

Normativa española sobre prácticas corruptas de nuestras empresas en el extranjero

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. REGULACIÓN.—2.1. Normativa española.—2.2. Normativa internacional.—III. AUTORREGULACIÓN DE LAS EMPRESAS.—IV. ¿AFECTA TODO ESTO, EN REALIDAD, A LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS, DADOS LOS PAÍSES A LOS QUE EXPORTAMOS?—V. ¿POR QUÉ EL TEMA ES IMPORTANTE?—5.1. Para los países en que tales prácticas puedan tener lugar.—5.2. Para las empresas españolas.—VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Con frecuencia se habla en España de corrupción política o empresarial. Pero rara vez nos ocupamos de ese fenómeno cuando los funcionarios, políticos, agentes públicos, no son españoles sino extranjeros. Este artículo analiza brevemente la exigua legislación española en la materia, criticándola constructivamente sin entrar en detalles. También analizamos, con técnica impresionista (con pinceladas sueltas sin rematar los detalles pero que, en conjunto, dan la “impresión” de la realidad), normativa internacional y autorregulación empresarial. Reflexionamos sobre cómo afecta la corrupción a los países en que se produce frecuente o intensamente. Finalmente, enumeramos, comentándolos, los riesgos y desventajas que la corrupción en la contratación internacional supone también para las empresas que aparentemente, y a corto plazo, se benefician de ella.

I. INTRODUCCIÓN

La economía y la corrupción son dos de los temas que más recurrentemente pueblan las páginas de nuestros periódicos, sean de papel o digitales —y casi

★ Abogado.

más en éstos—, y los minutos de los informativos televisivos y radiofónicos. Sin miedo a la generalización podríamos decir que todo el mundo está interesado (o debería estarlo) por la marcha de la economía y por la de nuestras empresas. Y si hay algo a lo que se presta atención es a la corrupción, o acusaciones — sean fundadas o no— de corrupción, presente en mayor o menor medida, en nuestra vida política o social. Todo esto es perfectamente lógico: de la marcha de nuestra economía depende en gran forma nuestro bienestar personal, familiar, social. De cómo les vayan las cosas a nuestras empresas dependen nuestros empleos, nuestras inversiones, nuestro patrimonio, el futuro de nuestros hijos en definitiva. Y, dentro de cuestiones políticas, que generalmente entusiasman a la población menos que a los medios de comunicación, las noticias relativas a corrupciones, supuestas o reales, sí atraen la atención porque indigna el mal uso de “nuestro dinero”, entre otras razones más o menos objetivas, pero todas muy humanas. Por eso, uniendo las dos cuestiones, se presta mucha atención siempre a cualquier noticia relativa a la concesión de un contrato con la administración pública a una empresa si se sospecha que ha mediado favoritismo, un sobre, un regalo excesivo, ..., o si una administración pública no sanciona a una empresa infractora, o que se retrasa en la ejecución de un contrato, por ejemplo, si hay motivos para creer que esa inacción de la aludida administración pública, sea la que sea, se debe a explicaciones discutibles o a razones “non sanctas”. Pero estas noticias siempre se centran en supuestos que tienen lugar en España, y que por tanto afectan a las administraciones públicas españolas, sean estatales, autonómicas, locales. E independientemente de que la empresa relacionada sea española (más frecuente) o extranjera (de lo que también ha habido casos sonados en grandes obras de infraestructuras, por ejemplo). Rara vez, sin embargo, nos enteramos de que pueda haber habido alguna actuación reprochable de una empresa española en el extranjero, en la forma en que ha conseguido un contrato allende las fronteras patrias. Y sin embargo, es algo que nos afecta, que nos debería preocupar, y que desde luego está tratado en la legislación española, si bien de forma somera.

En estas páginas vamos a ver en primer lugar qué dice la legislación española sobre las actuaciones de nuestras empresas en el extranjero. Lo compararemos con lo que algunos otros países tienen regulado respecto de cómo deben actuar sus nacionales, sus empresas, cuando actúan fuera de su territorio nacional. Y veremos someramente alguna norma, tratado, convenio, internacional. Pasaremos revista a la autorregulación que algunas (pero no muchas) empresas, especialmente sociedades cotizadas, hacen de esta cuestión, imponiéndose en ocasiones normas más allá de lo que la propia legislación exige, o al menos explicitándola, desarrollándola, haciendo una suerte de reglamento que desarrolla la ley. Analizaremos luego hasta qué punto esto puede o no preocuparnos, si tenemos en cuenta los países a los que exportamos (no nos debe preocupar igual si nuestras empresas exportan más que nada a Dinamarca, Nueva Zelanda o Suecia, sociedades aparentemente *casi* incorruptibles, que si lo hacen principalmente a países como Irak, Myanmar (la antigua Birmania) o Somalia, en que según algunas fuentes es imposible mover un pie sin introducirlo en un

profundo charco cenagoso de corrupción). Y reflexionaremos después sobre si el tema es realmente importante o si no lo es, sobre si debe preocuparnos o no. Cuestión aparentemente fácil en lo moral, pero no tanto, quizás, en la práctica, si lo analizamos a la luz de la experiencia de muchos países a lo largo de las épocas.

II. REGULACIÓN

2.1. Normativa española

Aunque este artículo no pretende ahondar en cuestiones jurídicas de cierta profundidad sino más bien propiciar una cierta reflexión mediante la difusión de una realidad generalmente mal conocida, sí parece razonable hacer una referencia somera a la legislación española sobre la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. La norma fundamental en nuestro ordenamiento jurídico acerca de esta materia aparece en el artículo 445 del Código Penal, cuyo tenor literal es como sigue:

“1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

El 445 bis coincide con el primer apartado del 445 anterior. Por su parte, el artículo 423 establece que:

“1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”.

Y, por fin, el artículo 129 señala que:

“1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del Ministerio Fiscal

y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.*
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.*
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.*
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.*

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

Se trata, pues, de una norma relativamente clara, ..., aunque veremos que no tanto en la realidad. Una norma que tiene su origen en la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, que modifica el Código Penal en materia de cohecho, añadiendo el 445 bis al Código Penal de 1995. La exposición de motivos de la propia ley explica que la misma no es sino consecuencia del convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, convenio que España firmó el 17 de diciembre de 1997, ratificándolo mediante Instrumento de 3 de enero de 2000 y publicándose en el BOE de 22 de febrero de 2002. Aún más reciente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el artículo 445 (aunque debió, entendemos, decir el 445 bis), con el texto que hemos transcrito.

No vamos a hacer unos comentarios técnicos, jurídicos, de esta regulación, pues no es el foro adecuado. Pero sí al menos queremos dar una cierta explicación de cómo debemos entender esta redacción.

