

COMPENDIO **ICC** DE INTEGRIDAD EMPRESARIAL



COMPENDIO **ICC** DE INTEGRIDAD EMPRESARIAL

Preparado por la Comisión de ICC
de Responsabilidad Corporativa
y Lucha contra la Corrupción

ICC agradece a ICC México y ICC Spain la realización de esta traducción.



Indiana 260, piso 5, oficina 508
Colonia Ciudad de los Deportes
CP 03710 Ciudad de México
ygonzalez@iccmex.org.mx
www.iccmex.mx



Av. Diagonal, 452-454
08006 Barcelona, España
iccspain@cambrabcn.org
www.iccspain.org

Copyright © 2017

Cámara de Comercio Internacional (ICC)

ICC posee todos los derechos de copyright y de propiedad intelectual de esta obra, a menos que se indique de otro modo, y anima a reproducirla y difundirla conforme a lo siguiente:

- Debe citarse a ICC como fuente y como titular de los derechos de autor, mencionando el título del documento, © Cámara de Comercio Internacional (ICC), y el año de publicación si está disponible.
- Debe obtenerse autorización expresa por escrito para llevar a cabo cualquier modificación, adaptación o traducción, para cualquier uso comercial o para cualquier uso que implique que otro organismo o persona es la fuente de la obra o está asociado con ella.
- La obra no puede reproducirse ni facilitarse en sitios web a menos que sea mediante un enlace a la página web correspondiente de ICC (no directamente al documento).

El permiso puede solicitarse a ICC en la dirección ipmanagement@iccwbo.org.

Traducción de Jaume Quintanilla Guinot.

Prefacio

Para la Cámara de Comercio Internacional es un orgullo presentar el *Compendio ICC de integridad empresarial*, que reúne, por primera vez, todas sus guías y normas de prevención de la corrupción y de responsabilidad corporativa en una única publicación.

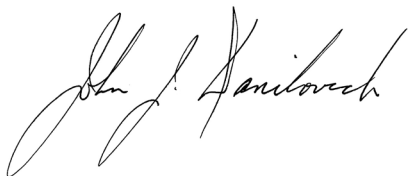
El objetivo del *Compendio ICC de integridad empresarial* es facilitar, en un formato práctico y fácil de utilizar, todas estas herramientas de ICC, indispensables para las empresas de todo el mundo que, con independencia de su tamaño, tengan la determinación de gestionar sus negocios de forma ética y responsable.

ICC ha defendido durante mucho tiempo el decisivo papel que desempeña el cumplimiento de las empresas mediante el uso de normas autoimpuestas, reconociendo a la vez la responsabilidad primera de los organismos internacionales y de los gobiernos nacionales en la lucha contra la corrupción y en el fomento de la conducta empresarial responsable.

ICC fue la primera organización empresarial que dictó normas contra la corrupción, con la publicación, ya en 1977, de las *Reglas ICC para combatir la corrupción y el soborno*. Desde entonces hemos desarrollado un sólido conjunto de normas y directrices de carácter práctico, elaborado por las empresas y para las empresas, para obrar con responsabilidad.

Deseamos agradecer a los miembros de la Comisión de ICC de Responsabilidad Corporativa y Lucha contra la Corrupción su dedicación al desarrollo de estas normas y directrices de ICC y, especialmente, al vicepresidente de dicha comisión, François Vincke.

Esperamos que el *Compendio ICC de integridad empresarial* sea una herramienta de consulta indispensable para la dirección, los responsables del cumplimiento, los abogados y todas las personas que trabajan en la prevención de la corrupción y en la conducta empresarial responsable. También agradecemos la opinión que recibamos de usuarios y lectores, que nos permitirá seguir mejorando esta publicación.



