal). Per això és especialment important el model de responsabilitat que s'estableixi.

¹⁹ Per exemple, la legislació de prevenció del blanqueig de capitals (L 10/2010) en el seu article 1.2 disposa que «Es considerarà que hi ha blanqueig de capitals fins i tot quan les activitats que hagin generat els béns s'hagin desenvolupat al territori d'un altre Estat». És a dir, que fins i tot quan en un tercer Estat els requisits legals de prevenció –en aquest cas, del blanqueig de capitals, però també podríem agafar com a exemple qualsevol altre àmbit de legislació sectorial (prevenció de riscos laborals, prevenció de la corrupció, etc.) – fossin inferiors als exigits a Espanya o a algun altre Estat membre de la UE, seria recomanable que els grups d'empreses estenguessin els seus estàndards jurídics dels programes de compliment als requerits per la legislació de l'empresa d'origen. Això reforça a més la idea de la *cultura empresarial* del grup.

competència és el fet que tinguin un canal de denúncies adequat que permeti prendre coneixement de les eventuais infraccions de les normes internes de l'empresa o bé de les normes legals, i adoptar les mesures d'investigació i, si escau, les sancions pertinents.

Un sistema de denúncies s'ha d'ajustar, inevitablement, al respecte dels drets fonamentals de les possibles persones implicades, i al desenvolupament d'aquests drets en les lleis de protecció de dades, amb vista a la protecció del denunciador de bona fe per tal que tots els comportaments irregulars surtin a la llum i puguin ser degudament tractats. Això també implica la prohibició d'imposar sancions al denunciador pel mer fet de formular una denúncia.

Els canals de denúncia han de permetre, primer, la possibilitat que qualsevol integrant de l'empresa pugui denunciar de forma confidencial l'incompliment per part d'altres membres de l'empresa i, segon, la possibilitat que tercers –proveïdors, clients, etc. – també puguin comunicar incompliments de les normes o bé conductes il·lícites o il·legals que hagin de ser posades en coneixement dels òrgans encarregats dins de l'empresa de vetllar pel compliment normatiu.

En aquest sentit, a diferència del que succeeix en altres països²⁰, les disposicions existents als estats membres relatives als canals de denúncies en les empreses (*whistleblowing*) no són uniformes, malgrat que les lleis de protecció de dades d'aquests estats es basin en la transposició de la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, i del seu Reglament 1882/2003. La transposició a les legislacions internes dels estats membres ha resultat fragmentària per la manera en que aquesta ha estat interpretada pels diversos estats²¹. En uns països les denúncies internes es poden fer de manera absolutament *anònima*, mentre que en altres, com ara Espanya, només s'admet la possibilitat de fer denúncies *confidencials* [vegeu Informe jurídic 128/2007 sobre la Creació de sistemes de denúncies internes a les empreses (mecanismes de *whistleblowing*) de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD)]²². En efecte, tal com assenyala l'informe, «com que la Llei espanyola no imposa el deure jurídic

²⁰ Als Estats Units això ho recull en particular la Sarbanes-Oxley Act (2002), i al Regne Unit, la Public Interest Disclosure Act (1998) i la Bribery Act (2010). Vegeu informació sobre l'estat actual de l'evolució de la legislació internacional i a la UE, sobre aquesta matèria: <http://ipandit.practicallaw.com/1-366-2987>.

²¹ Vegeu més endavant l'annex *Propostes legislatives d'harmonització del dret europeu*.

²² L'Informe jurídic 128/2007 aborda la compatibilitat dels mecanismes de denúncies de caràcter anònim amb la Llei 15/1999 de Protecció de dades, entenent amb fonament que, per tal de ser conformes a la legislació espanyola, aquests sistemes només poden ser confidencials, però no absolutament anònims.