Esta regulación ha recibido algunas críticas, como la de que “rompe la coherencia interna propia del sistema de incriminación de una determinada materia, en este supuesto, del delito de cohecho” o que “olvida, entre otras cuestiones, que el Código Penal, por lo que al delito de cohecho se refiere, otorga distinta trascendencia al cohecho que tiene por objeto un acto justo y al que persigue un acto injusto, así como que la sanción del funcionario corrupto y la del particular corruptor se encuentran previstas en preceptos distintos, provocando así importantes dislates valorativos respecto a las genéricas formas

de cohecho tipificadas en los artículos 419 y ss CP/1995¹. Además, se critica la “inadecuada ubicación del precepto examinado” y “la deficiente técnica de tipificación utilizada. En mi opinión, ni los términos empleados para describir la acción típica son adecuados ni tampoco la estructura adoptada por el delito. La norma que a continuación comentaremos presenta, desde esta óptica, dos graves deficiencias. En primer lugar, emplea términos imprecisos y obsoletos para describir la conducta delictiva (...) y, en segundo lugar, adopta la forma de tipo de participación necesario, puesto que es imprescindible la intervención de dos sujetos para cometer el delito —funcionario y particular— pero sin embargo, desde la perspectiva de la punibilidad, sanciona únicamente a uno de ellos, el particular, generando así importantes lagunas...”²

Si leemos el artículo del Código Penal, pues, vemos que el autor, el sujeto activo, puede ser cualquier particular. A nuestro legislador le preocupa el particular (normalmente empresario, sea persona física o jurídica, y español) que corrompe (o acepta pagar al funcionario ya corrompido, corrupto). Este funcionario público extranjero no es sancionado. Escapa a la regulación, porque tampoco podemos interpretar que forma parte de los funcionarios punibles por el 423 CP (sería una interpretación extensiva excesiva). ¿Por qué? La razón más fácilmente explicable es que cómo va a sancionarse en otro país a un funcionario extranjero por un delito cometido en ese país. Sin embargo, es una objeción parcial: ese funcionario extranjero puede residir en España, por ejemplo. O incidentalmente pasar por España. O no estar en su país. En otros delitos es frecuente dictar órdenes de busca y captura internacionales, y no hay razón clara por la que en este caso no pudiera hacerse. Otra razón podría ser la de entender que debe ser cada país el que considere si una determinada actuación de sus empleados públicos es o no punible, pues lo dañado es su tejido social, económico, legal. Pero, salvo que queramos cerrar los ojos a la realidad de muchos países, la explicación tampoco nos parece convincente, porque países especialmente corruptos no regularán (y/o no perseguirán, más bien) dichas conductas. Y porque, siendo ésta una razón más jurídica, no olvidemos que lo que estamos haciendo es desarrollar un convenio internacional del que somos parte, perseguir una conducta internacionalmente considerada como perniciosa y perseguible. No tiene sentido esa punibilidad sólo parcial, demediada, si la actuación está tipificada.

Otra cuestión que no entendemos bien del precepto es por qué ha limitado lo sancionable a “conseguir o mantener un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”. Esto implica varias cosas, en nuestra opinión. Quizás la más obvia sea que se dejan fuera (y por tanto no las quiere sancionar el legislador español) cuando la dádiva, regalo, etc., se entrega para conseguir un contrato o beneficio “regular”, esto es, cuando se pague para conseguir algo legal.

¹ Rodríguez Puerta, María José, en Quintero Olivares, Gonzalo (Director) y Morales Prats, Fermín (Coordinador), “Comentarios al Código Penal, Tomo III, Parte Especial (art. 319 a DF 7.a)”, pp. 718 y ss.

² Rodríguez Puerta, María José, op. cit., pp. 720 y 721.

Aclaremos que cuando el 445.2 se refiere a particulares —personas jurídicas de carácter transitorio—, está incluyendo en la regulación no ya a personas jurídicas de índole estable, sociedades anónimas, limitadas, etc., sino a otras típicas precisamente de buena parte de la contratación mercantil internacional, como las Uniones Temporales de Empresas (UTE), Agrupaciones de Interés Económico (AIE), incluso posiblemente a Joint Ventures o meros acuerdos de colaboración que crean una estructura o un marco para la realización de una actividad, aunque en varios de estos casos no se cree una persona jurídica distinta de la de las sociedades que la forman, por lo que la responsabilidad será solidaria entre éstas, normalmente. Responsabilidad que normalmente no podrá ser penal, por aquello de que las “sociedades no delinquen” (*societas delinquere non potest*, en la formulación clásica del brocardo), sino que sólo lo hacen las personas (físicas) y por tanto sólo a éstas cabe aplicar tal tipo de responsabilidad. Por lo tanto, cuando haya personas jurídicas de por medio, la responsabilidad penal deberá aplicarse a las personas que en dichas sociedades tomaron las decisiones, obraron, actuaron. A las personas jurídicas, directamente, la responsabilidad genéricamente aceptada como aplicable es la de índole civil o administrativa.

Otra cuestión que llama la atención (y por la que internacionalmente se llama la atención al legislador español) es la de la ausencia de definición de “*autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales*”. No es ánimo de precisión, afición de purista técnico: es que sin saber exactamente qué debe entenderse por tales, quiénes están comprendidos en esa definición, hay una serie de actuaciones que pueden quedar exentas de sanción. Especialmente si consideramos el carácter restrictivo con el que deben interpretarse las normas penales. Por ejemplo, quedaría fuera del precepto el entregar las “dádivas, etc” al responsable de una empresa pública, aunque gestione ingentes cantidades que provengan del erario público. Tampoco sería fácilmente sancionable esta actuación si el receptor fuese alguien cercano a un funcionario (familiar, “testaferro”, partido político), pero no el funcionario en sí. Como veremos, hay normativas (como la norteamericana) enormemente más precisas, aunque existe proyecto de sensible mejora de nuestra regulación. Y también el Convenio de la OCDE es mucho más preciso, pues sanciona de igual manera el pago a funcionario como a persona interpuesta, directo o indirecto, etc, y además define a funcionario público extranjero de manera amplia (“*cualquier persona perteneciente al poder legislativo, ejecutivo o judicial de un país extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función pública para un país extranjero, un organismo público o una empresa pública de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional*”).

2.2. Normativa internacional

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la normativa española no es sino consecuencia de un convenio internacional del que España forma parte, el Convenio para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en

las transacciones comerciales internacionales aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE, que España firmó en 1997. Si la corrupción es un fenómeno generalizado en el mundo, presente en menor o mayor medida en todos los países, antiguo como el hombre probablemente, ello explica que cada país tenga o pueda tener su propia normativa. Pero es la generalización de las transacciones comerciales (nada nuevo por otra parte desde los fenicios acá), y en concreto el conocido fenómeno de la globalización, con la enorme facilidad de comunicaciones de información, de personas, de bienes, servicios y capitales, lo que ha motivado que el problema devenga tan enorme como es, trascendiendo las fronteras físicas y legales de los países individualmente considerados.