John Danilovich
Secretario General
Cámara de Comercio Internacional

Índice

Prefacio	3
Introducción	7
Glosario	10
Reglas ICC para combatir la corrupción	15
Introducción	15
I Reglas anticorrupción	16
II Políticas corporativas para apoyar el cumplimiento de las reglas anticorrupción	17
III Elementos de un programa de cumplimiento corporativo eficiente	21
Guía ICC para el abastecimiento responsable	25
Introducción al abastecimiento responsable	25
Seis medidas para un abastecimiento responsable	26
Las lagunas en la cadena de suministro	30
Avanzar en el abastecimiento responsable	31
RESIST	35
Directrices ICC sobre agentes, intermediarios y otros terceros	99
Introducción	99
Reglas de ICC relativas a terceros	101
Selección del procedimiento de diligencia debida	101
Alcance de la diligencia debida	103
Procedimiento de diligencia debida	104
Señales de alarma contra el soborno	108
Aprobación de operaciones con terceros	110
Acuerdo previo por escrito de servicios prestados por terceros	110
Sensibilización de terceros y formación de empleados	113
Supervisión de las actividades del tercero	114
Pagos a terceros y mantenimiento de registros	114
Diligencia debida ICC a terceros contra la corrupción.	
Guía para pequeñas y medianas empresas	117
Introducción	117
Fundamentos: la Ley	121
Realización de la diligencia debida	130
Qué hacer con el resultado	140
Salvaguardias estándar	144

Anexo A	148
Anexo B	152
Directrices ICC para la denuncia de irregularidades	159
Introducción	159
Directrices	163
Directrices ICC sobre obsequios y hospitalidad	167
Introducción	167
Definición de los términos empleados en estas directrices	168
Cláusula ICC contra la corrupción	173
Nota introductoria sobre la aplicación y el propósito general y estructura de la Cláusula	173
Cláusula ICC contra la corrupción	174
Comentarios sobre la Cláusula ICC contra la corrupción	178
Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011	188
Comisión de ICC de Responsabilidad Corporativa y Lucha contra la Corrupción	193

Introducción

1. UN PAPEL PIONERO

ICC, la organización empresarial mundial, ha encabezado los esfuerzos para conseguir un comportamiento más íntegro en la actividad empresarial, al considerar que sólo un sistema libre de corrupción permitirá que todos sus participantes compitan en igualdad de condiciones. ICC también ha sido pionera en reivindicar el empeño de la comunidad empresarial de actuar con responsabilidad, teniendo en cuenta los derechos humanos, las demandas sociales y las cuestiones medioambientales al hacer negocios.

ICC hace hincapié en el papel fundamental del cumplimiento y de la responsabilidad corporativa mediante el uso de normas autoimpuestas, reconociendo a la vez el cometido básico de los organismos internacionales y de los gobiernos nacionales en la lucha contra las prácticas corruptas y en favor de la responsabilidad corporativa.

El cumplimiento empresarial de estrictas normas autorreguladoras y de propuestas precisas ayudará a las empresas a cumplir con sus obligaciones legales de un modo más natural, eficaz y sostenible. Por ello, se recomienda encarecidamente que adopten e implanten sus propios programas de cumplimiento corporativo.

2. CONVENIOS INTERNACIONALES CLAVE CONTRA LA CORRUPCIÓN

ICC fue la primera organización empresarial que redactó normas contra la corrupción, con la publicación en 1977 de las *Reglas para combatir la corrupción y el soborno* (las “Reglas de ICC”). Se actualizaron en 1996, 1999, 2005 y 2011 para reflejar la aprobación de leyes e instrumentos jurídicos internacionales clave, como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ambas se consideran hitos fundamentales en la lucha contra la corrupción, y su aprobación, aplicación y cumplimiento han obtenido el firme apoyo del conjunto de la comunidad empresarial.

3. CODIFICACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES

El objetivo de ICC al publicar las *Reglas para combatir la corrupción* también era facilitar a las empresas directrices precisas y prácticas sobre la puesta en marcha, de forma voluntaria, de procedimientos y mecanismos eficaces, con actuaciones concretas contra la corrupción y la extorsión. Por lo tanto, las directrices de ICC publicadas son de carácter general, y constituyen lo que se considera buenas prácticas comerciales, pero carecen de efectos jurídicos prescriptivos.

4. LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ICC

Para fomentar todavía más la integridad empresarial, ICC ha publicado cuatro ediciones de *Ethics and Compliance Training Handbook*, una publicación diseñada por las empresas y para las empresas que incluye directrices concretas en materia de ética y cumplimiento. En línea con este manual, ICC publicó en marzo de 2017 *ICC Ethics and Compliance Training for Anti-corruption* para sus comités nacionales, con el fin de que se utilizara en la formación presencial en diferentes contextos nacionales.

5. LA NECESIDAD DE UN COMPENDIO

En respuesta al interés genuino de muchas empresas de contar con una publicación completa en la que se incluyeran las herramientas y recomendaciones de ICC en el área de la lucha contra la corrupción, la Comisión de ICC de Responsabilidad Corporativa y Lucha contra la Corrupción ha preparado el *Compendio ICC de integridad empresarial* (el “Compendio”) para fomentar la ética en la conducta y la responsabilidad corporativa.

El Compendio recopila las herramientas autorreguladoras que expertos y profesionales empresariales internacionales, procedentes de todos los sectores industriales, comerciales y financieros, han desarrollado durante las últimas décadas. Estas herramientas reflejan las mejores prácticas internacionales y ofrecen orientación a todo tipo de empresas, desde las pequeñas y medianas empresas (pymes) hasta las multinacionales. Las recomendaciones expuestas en el *Compendio ICC de integridad empresarial* no son prescriptivas y no reemplazan a las leyes ni a los reglamentos estatales, sino que pretenden facilitar orientaciones concretas sobre la implantación de requisitos legales y éticos en el mundo empresarial moderno.

Los textos originales, tal como los aprobaron los órganos rectores de ICC, se han adaptado, cuando ha sido preciso, con el objetivo de armonizar la terminología clave que aparece en el glosario al principio de la obra.

Los diferentes documentos que aparecen en el *Compendio ICC de integridad empresarial* han sido distribuidos, leídos y comentados en todo el mundo. Todos se escribieron originalmente en lengua inglesa y muchos de ellos, para aumentar aún más el radio de las recomendaciones de ICC en el área de la integridad empresarial, se han traducido a otros idiomas y pueden obtenerse en el sitio web de ICC.

6. ÉTICA Y CUMPLIMIENTO: UNA LABOR EN CURSO

Luchar contra la corrupción y crear un más fuerte sentido de responsabilidad corporativa y de buen gobierno es un proceso continuo y exige un esfuerzo sostenido a todas las partes implicadas, ya sean funcionarios públicos o gente de negocios, y en todos los niveles del mundo corporativo. ICC se compromete a participar en esta labor ingente a través, especialmente, de la concienciación internacional sobre el papel de las empresas en este proceso.

7. LA RED DE ICC PARA LA ÉTICA Y EL CUMPLIMIENTO

La voluntad de ICC de fomentar la integridad empresarial en todo el mundo está reforzada por la implicación de sus comités nacionales, a escala local, para crear una red global de ética y cumplimiento que ayude a las empresas con independencia de su tamaño. En los comités nacionales existen subcomités de responsabilidad corporativa y de lucha contra la corrupción, muy dinámicos, que amplían el impacto y el alcance del programa de integridad empresarial de ICC gracias a sus logros e iniciativas.

Esta obra ha sido posible gracias a la cooperación entusiasta de los comités nacionales de ICC, de las compañías afiliadas y de excelentes expertos empresariales cuyo compromiso y dedicación han sido decisivos en la publicación de estas innovadoras y prácticas herramientas contra la corrupción. Nuestro sincero reconocimiento a todas las personas que han colaborado en ella, por el valioso esfuerzo invertido en ayudar a las empresas a comportarse con ética y responsabilidad.

Preparar el *Compendio ICC de integridad empresarial* ha exigido una dedicación firme e intensa a un reducido equipo de personas. ICC desea expresar su agradecimiento a François Vincke, Viviane Schiavi y Caroline Inthavisay.

Glosario

Para evitar repeticiones innecesarias, las definiciones de los términos a los que se hace referencia en los documentos se reúnen en este glosario.