d'implantar aquests procediments i la regla de l'interès legítim ha de prendre com a referència el reconeixement d'aquest per una norma legal aplicable al cas –la qual cosa tampoc resulta clarament discernible en aquest cas– convindria analitzar si el tractament al qual es refereix la consulta podria trobar-se incardinat amb l'existència d'un vincle contractual [...]» i, en aquest sentit, assenyala que «al seu parer, caldria partir de l'establiment de procediments que garanteixin el tractament confidencial de les denúncies presentades a través dels sistemes de *whistleblowing*, a fi d'evitar l'existència de denúncies anònimes i garantir així l'exactitud i integritat de la informació continguda en aquests sistemes. La garantia de confidencialitat es manifestaria pel fet que la persona denunciada no pogués accedir a les dades identificatives de la persona denunciant». Això resultaria plenament conforme al que disposa la Llei espanyola, vist que l'article 3 a) de la Llei orgànica 15/1999 defineix les dades de caràcter personal com a «qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables». Cal indicar que, tot i que aquests informes de l'AEPD no tenen caràcter vinculant, aquesta opinió jurídica conté una argumentació jurídica²³ que les empreses haurien de tenir en compte de cara a l'establiment dels mecanismes de *whistleblowing*, atès que les denúncies purament anònimes tampoc no són admissibles dins de l'àmbit del dret penal, amb la qual cosa es reduiria considerablement l'efecte d'atenuació o d'exclusió de culpabilitat de les persones jurídiques en el cas que algú pretengués fer valdre aquests mecanismes en un procediment penal en què l'empresa hi estigués implicada.

D'altra banda, no oblidem que hi ha lleis d'altres països amb possible aplicació extraterritorial, com ara la FCPA (Foreign Corrupt Practice Act, 1977) o la Sarbanes-Oxley Act (SOX) (2003), dels Estats Units, que exigeixen que s'estableixin específicament canals de denúncies *anònimes*, un compliment normatiu al qual estan subjectes les empreses nord-americanes, però també les estrangeres –fins i tot si no es troben a territori nord-americà o no tenen cap vincle territorial amb els Estats Units–, quan cotitzen en la borsa nord-americana.

Per aquestes raons, tot i que és desitjable i necessària una legislació harmonitzada als estats membres de la UE que doni una protecció adequada al denunciador i al denunciat d'acord amb els estàndards i

²³ La interpretació realitzada per l'AEPD en l'Informe 128/2007 segueix la mateixa línia d'argumentació de la jurisprudència més recent del Tribunal de Justícia de la CE: STJCE, de 24 de novembre de 2011, C-468/10 i 469/10.

principis que regeixen la protecció dels drets fonamentals dins de l'àmbit europeu, les empreses haurien d'adaptar els seus sistemes de mecanismes de denúncies a la legislació interna i, si fos necessari, a la legislació internacional.

5. Informació pública de les retribucions dels directius i els administradors.

Com a concepte, el *Govern Corporatiu* se centra essencialment en els temes derivats de la separació entre propietat i control, en concret la relació principal-agent entre accionistes i administradors executius. La remuneració dels administradors s'ha fet servir sovint com a instrument per apropar els interessos dels accionistes i els administradors executius i reduir així els costos d'agència.

Això no obstant, la transparència i la publicitat de la remuneració i els incentius (*bonus*) als directius no només afecta el bon govern corporatiu, sinó que també és rellevant en relació amb la prevenció de la corrupció. Caldria reduir la política d'incentius perquè no suposés un estímul que provoqués un resultat invers al perseguit. En altres paraules, la política d'incentius no pot ser desproporcionada si volem evitar que es fomenti una cultura empresarial que posi en perill els principis del bon govern corporatiu.

Els darrers anys s'ha fet molt més freqüent una remuneració variable, en general vinculada als resultats i a les responsabilitats. Tanmateix, també s'ha fet evident un desajust entre els resultats i la remuneració dels administradors executius. Unes polítiques de remuneració o estructures d'incentius deficientes poden donar lloc a transferències de valor injustificades de les empreses i dels seus accionistes i altres parts interessades als executius. A més a més, centrar-se en criteris de rendiment a curt termini pot tenir una influència negativa en la sostenibilitat de l'empresa a llarg termini. La Comissió ha tractat els problemes relatius a la remuneració dels administradors en tres recomanacions²⁴. Les principals són que cal informar sobre la política de remuneracions i sobre la remuneració específica dels administradors executius i no executius, i que cal establir dins de les empreses un comitè de remuneracions que funcioni de manera independent, i incentius adequats que fomentin el rendiment i la creació de valor a llarg termini de les empreses que cotitzen en borsa.

²⁴ Recomanacions 2004/913/CE, 2005/162/CE i 2009/385/CE de la Comissió.