Otra razón que ayuda a explicar por qué son ciertas organizaciones o entes internacionales quienes están impulsando en el mundo la regulación proscribiendo este tipo de actuaciones viene sin duda dada por el cierto “buenismo”, teñido de soberbia, que nos lleva a considerar que lo que vemos bueno para nuestras sociedades debe ser percibido como bueno en cualquier otra sociedad, algo sólita y dramáticamente erróneo (por desgracia para nosotros y con frecuencia para las propias sociedades en cuestión).

Pero hay un último elemento que queremos destacar que influye mucho en la génesis de estas ideas y convenios internacionales, un elemento impecable técnica y económicamente, pero perfectamente alejado del “buenismo” a que aludía antes: la defensa de la competencia. Indudablemente, si una empresa o empresario se vale de la corrupción para obtener —y aun para intentar obtener— un contrato que de otra forma no habría obtenido —o para asegurarse la obtención de un contrato que de todas formas habría obtenido por ser la suya la mejor oferta, si es que era el caso—, indudablemente ello está falseando esa licitación (o poniendo las bases para el falseamiento de la próxima licitación en ese sector, país, administración).

Esta tendencia legislativa está propagándose por la generalidad de países, y sin duda especialmente por “los de nuestro entorno”. Cuando se aprobó la modificación del Código Penal español para introducir la regulación ya explicada, todavía había países de la Unión Europea en que pagar a funcionarios extranjeros para conseguir irregularmente un contrato no estaba tipificado como delito. Por ejemplo, en la sección de economía de el diario “El Mundo” del miércoles 29 de diciembre de 1999, tras explicar algunas de las dificultades de aplicación práctica de esta norma, se podía leer que “... no obstante, la mera posibilidad de presentar denuncia puede tener un efecto disuasorio y multiplicador que corrija una tendencia que no estaba castigada en España ni en otros países. En Alemania, las empresas podían incluso deducir de sus impuestos el pago de comisiones en el extranjero hasta recientemente”. Obviamente, ya no se está en esa situación. Los diferentes países exportadores (EE.UU. y los de la Unión Europea, sobre todo, por lo que a esta materia se refiere; hay países igualmente —o más— exportadores, pero no tan preocupados, a qué engañarnos, por regular de manera que sus empresas sean sancionadas en estos casos), sabiendo que sus empresas pueden salir perjudicadas si la regulación de otros

países no castiga a las empresas de esos otros países en caso de que éstas actúen con corrupción en terceros países, vigilan recíprocamente sus regulaciones (así, los EE.UU., como recordaba el mencionado artículo periodístico, había “llamado la atención a Alemania por no dejar claro cómo serán sus multas”. Digamos que al Gobierno americano le preocupaba que una empresa de ingeniería americana no obtuviera un contrato en Hispanoamérica, por ejemplo, porque una competidora alemana pudiera corromper al funcionario adjudicante ante la falta de regulación sancionadora clara en Alemania. Y viceversa).

El Convenio de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales parte, al inicio de su preámbulo, de una premisa bastante realista, por no decir pesimista, sobre la naturaleza humana³: “*Considerando que el soborno es un fenómeno generalizado en las transacciones económicas internacionales, incluyendo el comercio y las inversiones, ...*” Y continúa dejando claro el motivo de preocupación: “*... lo cual constituye una seria preocupación moral y política, socava y distorsiona las condiciones de competitividad internacional*”. Y acepta perfectamente la idea antes vista de la “vigilancia” o “recelo” de unos países exportadores para con otros competidores, pues el último inciso de su preámbulo reza: “*Reconociendo que obtener homogeneidad entre las medidas a ser adoptadas por las Partes es un objetivo esencial y el propósito de esta Convención, el cual requiere que la convención sea ratificada sin derogaciones que afecten esa homogeneidad; ...*” Para un mejor entendimiento del Convenio de la OCDE resulta muy aconsejable leer los “Comentarios” al mismo, del propio grupo de trabajo⁴. Con carácter complementario, el COE o Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, también del Consejo de Europa⁵.

También es interesante, cómo no, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que define también de forma muy amplia el concepto de funcionario público (por ejemplo, incluye expresamente a los que lo son con carácter honorario, y por supuesto a los que ocupan cargos en empresas públicas, o que en general presten un servicio público —lo cual puede ser interpretado, posiblemente de manera excesiva, de una manera amplísima para incluir a cualquier persona en sectores como los medios de comunicación, transportes, tecnologías, sanidad, servicios legales, etc, incluso aunque tengan carácter privado—).

Por razones tanto prácticas (es todavía el principal exportador de este planeta) como de principios morales y aun religiosos (tendemos en Europa a olvidar este aspecto de Estados Unidos, mucho más real y presente de lo que creemos), así como por técnica jurídica propia de los países anglosajones, posiblemente la normativa más completa, precisa, detallada, en la materia sea la de Estados

³ Traducción de Manfroni, Carlos, para su obra “Soborno Transnacional”, en http://www.worldpolicies.com/espaniol/st_oecd_imprimible.html. La versión oficial inglesa se puede encontrar, por ejemplo, en <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/combatabribe.html>.

⁴ Se pueden encontrar por ejemplo en la misma web antes citada, <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/combatabribe2/html>

⁵ Texto en <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/lawconvention/html>

Unidos. La norma fundamental es la denominada “Foreign Corrupt Practices Act of 1977” (FCPA). Por si la cantidad tuviese algo que ver con el contenido, lo que no necesariamente ocurre pero puede ser indiciario, permítasenos señalar que para lo que nuestro Código Penal dedica dos párrafos, esta norma norteamericana (y no es la única que regula aspectos de la materia) dedica una veintena de páginas. Otro ejemplo del detalle con el que se cuida esta materia desde el regulador americano es que el propio Gobierno publica una guía intentando describir, resumir, explicar y vulgarizar o facilitar el entendimiento y uso de la FCPA con el objeto de evitar que potenciales exportadores y pequeñas empresas, que no puedan obtener asesoramiento especializado en materia de la FCPA, puedan al menos conocer lo esencial de ésta⁶. La finalidad de la FCPA fue, según el propio Congreso, la de “poner fin al soborno de funcionarios extranjeros y restaurar la confianza pública en la integridad del sistema empresarial americano”. Y no se trató de un brindis al aire, de una políticamente correcta declaración de intenciones, sino de una norma que las empresas (y los jueces, claro) norteamericanos se han tomado muy en serio, pues ha sido la base para la aplicación de multas millonarias (en dólares) para varias empresas, que han visto cómo dejaban de ser elegibles como contratistas de la Administración pública americana, e incluso ha supuesto el marco para posibilitar la condena a privación de libertad de empleados y directivos de tales empresas. Pero, por supuesto, no es una normativa ingenua, pues su resultado no podía acabar siendo el de situar a las empresas americanas en desventaja competitiva con empresas de otros países. Así, el Congreso ordenó en 1988 al Gobierno que iniciara negociaciones con los mayores socios comerciales de EE.UU. para asegurarse de que éstos también promulgaban una legislación homologable, similar. Y ello llevó al Convenio de la OCDE de 1997 repetidamente aludido más arriba. Esto es, la norma americana (a diferencia de la española) no es desarrollo o consecuencia, sino causa de ese Convenio internacional que en 1997 suscribió una treintena de países. Y es notablemente más completa, intentando desecar cualquier posible laguna legal que pudiera remotamente permitir impunemente la corrupción que se intenta combatir. Así, el “quién” queda sujeto a la ley es muy amplio (valga, como ejemplo, que se incluye un mero candidato a un puesto público o a un cargo político), y puede ser aplicado tanto por definición personal como territorial. La mera tentativa se penaliza. Se especifica que la dádiva, ofrecimiento, pago, etc., no tiene que ser en dinero. El uso de intermediarios está expresa y profusamente prohibido, e incluye como sancionable el pago sin saber que finalmente éste iría al funcionario público, si tal ignorancia es “deliberada”. Por terminar de describir e ilustrar la importancia dada en EE.UU. a la materia, baste recordar que existe