Blanqueo del producto (*laundering the proceeds*) del **soborno**, la **extorsión** o la **instigación al delito** o el **tráfico de influencias** es ocultar o disimular el ilícito origen, fuente, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de los bienes, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Los **conflictos de interés** (*conflicts of interest*) surgen cuando los intereses privados de un particular o de particulares cercanos a él difieren de aquellos de la organización a la que pertenece el particular. Los conflictos de interés constituyen una forma específica de corrupción en la que un particular se otorga un beneficio indebido al ejercer su poder de decisión en beneficio propio (o en el de la persona cercana a él). Los conflictos de interés más habituales son contratar a familiares o favorecerlos como proveedores de bienes o servicios.

Consejo de Administración (*Board of Directors*) se refiere al órgano que ejerce la responsabilidad última en una empresa.

Contratistas (*Contractors*) y **proveedores** (*Suppliers*) forman parte de la cadena de suministro de la empresa, conectando a proveedores de materiales o componentes, fabricantes, distribuidores o minoristas, y acabando en el consumidor. La externalización de ciertas funciones –por ejemplo, a socios locales– puede ser utilizada por la empresa como sistema para evitar su implicación directa en zonas especialmente expuestas a la corrupción.

Corrupción (*Corruption*) o **práctica(s) corrupta(s)** (*Corrupt practice/s*) son términos que a veces se utilizan de modo restrictivo como sinónimos de soborno, y a veces de modo extensivo para expresar cualquier quebranto de la integridad. La corrupción incluye el soborno, la extorsión o la instigación al delito, el tráfico de influencias y el blanqueo del producto de estas prácticas.

Corrupción del sector privado, corrupción privada, corrupción de particular a particular o soborno comercial (*Private sector Corruption, Private Corruption, Private-to-Private Corruption or Commercial Bribery*) es toda forma de corrupción o soborno en que el propósito del soborno es incitar a un particular, como un administrador, directivo o empleado de una empresa del sector privado, a que incumpla sus obligaciones hacia dicha empresa.

Corrupción del sector público o corrupción pública (*Public sector Corruption or Public Corruption*) es toda forma de corrupción en que el propósito del soborno es obtener un beneficio indebido de un acto u omisión de un funcionario público en relación con sus obligaciones públicas.

Empresa (*Enterprise*) se refiere a toda persona o entidad, constituida o no, que desarrolla actividades mercantiles y otras actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, incluida toda entidad controlada por un estado o una subdivisión territorial del mismo; incluye las sociedades matrices y sus filiales controladas.

Empresas conjuntas (*Joint Venture*) o **miembros de un consorcio** (*Consortium Partners*) son los socios de una empresa en un proyecto o actividad específicos. Las empresas conjuntas o los acuerdos de consorcio pueden adoptar la forma de asociación o de empresa subsidiaria conjunta. Con todo, pueden ser utilizadas como un subterfugio para la corrupción, especialmente cuando interviene un socio local en un país que presenta un alto riesgo de corrupción.

Extorsión (*Extortion*) o **instigación al delito** (*Solicitation*) es la exigencia de un soborno, vaya o no acompañada de una amenaza si se rechaza.

Un **funcionario público** (*Public Official*) es toda persona que ocupa un cargo legislativo, administrativo o judicial en cualquier nivel del gobierno, nacional o local. Los empleados públicos internacionales (*international civil servants*) también son funcionarios públicos. Los empleados de empresas públicas (empresas sobre las que el gobierno ejerce una influencia dominante) son funcionarios públicos a menos que la empresa opere en condiciones comerciales en su mercado como una empresa privada. Los empleados de una empresa privada que realicen una actividad en interés privado, como inspecciones aduaneras o tareas delegadas relacionadas con la contratación pública, también se consideran funcionarios públicos en este respecto.

Funcionario público extranjero (*Foreign Public Official*) significa todo funcionario (persona que ocupa un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido) que ejerce una función pública para un país extranjero, incluyendo los organismos públicos o las empresas públicas, y todo funcionario o agente de una organización internacional pública.

Hospitalidad (*Hospitality*) significa toda forma de atención social, entretenimiento, viajes o alojamiento, o invitaciones a actos deportivos o culturales.

Instigación al delito (*Solicitation*) o **extorsión** (*Extortion*) es la exigencia de un soborno, vaya o no acompañada de una amenaza si se rechaza.