Els informes de la Comissió mostren que alguns estats membres no han tractat correctament aquestes qüestions. D'altra banda, s'observa en els estats membres una tendència creixent a legislar sobre la divulgació d'informació i el vot dels accionistes. El 2009, el *Fòrum europeu sobre la governança empresarial*²⁵ va recomanar que la informació sobre la política de remuneració i les remuneracions individuals fos obligatòria per a totes les empreses que cotitzen en borsa. També va recomanar una votació vinculant o consultiva dels accionistes sobre la política de remuneració, i una independència més gran dels administradors no executius que participen en la determinació de la política de remuneració.

La política de retribucions i incentius també ha estat un factor que ha contribuït de forma negativa als alts nivells de corrupció, sobretot quan la retribució de *bonus* d'un administrador o directiu es vincula a la consecució d'objectius i beneficis només de caràcter econòmic per a l'empresa.

Per aquesta raó, també des de l'any 2009, diversos organismes nacionals i supranacionals han anant publicant documents successius de caràcter vinculant o consultiu sobre política retributiva i govern corporatiu. Dins de l'àmbit europeu, per exemple, s'ha tornat a tractar aquest tema, tot i que en relació amb les entitats de crèdit, en la darrera directiva del Parlament Europeu i del Consell 2010/76/UE, de 24 de novembre de 2010, sobre requisits de capital per a la cartera de negociació i les retitulitzacions, i amb la supervisió de les polítiques de remuneració, en la qual s'estableixen disposicions relatives a les polítiques i pràctiques de les entitats de crèdit en matèria de remuneracions, o les recomanacions i pràctiques en política retributiva emeses pel Comitè Europeu de Supervisors Bancaris (CEBS), de desembre de 2010.

En aquesta mateixa línia, la Llei 2/2011, de 5 de març, d'Economia sostenible (art. 27 i seg.) [i la Llei de Caixes (DL 2/2011), de 18 de febrer] aborden aquest tema a fi de garantir una major transparència i un millor control de les polítiques retributives dels ens col·lectius.

²⁵ Declaració del Fòrum europeu sobre la governança empresarial, de 23 de març de 2009.

6. Informació pública de les contractacions amb el sector públic i informació de les activitats subvencionades amb ajuts públics.

Per tal d'aconseguir un sistema de transparència i informació per a la prevenció de la corrupció també seria sens dubte important que es donés publicitat, per exemple mitjançant el lloc web corporatiu, a les administracions i organismes públics, etc. amb els quals les empreses tinguin relacions mercantils.

Igualment, contribuiria a la transparència la publicació de la informació de les activitats empresarials que realitza l'empresa amb el finançament d'ajuts públics i subvencions.

D'altra banda, també seria desitjable que en els informes de Bon Govern Corporatiu s'inclogués aquesta informació com a element essencial de la informació obligatòria, tot i no estar previst entre les recomanacions del CUBG (vegeu Annex I més endavant).

La publicació de les administracions públiques i dels ajuts i subvencions públiques que rep l'empresa no només seria un mecanisme essencial de transparència i prevenció de la corrupció especialment enfocat vers aquesta prevenció a les administracions públiques, sinó que a més a més afegiria valor a l'activitat empresarial, ja que l'obtenció d'ajuts i subvencions i els contractes públics constitueixen un valor fonamental per a certes activitats empresarials, i aporta una posició competitiva lleial i rellevant dins del mercat.

7. Informació pública de les polítiques de Responsabilitat Social Corporativa (RSC).

Com ja va posar de manifest el Llibre Verd *per fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses*²⁶, fins ara la Responsabilitat Social Corporativa (RSC) o Empresarial (RSE) no ha estat considerada un factor integrant important del bon govern corporatiu. En aquest sentit, sembla que l'existència d'una *cultura empresarial* basada en valors essencials de bona governança requereix també la transparència i la informació de les polítiques de RSC o RSE, ja que aquestes incideixen dins de l'empresa a la contribució activa i a la millora social i econòmica.

²⁶ Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM (2001) 366 final.

És cert que la RSC O RSE s'ha vinculat a un compliment voluntari i de bona imatge de l'empresa, en comptes d'a principis rectors obligatoris de l'activitat empresarial. Amb tot, la RSC forma part, també de manera essencial, de les pràctiques de bon govern corporatiu. Des d'aquesta perspectiva, la RSC no hauria de centrar-se exclusivament en les bones polítiques i el respecte al medi ambient, sinó també en una contribució activa a la prevenció de pràctiques de corrupció lesives del bon funcionament de les administracions públiques i desestabilitzadores de la lliure competència.