⁶ Foreign Corrupt Practices Act, Antibribery Provisions, documento conjunto del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Sección de Fraude, División Penal, y del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, Oficina del Consejero Jefe para el Comercio Internacional, que hemos consultado en su actualización de 15 de marzo de 2002 y que puede ser consultada en <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdocb.htm>.

un procedimiento oficial para aclararle a los interesados cualesquiera dudas al respecto, evitando subsiguientes posibles problemas legales en su país⁷. Algo más importante y útil de lo que parece, pues no siempre resulta fácil deslindar un “detalle” comercial (no punible) de un “soborno” (punible), un empleado de una empresa pública (punible) de un asesor externo consultivo de un organismo no ejecutivo (punible o no según la relación y el caso), etc.

Por supuesto, este tipo de regulación y su aplicación práctica depende de la realidad social, económica, legal, moral incluso, de los países donde tales actuaciones corruptas tienen o no tienen lugar. Sin apoyo político y recursos suficientes en tales países, toda esta normativa es de difícil aplicación, aunque sin duda peor sería que no existiera. En tales países debería haber “penalización adecuada, suficientes facultades de investigación, unidades policiales especiales, un aparato judicial independiente y la presencia de instrumentos tales como el control selectivo de la integridad”. Y, claro, la mera exigencia de una policía eficaz, con preparación y medios, ¡y limpia!, y de un aparato judicial independiente, ya está excluyendo, tristemente, a un alto porcentaje de países. Pero al menos debe ser exigible la existencia de una legislación que, partiendo de la internacional (teniendo en cuenta el Convenio OCDE, citado, y el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre “Instrumentos legales internacionales existentes, recomendaciones y otros documentos que abordan la corrupción”, E/CN.º5/2001/3, o la Convención de las Naciones Unidas para la Corrupción ratificada por España el 9 de junio de 2006), pueda ser aplicable razonablemente en cada país. Se exige que haya medidas preventivas, transparencia, medidas educativas, medidas sancionadoras, medidas de control, cooperación internacional,...

III. AUTORREGULACIÓN DE LAS EMPRESAS

Ni que decir tiene que la mera acción legislativa no bastará para abolir la corrupción de las prácticas internacionales. La educación tiene una mayor importancia, como también lo tiene el papel de los medios y el de organismos y organizaciones, con frecuencia no gubernamentales, que investigan estas materias. Y la actuación de las propias empresas. Así lo reconocía la Declaración Final del “Segundo Foro Global sobre la lucha contra la corrupción y la salvaguarda de la integridad”⁸: *“Somos conscientes de que la corrupción no puede prosperar a la luz plena de la apertura. La transparencia y las formas imparciales de control público, unidas a la cooperación del sector privado, son de importancia capital. A los medios independientes y de vocación investigadora les corresponde desempeñar un papel fundamental”*. Más adelante, recalca *“los medios, la socie-*

⁷ Nos referimos al *Department of Justice’s Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure*.

⁸ Global Forum on fighting corruption and safeguarding integrity II, La Haya, 31 de mayo de 2001. Se trataba de un foro de nivel ministerial. El primero había tenido lugar en Washington, EE.UU., del 24 al 26 de febrero de 1999.

dad civil y el sector privado son colaboradores indispensables del Gobierno (...) Es necesaria la adopción de una política de integridad del sector privado. En particular, tal política debería prever medidas eficaces que desalienten el empleo indebido de juristas en prácticas corruptas o delitos asociados”.

Pues bien, ¿qué hacen las empresas españolas al respecto? Su actuación no es libérrima, desde luego. Si nos centramos en las sociedades cotizadas (respecto de las que no lo son la regulación es más parca aún, y la información pública inexistente casi), en el “Informe Olivencia”. (“El Gobierno de las Sociedades Cotizadas”⁹) podemos leer: “... Pero esto no significa que el Consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que ésta se ubica. En este sentido, el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales o medioambientales), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios”. ¿Qué traducción práctica tiene esto en materia de corrupción internacional para nuestras sociedades cotizadas? Pues, por no entrar a juzgar actuaciones (sobre las que en general no hay suficiente información contrastada de dominio público) sino regulaciones e intenciones, autorregulación en buena medida, conviene ver los Códigos de conducta o como quiera que cada sociedad los denomine y que por exigencia legal se publican, en el caso de las cotizadas, en sus páginas de Internet¹⁰. Y vemos que, como en botica, hay de todo.

Por ejemplo, si tomamos la primera (por orden alfabético) de las sociedades que forman parte del índice selectivo de la Bolsa española, el IBEX 35, esto es, Abengoa, S.A. su “Código de Conducta”¹¹ es especialmente preciso y extenso, y concuerda con las ideas que estamos reflejando en estas páginas y con la regulación internacional más estricta, no sólo en su filosofía (“La honradez, integridad y el buen juicio de los empleados, directivos y consejeros de Abengoa es fundamental para la reputación y el éxito de la compañía. El presente Código de Conducta rige los actos y relaciones de trabajo de los empleados, directivos y consejeros de Abengoa con los clientes y posibles clientes, con los compañeros, la competencia, los órganos de la Administración, con los medios de comunicación y con todas las demás personas o instituciones con las que la empresa tenga contacto”), pues hablar de filosofía y de principios generales es frecuente en las socieda-

⁹ Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades cotizadas: el gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, 26 de febrero de 1998.

¹⁰ Son visibles en general también en la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, <http://www.cnmv.es/index.htm>.