Obsequio (*Gift*) significa todo pago, gratuidad, gratificación, regalo o beneficio, pecuniario o no, ofrecido, prometido, dado o recibido, sin ninguna compensación material o inmaterial directa o indirecta.

Los **pagos de facilitación** (*Facilitation Payments*) son pagos de poco valor, no oficiales e impropios que se hacen a un funcionario de bajo nivel para asegurar o agilizar la realización de una acción de rutina o necesaria a la cual el pagador del pago de facilitación tiene legalmente derecho. Es una forma generalizada de soborno, a pesar de ser ilegal en casi todos los países.

El **soborno** (*bribery*) es la oferta, promesa, entrega, autorización o aceptación de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otro tipo, a, por o para un funcionario público, a nivel internacional, nacional o local, un partido político, funcionario de un partido o candidato a un cargo político, y un administrador, directivo o empleado de una empresa, o cualquier otra persona, a fin de obtener o mantener un negocio u otro beneficio indebido, por ejemplo, en relación con la adjudicación de un contrato, público o privado, permisos reglamentarios, impuestos, aduanas o procedimientos judiciales y legislativos.

El soborno a menudo incluye (i) una comisión ilícita (*kickback*), por una parte del pago del contrato, al gobierno o a funcionarios de un partido o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes cercanos, amistades o socios comerciales o (ii) el uso de intermediarios tales como agentes, subcontratistas, consultores u otros terceros, para canalizar pagos al gobierno o a funcionarios de un partido, o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes, amistades o socios comerciales.

El soborno tiene un significado más reducido que la **corrupción**, que a veces se utiliza para incluir prácticamente cualquier quebranto de la integridad.

El **soborno** (*bribe*) puede consistir en dinero o en cualquier otro beneficio, como obsequios caros, descuentos, exención de tarifas, tarifas infladas en un contrato de consultoría, el precio excesivo de un artículo, un cargo para la persona sobornada o para alguien cercano, un tratamiento médico o unas vacaciones.

Socios comerciales (*Business Partners*) es un término utilizado para referirse a cualquier parte asociada con otra en el desarrollo de la actividad empresarial; el término incluye (i) a terceros y (ii) a empresas conjuntas y miembros de un consorcio, así como (iii) a contratistas y proveedores.

Los **terceros** (*Third Parties*) son personas o entidades sujetas al control o la influencia determinante de una empresa, incluyendo, entre otras, a agentes, consultores para el desarrollo de negocios, representantes de ventas, agentes aduaneros, consultores generales, revendedores, subcontratistas, franquiciados, abogados, contadores u otros intermediarios, que actúan en nombre de la empresa, a menudo en relación con la mercadotecnia o las ventas, la negociación de contratos, la obtención de licencias, permisos u otras autorizaciones, u otras acciones que benefician a la empresa o como subcontratistas en la cadena de suministro.

Tráfico de influencias (*Trading in influence*) es la oferta o la solicitud de un beneficio indebido para ejercer una influencia impropia, real o supuesta, con el fin de obtener de un funcionario público un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.

Introducción

Estas Reglas de ICC están concebidas como un método de autorregulación empresarial en el marco de la legislación nacional aplicable y de los instrumentos jurídicos internacionales. Su aceptación voluntaria por parte de las empresas promoverá altos estándares de integridad en las transacciones comerciales, ya sea entre empresas y organismos públicos o entre las mismas empresas. Las reglas desempeñan un papel importante para ayudar a que las empresas cumplan con sus obligaciones jurídicas y con las múltiples iniciativas anticorrupción a nivel internacional. También proporcionan una base apropiada para resistirse a los intentos de extorsión o de solicitud de sobornos.

Estas Reglas son de carácter general y constituyen lo que se considera una buena práctica comercial. Son reflejo de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables y deben ser leídas con arreglo a éstos.

Todas las empresas deben someterse a las leyes y reglamentos de los países en los que están establecidas y operan, y han de respetar tanto la letra como el espíritu de estas Reglas.