Especialment amb vista a enfortir la transparència i la responsabilitat social, la *Llei 2/2011, de 5 de març, d'Economia sostenible*, reforça en les disposicions legals referides a la responsabilitat social de les empreses (art. 39) el compromís de transparència de les polítiques de RSC, i amb aquest objectiu el Govern posarà a la seva disposició un conjunt de característiques i indicadors per a l'autoavaluació en matèria de responsabilitat social, així com models o referències de report adequat als estàndards internacionals sobre aquesta matèria.

Tot això no només permet reforçar la prevenció de la corrupció, sinó que torna a enfortir la posició de l'empresa per a una millor competitivitat en el mercat.

8. Evitació de pràctiques d'afavoriment i corrupció en el sector privat.

Hem fet referència a la corrupció en el sector privat com l'altra cara de la moneda, enfront de la corrupció en el sector de les administracions públiques. Malgrat que els programes de compliment normatiu han anat introduint els darrers anys normes de conducta especials i normes corporatives internes tendents a prevenir la corrupció en el sector privat, sembla convenient establir aquest principi de manera independent. Parlem de normes especials que permetin prevenir dins de l'empresa aquesta mena de conductes i pràctiques considerades delictes tant en el Codi penal espanyol com en els dels altres estats membres de la UE, així com en la legislació internacional i els convenis subscrits per Espanya [*OECD Recommendation on Bribery in International Business Transactions* 1994 (C (94) 75 final), *OECD Convention on Combating Corruption* (1997), *OECD Revised Recommendation* (1997), *UN Convention against Corruption* (2000, Adopted by Res 58/4 of 31 October 2003), *CoE Criminal Law Convention on*

Corruption (1999, ETS 171, 1999), *CoE Civil Law Convention on Corruption* (1999, ETS 174, 1999) i *CoE Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption* (ETS 191/2003)]. En aquest sentit, resulta particularment important prevenir aquests comportaments mitjançant un control exhaustiu en les formes de contractació de proveïdors, establint una política de regals rigorosa, una segregació de les funcions en l'estructura de poders i controls especials en els departaments autoritzats a la realització de pagaments.

Per a una prevenció adequada d'aquestes conductes, també és necessari que els canals de denúncies estiguin oberts a tercers (proveïdors, clients, etc.).

Tenint en compte la incorporació en les legislacions penals dels estats membres de la UE i en la legislació de tercers estats de la figura concreta del delictes de corrupció de funcionaris internacionals²⁷, les normes de compliment en les transaccions econòmiques nacionals i internacionals també han de preveure la prohibició a les empreses de l'ús de lobby i d'activitats de lobby, puix que constitueixen un factor de risc de corrupció de primer ordre.

La *formació* de tots els empleats en aquestes matèries resulta un factor essencial a l'hora de prevenir aquestes conductes que fins no fa gaire temps eren considerades pràctiques socialment adequades en les transaccions mercantils (comissions, avantatges, etc.). Només a través d'una adequada formació de la plantilla dels membres integrants de l'empresa serà possible la sensibilització respecte a aquests temes i el canvi vers una nova *cultura empresarial*.

9. Evitació de pràctiques de corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions internacionals.

Com a conseqüència dels convenis internacionals signats per Espanya –en particular els convenis OECD *Recommendation on Bribery in International Business Transactions* 1994 (C (94) 75 final), OECD *Convention on Combating Corruption* (1997), OECD *Revised Recommendation* (1997), *UN Convention against Corruption* (2000, Adopted by Res 58/4 of 31 October 2003) i *CoE Criminal Law Convention on Corruption* (1999, ETS 171, 1999)– es va incorporar al Codi penal espanyol amb la reforma de 2000 (LO 3/2000, d'11 de gener) el delictes de *corrupció de funcionaris estrangers en les transaccions comercials internacionals*, per bé

²⁷ Vegeu OECD *Convention on Combating Corruption* (1997).

que l'actual redacció és la que dona la recent reforma del Codi penal (LO 5/2010). D'aquesta manera, el dret espanyol s'acosta als drets penals europeus, tot i que amb un clar retard respecte dels altres estats membres de la UE²⁸. La nova disposició completa el que disposa l'art. 445 del Codi penal incorporant en el seu apartat tercer la definició de *funcionari públic estranger*, en la forma prevista en el Conveni de l'OCDE de lluita contra la corrupció d'agents públics estrangers en les transaccions comercials internacionals.