¹¹ http://www.abengoa.com/sites/abengoa/resources/pdf/gobierno_corporativo/gobierno_corporativo/normas_internas/07_CodConductaABG05.pdf

des. En efecto, si tomamos aspectos más concretos del “Código de conducta” de esta cotizada, vemos que se regula de forma detallada y muy realista (algo infrecuente y digno de elogio) aspectos como el de los “regalos”: *“Los regalos y las actividades de ocio son prácticas comunes que se utilizan en muchos sectores y países para reforzar las relaciones comerciales. La posición de Abengoa está clara en todo el mundo. No deberá aceptarse ni proporcionarse regalo o favor alguno, ni tampoco ninguna actividad de ocio, si obliga o parece obligar a la persona que lo reciba. No está permitido recibir ni entregar jamás regalos en efectivo ni en activos de alta liquidez. Los empleados de Abengoa pueden aceptar o conceder regalos, favores y actividades de ocio exclusivamente si cumplen todos los criterios siguientes:*

- *Si no contravienen la ley o la política de la otra parte;*
- *Si guardan coherencia con las prácticas comerciales habituales del país o sector;*
- *Si guardan una relación razonable con las relaciones comerciales;*
- *Si guardan coherencia con las directrices comerciales existentes;*
- *Si no pueden interpretarse como cohecho, soborno o influencia inadecuada; y*
- *Si no infringen los valores o la ética comercial de Abengoa de alguna otra manera”.*

Por recoger, se recoge incluso la referencia concreta a la FCPA americana: *“Aparte de las disposiciones del presente Código de Conducta y demás políticas de Abengoa, los empleados que trabajen con cualquier entidad de la Administración de cualquier país tienen la obligación de conocer, entender y observar las leyes y reglamentos aplicables al desarrollo de negocios con entidades de la Administración. En el supuesto de que un órgano de la Administración nacional, estatal o local haya adoptado una política más restrictiva que la de Abengoa en materia de regalos y gratificaciones, los empleados y representantes de Abengoa deberán cumplir dicha política más estricta. Específicamente, la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras de Estados Unidos (en lo sucesivo, la U.S. Foreign Corrupt Practices Act “FCPA”) tipifica como delito que las empresas y sus directivos, consejeros, empleados y representantes paguen, prometan, ofrezcan o autoricen el pago de cualquier cosa de valor a cualquier responsable extranjero, partido político extranjero, responsable de partidos políticos extranjeros, candidatos a cargos políticos extranjeros o responsables de organizaciones públicas internacionales, al objeto de conseguir o mantener negocios. Hay leyes similares que han sido o están siendo adoptadas por otros países. Los pagos de esta naturaleza se oponen directamente a la política de Abengoa, incluso cuando la negativa a realizarlos pueda producir que Abengoa no realice una oportunidad de negocio. La FCPA también exige que las empresas mantengan libros, expedientes y contabilidad precisos y que diseñen un sistema de controles de contabilidad interna que sea suficiente como para garantizar de forma razonable que, entre otras cosas, los libros y archivos de la compañía reflejen, de forma razonablemente pormenorizada, las operaciones y enajenaciones de sus activos.*

Abengoa no entregará ni animará a nadie a entregar ningún tipo de incentivo a ningún empleado de la Administración, ni a ningún proveedor sometido a un contrato o subcontrato gubernamental o no gubernamental, al objeto de conseguir ningún contrato o ventaja comercial”.

Y si ahora nos vamos al final del índice, llegando hasta Unión Fenosa, también encontraremos una formulación de principios obviamente adecuada en

su “Código de conducta del GRUPO UNIÓN FENOSA”¹²: *“UNIÓN FENOSA cree en la necesidad de que el desarrollo de sus actividades se lleve a cabo considerando no únicamente los parámetros económicos, sino de igual forma, los sociales y medioambientales, para garantizar que sus actuaciones se enmarcan dentro de una política responsable, que además tenga en consideración los intereses de los distintos grupos con los que se relaciona. En consecuencia, UNIÓN FENOSA se compromete, de manera voluntaria, con la Responsabilidad Social Corporativa, lo cual conlleva prácticas de negocio transparentes, además del más estricto cumplimiento de la legalidad en cada uno de los países donde la organización opera (...) Los empleados y directivos del Grupo UNIÓN FENOSA deben actuar con integridad, profesionalidad y respeto”*. Sin embargo, su concreción no es tan detallada y precisa como la vista más arriba en el caso de Abengoa, pues la eléctrica gallega se limita (y ya es bastante más que otras cotizadas) a afirmar, en el punto concreto relativo a prácticas corruptas: *“Prohibida en la gestión y medidas contra el soborno y la corrupción: UNIÓN FENOSA proscribire los sobornos a autoridades y funcionarios públicos y prohíbe a sus empleados dar a terceros o recibir de terceros pagos indebidos de cualquier tipo, ni regalos, dádivas o favores que estén fuera de los usos del mercado o que, por su valor, sus características o sus circunstancias, razonablemente puedan alterar el desarrollo de las relaciones comerciales, administrativas o profesionales en que intervengan sus empresas. Ningún empleado podrá llevar a cabo actuaciones en nombre de UNIÓN FENOSA que, directa o indirectamente, contribuyan al denominado “blanqueo de capitales”*.

Pero no creamos que este resultado de nuestra búsqueda, de éxito a la primera y razonable éxito a la última, va a ser tan frecuente a medida que nos deslizamos por el resto del Ibex35. En general, las sociedades suelen estar más centradas en regular las obligaciones y conducta internas en materia de información confidencial y del mercado de valores (algo respecto de lo cual ya hay una normativa española concreta y una vigilancia de la CNMV y algo, por tanto, respecto de lo que la normativa interna de la empresa es menos útil, salvo en cuanto a dar seguridad a los empleados afectados respecto de qué se puede o no se puede hacer, por quién, cómo y cuándo). O, dicho de otra forma, la autorregulación de nuestras mayores empresas cotizadas (que sin duda son las que más transacciones económicas internacionales desarrollan y concluyen) es irregular, esporádica, incompleta e inconcreta, en la mayor parte de los casos, fiando su actuación a la legislación española y de los países donde actúan (por supuesto) y al sentido común y honestidad naturales de sus empleados. Claramente, se puede hacer más. La importancia práctica de tener códigos de conducta detallados va mucho más allá de lo meramente estético y aun de propiciar la defensa de buena fe de la empresa frente a posibles acusaciones: permite actuar disciplinaria, laboralmente, y por vía de responsabilidad civil, contra los propios empleados, lo que tiene una gran importancia disuasoria de tales actuaciones.

¹² <http://www.unionfenosa.es/webuf/wcm/connect/674d28804c4dcddb89e6fbb20eee91ee/Codigo+de+conducta.pdf?MOD=AJPERES>

IV. ¿AFECTA TODO ESTO, EN REALIDAD, A LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS, DADOS LOS PAÍSES A LOS QUE EXPORTAMOS?

Seamos breves en la respuesta: en realidad sí que afecta, y mucho. Vamos a intentar justificar esta lacónica respuesta, combinando datos de exportaciones españolas (tomando para ello fuentes oficiales, en concreto las del ICEX, que a su vez elabora sus cuadros con base, entre otras fuentes, en los datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, AEAT) con datos de corrupción en países (partiendo de fuentes no oficiales, como resulta obligado, y particularmente las de Transparency International, una organización no gubernamental tan discutida como reconocida, según para quién, pero de irrefutable importancia).