Los *Contratos modelo de ICC* contienen referencias a la Parte I de estas Reglas. Se exhorta a todas las empresas por igual a incorporar, en su totalidad o por remisión, la Parte I de estas Reglas en sus contratos comerciales, a fin de evitar que sus relaciones contractuales puedan verse afectadas por cualquier forma de corrupción.

Se aconseja a las empresas que colaboren entre sí y también con las iniciativas internacionales, regionales y sectoriales pertinentes para la promoción y desarrollo de las prácticas reflejadas en estas Reglas. Se las anima, además, a cooperar con las autoridades policiales, nacionales y extranjeras, que lleven a cabo investigaciones relacionadas con la corrupción. También se insta a las empresas a que se opongan a la extorsión o a la solicitud de sobornos utilizando, por ejemplo, herramientas como RESIST.

Aunque estas Reglas no varían en función del tamaño de la empresa o de la naturaleza de sus actividades, su aplicación tendrá que adaptarse con arreglo a la evaluación de riesgos y, especialmente, al tipo de negocios llevados

¹ La edición de 2011 (publicada por primera vez en 1977) se encuentra disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-rules-on-combatingcorruption/>

a cabo por las pequeñas y medianas empresas. El éxito de estas Reglas de ICC dependerá de las “pautas de ejemplaridad”, la actitud al más alto nivel: debe transmitirse un mensaje claro, desde la presidencia del Consejo de Administración (o desde el organismo que ejerza la responsabilidad última en la empresa) o desde la dirección general, de que la corrupción está prohibida y de que se aplicará un programa corporativo de cumplimiento eficiente. La implicación de todos los empleados de la empresa es también esencial.

Estas Reglas de ICC constan de tres partes. La Parte I enuncia las reglas propiamente dichas, la Parte II aborda las políticas que las empresas deberían adoptar para apoyar el cumplimiento de las Reglas y la Parte III relaciona los elementos sugeridos de un programa de cumplimiento corporativo eficiente.

I Reglas anticorrupción

ARTÍCULO 1

Prácticas prohibidas

Las empresas prohibirán el soborno, la extorsión o la instigación al delito, el tráfico de influencias y el blanqueo del producto de las citadas prácticas corruptas, en todo momento y bajo cualquier forma, en relación con funcionarios públicos a nivel internacional, nacional o local, con partidos políticos, funcionarios de un partido o candidatos a un cargo político, y con administradores, directivos o empleados de una empresa, tanto si se participa en dichas prácticas directa como indirectamente, e incluso a través de terceros.

Las empresas se opondrán a todo intento de extorsión o instigación al delito y se las exhorta a reportar dichos intentos a través de los mecanismos de reporte formales o informales que estén disponibles, a menos que tal reporte se considere contraproducente en función de las circunstancias.

ARTÍCULO 2

Terceros

En relación con los terceros, las empresas deberán instruirles para que no participen ni toleren que ellas participen en ningún acto de corrupción; no utilizarlos como canal para ninguna práctica corrupta; contratarlos sólo en la medida que sea apropiado para el desarrollo normal del negocio de la empresa, y no pagarles más de la remuneración apropiada por los servicios legítimos proporcionados.

II Políticas corporativas para apoyar el cumplimiento de las reglas anticorrupción

ARTÍCULO 3

Socios comerciales

- A.** Las empresas, en lo que respecta a terceros y en la medida en que esté a su alcance, deberán:
- a. dejar claro que esperan que todas las actividades llevadas a cabo en nombre de la empresa cumplan con las políticas de ésta, y
 - b. celebrar un acuerdo por escrito con el tercero:
 - › informándole de las políticas anticorrupción de la empresa y haciendo que se comprometa a no participar en ninguna práctica corrupta;
 - › permitiendo que la empresa solicite una auditoría de los libros y registros contables del tercero realizada por un auditor independiente para verificar el cumplimiento de estas Reglas, y
 - › disponiendo que la remuneración del tercero no se pagará en efectivo y sólo se pagará en el país de constitución del tercero, (i) el país donde se encuentren sus oficinas centrales, (ii) su país de residencia o (iii) el país donde ejecuta su cometido.
- B.** Las empresas deberán asegurarse, además, de que su administración central tiene un control adecuado de la relación con terceros y, especialmente, de que mantiene un registro de nombres, condiciones de contratación y pagos a terceros, llevado por la empresa en relación con las transacciones con organismos públicos y empresas estatales o privadas. Este registro deberá estar disponible para su inspección por parte de los auditores y de las autoridades gubernamentales competentes y debidamente autorizadas, en condiciones de confidencialidad.
- C.** Las empresas, en lo que respecta a empresas conjuntas o consorcios, deberán tomar cuantas medidas estén a su alcance para asegurarse de que los socios de la empresa conjunta o del consorcio aceptan que se aplique una política coherente con estas Reglas a la empresa conjunta o al consorcio.