Es tracta, d'una banda, d'un delictes no només comunitari, sinó també de transcendència internacional, ja que, d'acord amb l'art. 7 de la Decisió marc 2003/568, els estats membres han de fixar la seva competència fins i tot quan la infracció hagi estat comesa només parcialment al seu territori (art. 7.1.a), aplicar el principi actiu de la personalitat (art. 7.1.b) i també quan la infracció hagi estat comesa en benefici d'una persona jurídica amb seu al territori d'un altre estat membre²⁹. Aquesta previsió no es veu reflectida de forma expressa en la legislació penal, però precisament per la possibilitat que tenen present altres legislacions –com la FCPA– d'aplicació extraterritorial de la seva llei, seria recomanable que els programes de compliment establissin els mateixos estàndards de controls anticorrupció per al compliment amb la seva legislació nacional també a les empreses que un grup empresarial pugui tenir a l'estranger, amb independència que al país estranger els estàndards anticorrupció siguin inferiors o que fins i tot hi estiguin permeses certes formes de lobby que, per exemple, prohibiria la llei espanyola i la majoria de les legislacions europees.

En aquest sentit, cal tenir en compte, com a orientació, la *Guia de recomanacions per a les empreses per combatre la corrupció* (OCDE, 2010)³⁰, i la *Guia pràctica per a la gestió de riscos i eines d'implantació* (Xarxa Espanyola del Pacte Mundial - Espanya).

²⁸ Sobre els diferents models legislatius a Europa, compareu *J. I. Rosas Oliva*, dins CPCr. 2009, 99, pàg. 93 i seg. (100 i seg.); *J. Sprafke*, *Korruption, Strafrecht, Compliance*, 2010, pàg. 80 i seg.

²⁹ En el dret alemany això ha dut a la introducció de l'apartat 3 del § 299 StGB, que diu: les disposicions d'aquest paràgraf regeixen «també respecte d'accions contra la lliure competència a l'estranger».

³⁰ *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD, adoptat pel Consell el 18 de febrer de 2010, Annex I, *Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*

10. Compliment de les obligacions fiscals.

L'elusió del pagament de tributs és una conducta que no només afecta l'hisenda pública, sinó que també lesiona, en un segon pla, la *competència lleial*. Per aquesta raó, també caldria insistir en el compromís del compliment de les obligacions fiscals, ja que l'elusió del pagament de tributs o l'obtenció d'avantatges tributaris o de devolucions de forma indegudes permeten a les empreses defraudadores tenir més mitjans que les empreses que compleixen rigorosament les seves obligacions fiscals.

En aquest sentit, en el Fòrum de Grans Empreses i l'Agència Tributària s'ha elaborat el *Codi de Bones Pràctiques Tributàries*, en el qual s'estableixen principis de bona fe i confiança de cooperació recíproca. Així, es reconeix la confiança en les empreses –en la interpretació de les normes fiscals per part de l'Agència Tributària–, el respecte rigorós als drets del contribuent per tal de reduir a més el nombre de litigis i evitar conflictes. Tot i que aquests principis han estat elaborats en relació amb les grans empreses i només són obligatoris per a les empreses que s'hi adhereixen de forma voluntària, això no treu que els principis recollits es compleixin de manera voluntària encara que l'empresa no s'hi hagi adherit formalment, i que també siguin respectats per les PIME, la posició juridicofiscal de les quals no difereix en res, pel que fa als seus drets com a contribuent, de la de les grans empreses.

En aquesta línia, el *Codi de Bones Pràctiques Tributàries* conté recomanacions, voluntàriament assumibles per l'administració tributària i les empreses, tendents a millorar l'aplicació del sistema tributari mitjançant un augment de la seguretat jurídica, la cooperació recíproca basada en la bona fe i la confiança legítima entre l'Agència Tributària i les empreses mateixes i l'aplicació de polítiques fiscals responsables en les empreses, sempre notificades al Consell d'Administració. Aquestes recomanacions es formulen amb caràcter no exhaustiu i flexible, permetent que les empreses que les assumeixin puguin adaptar-les a les seves pròpies característiques. Una gestió tributària correcta per part de les empreses i una major seguretat jurídica en matèria fiscal impliquen més fortalesa en els seus resultats econòmics, minorant-ne els riscos, inclosos els de reputació.

Annex I: Propostes legislatives d'harmonització del dret europeu en les futures revisions del Conveni penal europeu contra la corrupció i propostes legislatives de dret intern.