Así, por no extendernos, digamos que si España exportó en 2008 aproximadamente ciento sesenta mil millones de euros a los principales 50 países destinatarios de exportaciones españolas, el 25% de nuestras exportaciones lo fueron a países que suspenden en el índice y estudio de percepción de corrupción que Transparency International publica.

Visto desde otra perspectiva: la mitad de los cincuenta países a los que España exporta más, suspenden en materia de corrupción, según esa organización. Entre los que suspenden tenemos desde algunos que “casi aprueban”, como Sudáfrica, hasta los que resultan desastrosos en este campo, como Irán, Rusia o Venezuela, país éste el percibido como más corrupto de entre los significativos para las exportaciones españolas. En realidad, exagerando un poco, si excluimos a los países de la Unión Europea (más Suiza y Noruega) y a los de fuerte impronta anglosajona, el destino de nuestras exportaciones no es precisamente un oasis de limpieza en sus prácticas habituales. Lo que no implica juicio de valor alguno respecto de la actuación de las empresas españolas, porque no estamos afirmando que se valgan de corruptelas ni que exporten a esos países precisamente por su condición de proclives a un ambiente corrupto. Ni mucho menos. Las razones de que exportemos a ciertos países centro y sudamericanos, por ejemplo, es de índole ligüística, cultural, histórica, de relaciones incluso familiares durante decenios o aun siglos, etc. Pero esta realidad no puede ocultarnos el hecho, igualmente real, de que algunos de tales países centro y sudamericanos no se parezcan precisamente a Dinamarca, Finlandia o Nueva Zelanda en materia de escrupuloso respeto a la legalidad, a la transparencia, a la igualdad de oportunidades.

Insistamos en que los datos son discutibles en sus detalles, entre otras cosas por su origen y tratamiento simplificador. Pero entendemos que resultan, por lo menos, ilustrativos y, probablemente, indiciarios de una realidad más o menos acusada. Además, todo esto depende de qué se considere corrupción, de dónde se ponga el listón, etc. Digamos, para dar una idea al respecto, que Transparency International suspende, en 2008, a 128 de los 180 países a los que extendió sus investigaciones, encuestas e informe.

V. ¿POR QUÉ EL TEMA ES IMPORTANTE?

5.1. Para los países en que tales prácticas puedan tener lugar

Como recoge Díaz-Maroto y Villarejo¹³, “se ha señalado que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral”. El mismo autor recuerda que el Presidente del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), un órgano del Consejo de Europa creado en 1998¹⁴, “ha llegado a afirmar que la corrupción representa el más peligroso de todos los fenómenos patológicos sociales porque no ataca al Estado, sus instituciones y los principios básicos de la democracia desde fuera, sino que los “corroe desde dentro”, como parte integrante de cada administración pública”. En concreto, la Resolución (98) que establece el GRECO, aprobada por el Grupo Multidisciplinario sobre la Corrupción en su reunión décimo tercera (23-27 de marzo de 1998), afirma: “Convencidos de que la corrupción representa una amenaza fundamental a la ley del derecho, democracia, derechos humanos, equidad y justicia social, pone en peligro el desarrollo económico y la estabilidad de las instituciones democráticas y los cimientos morales de la sociedad...”¹⁵

La redacción, si se quiere un tanto ampulosa y grandilocuente pero perfectamente ajustada a la realidad, es bastante parecida en la “Declaración Final” del “Segundo Foro Global sobre la lucha contra la corrupción y la salvaguarda de la integridad”¹⁶, en cuyo segundo párrafo se lee que “todos estamos hondamente preocupados por la propagación de la corrupción; un virus capaz de paralizar los gobiernos, desacreditar las instituciones públicas y las corporaciones privadas y ejercer un impacto devastador en los derechos humanos de los pueblos, menoscabando, así, a la sociedad y el desarrollo de ésta y perjudicando en especial a los pobres”.

Tampoco es muy distinta la redacción que le da la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo preámbulo empieza de una forma genérica y discursiva pero va concretando de forma implacable los males que la corrupción causa a los países que la sufren y a sus ciudadanos:

¹³ Díaz-Maroto y Villarejo, Julio: “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 del código penal español”, en “ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales”, núm. 74, mayo-agosto 2008, pp. 199-223. En concreto, para la cita, p. 201.

¹⁴ Véase el documento constitutivo, por ejemplo, en la web del Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norte América, sumamente útil y completa: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/grecoagree.html>

¹⁵ La traducción es nuestra. El original inglés se puede encontrar de nuevo en <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/grecoagree.html>.

¹⁶ Global Forum on fighting corruption and safeguarding integrity II, La Haya, 31 de mayo de 2001.

“Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley;

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero;

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados...”

Parece evidente la relación, que también denuncia Transparency International, entre pobreza y corrupción. Un país en que genéricamente se aceptan pagos para beneficiar a un contratista internacional cuya oferta no es la mejor para un determinado servicio u obra, es un país que pagará más de la cuenta (detrayendo fondos de otros destinos posibles, como educación, seguridad, sanidad) o que no mejorará todo lo que de esa obra o servicio podría esperarse (piénsese que en buena medida los grandes contratos entre países medios o pobres y compañías internacionales se refieren a campos tales como infraestructuras, energía, vías o medios de comunicación, construcción de hospitales, etc.)

Si seguimos jugando con los datos de Transparency International, y como recogía para los datos de 2007 el salvadoreño “Diario Latino”, el “cuarenta por ciento de los países que registraron un índice de tres puntos o menos, es decir, un nivel de percepción de corrupción desenfrenado, son calificados por el Banco Mundial como naciones de escasos ingresos¹⁷”. Y continúa: “Los países pobres son los que más sufren bajo el yugo de la corrupción y son ellos finalmente los que han de hacer frente al problema”.

No es casualidad que los países que llevan años ocupando los primeros lugares en los ranking internacionales de lucha contra la corrupción sean también los países más competitivos. Los países escandinavos, Singapur, Nueva Zelanda, Suiza, etc, en algún caso EE.UU., están siempre en los primeros lugares, especialmente Finlandia que, no por casualidad, encabeza también la lista de resultados académicos, de calidad de la enseñanza, de sus niños y jóvenes. También son países en los que la aplicación de las nuevas tecnologías está más extendida. Y no tiene nada que ver con la riqueza material o de recursos naturales de tales países: ni los países escandinavos, ni Suiza, ni Nueva Zelanda, ni Singapur, ..., tienen siquiera un pequeño porcentaje de la riqueza natural de Venezuela, Rusia o Irán, o de Nigeria por irnos a un extremo. Y el grado de competitividad y de bienestar medio de su población, ni que decir tiene, es muy superior en aquellos países que en éstos.

Por cierto, y por ponernos donde nos corresponde, España está en el puesto 28, con un 6,5/10 en materia de percepción de corrupción, en 2008, según

¹⁷ <http://www.diariolatino.com/es/20070926/internacionales/47511/>

Transparencia Internacional. El Banco Mundial nos sitúa en el puesto 29 en materia de Competitividad Global¹⁸. Por supuesto, no es casualidad que el lugar que se ocupa en transparencia (o lucha contra la corrupción) prácticamente coincida con el que se ocupa en competitividad (lo que, por otra parte, suele coincidir y, a largo plazo, necesariamente coincidirá, con el ranking de riqueza): no sólo le ocurre a España, sino a buena parte de los países.