- D.** En lo que respecta a contratistas y proveedores, las empresas deberán tomar cuantas medidas estén a su alcance, y tanto como legalmente sea posible, para asegurarse de que cumplen con estas Reglas en sus operaciones en nombre de la empresa, o con ella, y evitarán operar con contratistas y proveedores cuando se sepa o se sospeche razonablemente que pagan sobornos.
- E.** Las empresas deberán incluir en los contratos con sus socios comerciales una disposición, como la Cláusula ICC contra la corrupción, que les permita suspender o rescindir la relación si tienen la preocupación, unilateral y de buena fe, de que el socio comercial haya actuado infringiendo la legislación anticorrupción aplicable o la Parte I de estas Reglas.
- F.** La empresa deberá realizar la apropiada diligencia debida sobre la reputación de los socios comerciales que estén expuestos a riesgos de corrupción y la capacidad de éstos de cumplir con la legislación anticorrupción en sus operaciones con la empresa o en nombre de ésta.
- G.** La empresa deberá llevar a cabo sus licitaciones de acuerdo con estándares empresariales aceptados y, en la medida que sea posible, de forma transparente.

ARTÍCULO 4

Contribuciones políticas o benéficas y patrocinios

- A.** Las empresas sólo podrán hacer contribuciones a partidos políticos, funcionarios de los partidos y candidatos, de acuerdo con la ley aplicable y los requisitos de información pública. La cuantía y el momento de las contribuciones políticas deberán revisarse para asegurarse de que no se utilizan como un subterfugio para la corrupción.
- B.** Las empresas deberán tomar cuantas medidas estén a su alcance para asegurarse de que las contribuciones benéficas y los patrocinios no se utilizan como subterfugio para la corrupción. Las contribuciones benéficas y los patrocinios deberán ser transparentes y de acuerdo con la ley aplicable.
- C.** Las empresas deberán establecer controles y procedimientos razonables para asegurarse de que no se hacen contribuciones políticas y benéficas indebidas. Debe ejercerse especial atención al revisar las donaciones a organizaciones en las que puedan estar involucradas figuras políticas prominentes o sus parientes cercanos, amistades y socios comerciales.

ARTÍCULO 5

Obsequios y hospitalidad

Las empresas deberán establecer procedimientos que cubran la oferta o recepción de obsequios y hospitalidad a fin de asegurarse de que tales situaciones: (i) cumplen con la legislación nacional y con los instrumentos internacionales aplicables, (ii) se limitan a gastos razonables y de buena fe, (iii) no afectan indebidamente, ni pueden ser percibidas como que afecten indebidamente, a la independencia de juicio del receptor hacia el donante, (iv) no son contrarios a las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor, y (v) no se ofrecen ni se reciben con demasiada frecuencia ni en un momento inadecuado.

ARTÍCULO 6

Pagos de facilitación

Los pagos de facilitación² están prohibidos en la mayoría de las jurisdicciones.

Las empresas, en consecuencia, no deberán hacer pagos de facilitación, pero se reconoce que quizá tengan que enfrentarse a circunstancias apremiantes, en las que difícilmente se pueda evitar su pago, tales como las coacciones o bien cuando se ponga en riesgo la salud, la seguridad o la protección de los empleados de la empresa.

Cuando se haga un pago de facilitación en tales circunstancias, se contabilizará con exactitud en los libros y registros contables de la empresa.