D'altra banda, malgrat quedar fora de l'abast del destinatari al qual s'adreça aquest Decàleg de Principis de Transparència per a la prevenció de la corrupció, *Transparencia Internacional* subratlla la necessitat d'exigir l'establiment d'estàndards mínims i uniformes per a les legislacions dels estats membres de la UE per tal d'aconseguir un grau d'uniformitat que permeti promoure també un estàndard de prevenció i de protecció davant de la corrupció per a les empreses dins de l'àmbit europeu. Per atènyer aquest objectiu convindria harmonitzar també alguns aspectes de les legislacions nacionals dels estats membres de cara a una protecció adequada i igualitària contra la corrupció en la UE i a la *competència lleial* en el mercat únic europeu.

Igualment, seria necessari enfortir algunes disposicions del Codi Unificat de Bon Govern (CUBG) i incloure-hi disposicions que permetin considerar com a element essencial de bon govern normes específiques destinades a la prevenció de la corrupció.

1. Harmonització de la legislació europea de protecció de dades i de canals de denúncies internes de les empreses³¹.

Actualment, les lleis de protecció de dades dels estats membres de la UE no estan harmonitzades, per la qual cosa en uns països les denúncies internes es poden fer de manera absolutament *anònima*, mentre que en altres, com ara Espanya, només s'admet la possibilitat de fer denúncies *confidencials* [vegeu Informe jurídic 128/2007 sobre la Creació de sistemes de denúncies internes a les empreses (mecanismes de *whistleblowing*) de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades]³².

D'altra banda, les lleis d'altres països amb possible aplicació extraterritorial, com ara la FCPA (Foreign Corrupt Practice Act, 1977) o la Sarbanes-Oxley Act (SOX) (2003), dels Estats Units, exigeixen que s'estableixin específicament canals de denúncies anònimes, un compliment normatiu al qual estan subjectes les empreses nord-americanes, però també les estrangeres –fins i tot si

³¹ En el moment de redactar aquests principis s'ha fet pública la notícia que la UE està enllestint una proposta de nova directiva sobre la protecció de dades.

³² Vegeu Nota 13 anterior.

no es troben a territori nord-americà o no tenen cap vincle territorial amb els Estats Units–, quan cotitzen en la borsa nord-americana.

Per aquestes raons, és desitjable i necessària una legislació harmonitzada als estats membres de la UE que doni una protecció adequada al denunciador i al denunciat d'acord amb els estàndards i principis que regeixen la protecció dels drets fonamentals dins de l'àmbit europeu.

En aquest mateix context, és necessari que una normativa uniforme per a tota la UE consideri d'igual manera la possibilitat d'un *canal de denúncies extern* per permetre que consumidors i proveïdors també puguin fer denúncies *confidencials* en relació amb l'empresa o els seus directius/empleats.

2. Harmonització de la legislació europea de protecció de dades i de canals de denúncies externes a les administracions públiques.

A més d'una legislació adequada sobre els canals de denúncies internes dins de l'empresa perquè s'hi puguin detectar possibles pràctiques corruptes que li afectin, també és necessari que hi hagi un canal de denúncies externes que permeti que els proveïdors i els consumidors denunciïn pràctiques de corrupció que puguin tenir lloc dins de l'àmbit de les administracions públiques.

Es tracta, sens dubte, d'un mecanisme que permetrà també la prevenció de la *corrupció privada*, per excloure de la contractació eventuals competidors per conductes lesives de la competència lleial.

3. Revisar las recomanacions del Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu.

Seria important que, entre les recomanacions de bon govern corporatiu, el Codi Unificat de Bon Govern (CUBG) inclogués disposicions concretes per donar a conèixer les contractacions amb les administracions públiques.

En aquest sentit, seria desitjable que el CUBG introduís l'obligació d'informar sobre les administracions públiques amb les quals es mantenen relacions comercials, així com la informació relativa als ajuts i subvencions públiques rebuts.

Els informes de bon govern corporatiu (art. 116 LM) haurien de preveure que aquesta informació fos també un aspecte essencial de la informació obligatòria.

Transparencia Internacional España agraeix la col·laboració de les persones i institucions de caràcter *públic*, com l'*Oficina Antifrau de Catalunya*, o de caràcter *privat*, com *Siemens España*, que han fet valuoses aportacions tècniques en el procés d'elaboració d'aquests Principis.