De hecho, como recoge Luis Martí¹⁹, el Banco Mundial “empeñado en su misión de alivio de la pobreza en el mundo..., crea otra variable-objetivo intermedia, la lucha anticorrupción (...) El Banco trabaja con la hipótesis de que la corrupción es un freno al desarrollo, de manera que al perseguir el objetivo intermedio de lucha contra la corrupción se estará también impulsando el objetivo principal...”. Aunque, como señala este autor acertada y originalmente, “verificar la hipótesis (de que la corrupción es un freno al desarrollo) no resulta fácil cuando se contempla el largo período de crecimiento sostenido que registran varias economías asiáticas cuyos indicadores de corrupción son bien poco ejemplares. Es inadmisibles eludir la cuestión recurriendo al *counterfactual* de que, si esos países no tuviesen corrupción, habrían alcanzado tasas de inversión todavía más elevadas. El hecho es que esos países están consiguiendo reducir la pobreza...” Pero habría que preguntarse si esa reducción de pobreza es en términos macroeconómicos solamente o si redundará en beneficio generalizado de su población. Y, en todo caso, como el propio autor señala, “diversos análisis empíricos permiten suponer que existe alguna relación entre desarrollo y corrupción, y que no es precisamente positiva, pero las líneas de causalidad, que dictarían a su vez las vías de intervención, distan de ser bien conocidas”. En nuestra opinión, el que no se identifique con claridad cómo afecta la corrupción a la economía en nada empaña el hecho de que sí afecta, pues es una realidad estadística obstinada. Y, de otra parte, el problema que denuncia Martí, de no ver clara esa relación o el mecanismo de esa relación, posiblemente en alguna medida se corresponda únicamente con una cierta impaciencia: es verdad que algunas economías asiáticas crecen de manera sostenida pese a su corrupción pero, ¿desde hace cuánto y hasta cuándo? Y, además, ¿a qué porcentaje de su población beneficia?

5.2. Para las empresas españolas

En una primera reflexión, tal vez correcta pero simplista, puede parecer ingenuo intentar resistir la tentación de la corrupción en países donde tradicionalmente lo que nosotros entendemos por corrupción es visto simplemente como la manera normal de hacer negocios. Puede parecer que es condenarnos a no vender un euro en tales países y a enfrentarnos incluso con acusaciones,

¹⁸ Véase el listado completo en <http://www.weforum.org/pdf/gcr/2008/rankings.pdf>.

¹⁹ Martí, Luis: “Lucha contra la corrupción: la propuesta reconvertida del Banco Mundial” (ARI número 61/2007, de 30/05/2007, Real Instituto Elcano), en <http://www.realinstitutoelcano.orgn:9081/wps/portal/rielcano>

como mejor defensa del corrupto frente a la imputación. Y, sin embargo, existen ventajas evidentes en caso de ser capaces de resistir esas tentaciones. Y, desde luego, evitamos ciertos riesgos. Analicémoslos muy someramente²⁰:

“a) *Beneficios:*

- *Tener reputación como empresa que funciona con ética aumenta las posibilidades de ser seleccionado como suministrador (o proveedor) de grandes multinacionales (especialmente norteamericanas y, poco a poco, de otros países, especialmente españolas, donde empieza a haber empresas cotizadas que exigen a sus proveedores y suministradores que certifiquen, asumiendo responsabilidad en caso de falsedad, que no emplean métodos corruptos, ni a menores de edad, que practican políticas de igualdad de trato por razones de sexo u otras, etc.) para su cadena de suministro, y un mejor acceso a los mercados internacionales.*
- *Un historial de integridad incrementará las oportunidades de tener contratos con (nuestro o de países de nuestro entorno) el Gobierno (o con otras administraciones públicas o empresas u organismos dependientes de los mismos).*
- *Con el establecimiento de un buen programa (interno, de la empresa) anti-corrupción, nuestro negocio y nuestros asociados estarán mejor protegidos contra sanciones legales, pérdidas de licencias y aparición en “listas negras” (no obstante, este beneficio, para realmente serlo, requeriría del gobierno que aplique tales sanciones una seriedad y voluntad proscriptora que no siempre existe, si la corrupción entre la empresa y el funcionario se produce a alto nivel del gobierno en cuestión, o de forma muy generalizada, lo que lamentablemente ocurre en bastantes países).*
- *Si nos planteamos la posibilidad de vender nuestro negocio, una buena reputación lo hará más atractivo para un adquirente (aunque, a qué engañarnos, un historial de buenas ventas, con volumen, márgenes operativos, rentabilidad, etc, para muchos potenciales compradores puede ser visto como más atractivo, y rara vez y difícilmente —salvo que permanezca el personal clave que también fuese vendedor— se va a incluir como contingencia penalizable en el contrato de adquisición el hecho de que las ventas bajen en años sucesivos a partir del cambio de control de la sociedad).*
- *Un negocio con estándares de ética es un buen lugar para trabajar y animará unas buenas relaciones laborales y una buena moral.*
- *Nuestro negocio será más atractivo para organizaciones financieras (especialmente si se trata de organizaciones multilaterales, públicas o semipúblicas, o con gran cercanía a lo político de países desarrollados, como el Banco Mundial, el Banco Inter-Americano de Desarrollo, etc).*

²⁰ La enumeración en cursiva, en inglés en el original, se puede encontrar en “Business Principles for Countering Bribery”, Small and Medium Enterprise (SME) Edition, Transparency International, 2008. Se puede consultar en la web de esta organización, www.transparency.org. Los comentarios entre paréntesis y en letra normal son nuestros.

- *Nosotros, y no quien pague o reciba sobornos, tendremos el control de las decisiones de nuestro negocio* (esta es, en nuestra opinión, la más importante de las ventajas: venderemos más o menos, trabajaremos más o menos, ganaremos más o menos, pero lo controlaremos nosotros; nuestro resultado será real y no artificial —y por ende poco sostenible—; no seremos susceptible de “chantaje” comercial o económico por esa causa; no nos veremos “forzados” a repetir esas actuaciones, acaso cada vez dando más dinero —y por ende deteriorando nuestros beneficios— para mantener los resultados o el crecimiento). *Nuestra organización ahorrará dinero que, de otra forma, podría ser despilfarrado en sobornos, regalos y estímulos.*
- b) *Evitación de riesgos:*
 - *El soborno es ilegal en la mayor parte de los países* (si bien el que sea ilegal no significa que en todos ellos se persiga, y de hecho hay muchas posibilidades de que en aquellos países en que la corrupción está muy presente, aunque la legislación sea muy estricta, no llegue a aplicarse o se aplique de manera laxa. Precisamente por esto es extraordinariamente importante que los países más desarrollados, en lo económico, en lo democrático y aun en lo moral —dicho sea esto con todas las dudas y matizaciones que se quiera—, tengan leyes que sancionen actuaciones corruptas en el extranjero por parte de sus nacionales, y que realmente las apliquen en serio, pues con frecuencia será el único lugar donde alguien podría ser sancionado por corrupción. Por poner un ejemplo, si un alemán paga a un funcionario de cierto país hispanoamericano —ejemplo ficticio por supuesto— para facilitar un contrato para el suministro de equipamiento ferroviario, es estadísticamente más probable que ese empresario alemán sea sancionado en Alemania que en el aludido país hispanoamericano), *y por tanto supone una infracción que conlleva severas sanciones financieras e incluso el riesgo de prisión para los administradores y directivos responsables* (además, conviene aclarar que los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos —D&O, en la jerga aseguradora— no cubren este tipo de sanciones, por supuesto).
 - *Incluso si el país en que operamos o en el que vendemos no tiene leyes anticorrupción, podríamos también estar vendiendo en otros países que puedan aplicarnos sanciones por corrupción.*
 - *Hay un cierto número de iniciativas globales trabajando para eliminar la corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC, que entró en vigor en 2005, es el primer convenio global que cubre todas las formas de corrupción y aumentará de importancia a medida que devenga ley y sea ejecutado. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lucha contra el soborno en los negocios internacionales por medio de su Convenio anticorrupción. Ha devenido ley en 37 países que han firmado la Convención, y acusaciones de soborno pueden*

ser planteadas ante sus correspondientes embajadas. Como el mismo Convenio establece, “la corrupción ya no es negocio como de costumbre”.

- *Si deseamos realizar negocios con las cadenas de suministro de grandes multinacionales, querrán saber si tenemos algún programa de anticorrupción, porque las compañías multinacionales (entendiendo por tales, sobre todo, las que cotizan en bolsa, dado que los organismos de supervisión —CNMV en el caso español, la SEC para los estadounidenses y para algunas empresas españolas que también cotizan en EE.UU.—, etc., al igual que los auditores y otros, se ocupan de manera especial de las sociedades cotizadas, que tienen que seguir una normativa específica mucho más estricta, lo que se justifica por la idea, real, de que en caso de actuar de manera impropia pueden causar un daño elevado a un número potencialmente infinito de personas, pues además de empleados, acreedores, público en general, administraciones, etc., esto es, además de los grupos de interés o *stakeholders* propios de toda gran empresa, pueden afectar a un número casi ilimitado de accionistas o *shareholders*) están sujetas a leyes específicas y exigencias de transparencia que alcanzan a sus suministradores. Muchas grandes compañías ahora tienen procedimientos de revisión y, si no tenemos un programa anticorrupción, nuestro negocio es menos susceptible de ser seleccionado, o bien tendremos que adaptarnos a sus programas.*
- *Una sanción por soborno puede significar pérdida de licencias de exportación, además de grandes multas (lo que de nuevo dependerá de los diferentes países en la letra y, sobre todo, en la práctica).*
- *El soborno manchará nuestra empresa y acarreará la inevitable pérdida de reputación e incluso la inclusión en listas negras de ciertas organizaciones. Bancos, auditores y abogados están obligados a reportar cualquier anotación inexplicada o irregular, de conformidad con la legislación contra el lavado de dinero y contra el terrorismo (de todas formas, con ser totalmente cierta esta afirmación, tampoco podemos olvidar que en ocasiones una empresa puede sufrir una acusación infundada de corrupción; y ello podría ocurrir especialmente en países corruptos, claro. Contra eso lo único que se puede oponer es un intachable historial que haga menos creíble la acusación, además de políticas y protocolos internos explícitos y publicados que permitan disminuir o incluso eliminar las posibilidades de estar cerca de circunstancias que posibiliten esas falsas acusaciones (la vieja idea de que no sólo hay que ser ético, sino parecerlo). Fuera de ello, la otra posibilidad es tomar la decisión de no operar o vender en un cierto país, lo que posiblemente sea excesivo y nos penaliza tanto a nosotros como a los habitantes de ese país que ven como disminuye la competencia de la que se pueden beneficiar).*
- *Las decisiones de negocio influidas por la corrupción no se basan en un sentido del negocio y probablemente llevarán a peores resultados. El dinero desperdiciado en sobornos es una pérdida para la organización y, una vez nos deslizamos por la senda de la corrupción, será más difícil volver atrás”.*

Además de todo lo anterior, se falsea la competencia, concepto éste el de la competencia que beneficia a los países, a las personas que viven en ellos y reciben un servicio o producto, y a las empresas que invierten en I+D+i, que gestionan eficazmente y con eficiencia, etc. Por lo tanto, recurrir al recurso “fácil” de la corrupción, a medio plazo nos dejará fuera del mercado porque difícilmente resistiremos la tentación de dejar de invertir en eficiencia, en investigación, en hacer las cosas bien (todo lo cual requiere esfuerzo, tiempo, dinero, recursos, a veces sin garantía alguna de éxito) cuando tan “fácil” es asegurarse el “éxito” de manera expeditiva.

VI. CONCLUSIONES

Posiblemente nos hayamos alargado en exceso en las páginas anteriores. Intentaremos, pues, que las conclusiones en efecto sean tales —y breves— y no reflexiones añadidas o repetitivas:

1. La normativa sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales es de origen anglosajón, se desarrolla gracias a convenios internacionales y, por lo que se refiere a España, es básicamente penal, reciente y “manifiestamente mejorable”.
2. La colaboración de las propias empresas afectadas es fundamental. La autorregulación existe, con probabilidad, casi únicamente en las sociedades cotizadas, y con frecuencia se queda en el campo de las declaraciones de principios, bajando de manera menos sólita a la regulación precisa, concreta, taxativa.
3. La corrupción es una de las razones por las que muchos países, algunos de ellos de grandes riquezas naturales, no acaban de prosperar: sus recursos se despilfarran en vez de destinarse de manera eficiente a mejorar la situación de tales países y de sus habitantes.
4. Los países con los que las empresas españolas exportadoras trabajan son, con frecuencia, algunos de los que suspenden en las investigaciones independientes (criticables o discutibles en algunos casos y matices) sobre corrupción real o percibida, por lo que esta cuestión desde luego nos afecta como país exportador (aunque seamos más importador que exportador, dada nuestra balanza comercial). Una buena manera de cooperar al desarrollo de esos países podría ser mejorar nuestra lucha contra la corrupción, en la medida en que nos sea posible, en tales países y a través o en relación con nuestras empresas exportadoras.
5. La corrupción en las transacciones internacionales no sólo perjudica a los países en que tiene lugar. Perjudica también a las empresas que la practican, especialmente a medio y largo plazo.
6. Una mayor labor de concienciación, educativa, y reguladora, tanto en las empresas como en las administraciones públicas españolas, es posible y sería de agradecer en esta materia.