ARTÍCULO 7

Conflictos de interés

Los conflictos de interés³ deberán darse a conocer y, siempre que sea posible, evitarse, porque pueden afectar al juicio de una persona en el desempeño de sus obligaciones y responsabilidades. Las empresas deberán supervisar de cerca y regular los conflictos de interés, reales o potenciales, o su aparición, de sus administradores, directivos, empleados y agentes, y no deberán aprovecharse de los conflictos de interés de otros.

Si la actividad o el empleo previstos se relacionan directamente con las funciones que ocuparon o que supervisaron durante su mandato,

² Tal como se definen en el glosario.

³ Tal como se definen en el glosario.

no se contratará ni se ocupará en ningún cometido a ningún ex funcionario público hasta que haya transcurrido un plazo razonable desde que dejó el puesto. Cuando corresponda, se observarán las limitaciones impuestas por la legislación nacional.

ARTÍCULO 8

Recursos humanos

Las empresas deberán asegurarse de que:

- A.** las prácticas de recursos humanos, como la contratación, promoción, formación, evaluación del desempeño, remuneración, reconocimiento y ética empresarial en general, reflejan estas Reglas;
- B.** ningún empleado sufre represalias o medidas discriminatorias o disciplinarias por reportar de buena fe infracciones o sólidas sospechas de infracción de la política anticorrupción de la empresa, ni por negarse a participar en actos de corrupción, incluso cuando dicha negativa pueda acarrear una pérdida de negocio a la empresa, y
- C.** el personal clave en áreas expuestas a un alto riesgo de corrupción se forma y se evalúa con regularidad; y también debe considerarse la rotación de dicho personal.

ARTÍCULO 9

Información financiera y contable

Las empresas deberán asegurarse de que:

- A.** todas las transacciones financieras se identifican de manera adecuada y se registran apropiada y fielmente en los libros y registros contables pertinentes, disponibles para su inspección por parte de su Consejo de Administración, así como de los auditores;
- B.** no existen cuentas no registradas o secretas y de que no pueden emitirse documentos que no registren, de manera fiel y exacta, las transacciones a las que se refieren;
- C.** no se registran gastos inexistentes, o pasivos con identificación incorrecta de su objeto o transacciones inusuales que no tengan un propósito legítimo y genuino;

- D.** los pagos en efectivo o en especie se supervisan para evitar que se utilicen en sustitución de sobornos; sólo han de permitirse pequeños pagos en efectivo procedentes del fondo para gastos menores, o en países o lugares donde no haya un sistema bancario operativo;
- E.** ni la contabilidad ni otros documentos relevantes se destruyen intencionadamente antes de lo exigido por ley;
- F.** existen sistemas de auditoría independientes, ya sea a través de auditores internos o externos, diseñados para poner de manifiesto cualquier transacción que contravenga estas Reglas o las normas contables aplicables, y que proporcionan las medidas correctivas apropiadas, si se diera el caso, y
- G.** se cumplen todas las disposiciones de las leyes y reglamentos fiscales nacionales, incluyendo las que prohíben deducir cualquier tipo de pago de sobornos de la base imponible.

III Elementos de un programa de cumplimiento corporativo eficiente

ARTÍCULO 10

Elementos de un programa de cumplimiento corporativo

Cada empresa deberá implantar un programa de cumplimiento corporativo eficiente (i) que refleje estas Reglas, (ii) basado en los resultados de la evaluación periódica de los riesgos que existen en el entorno de negocios de la empresa, (iii) adaptado a las circunstancias particulares de la empresa y (iv) encaminado a prevenir y detectar la corrupción y promover la cultura de la integridad en la empresa.

Cada empresa tendrá que considerar si incluye todas o parte de las siguientes buenas prácticas en su programa. En particular, puede elegir, entre los elementos listados a continuación, las medidas que considere más adecuadas para asegurar una prevención apropiada contra la corrupción en sus circunstancias concretas, sin que tal medida sea de carácter obligatorio:

- A.** expresar un apoyo y compromiso firmes, explícitos y visibles con el programa de cumplimiento corporativo por parte del Consejo de Administración y el personal directivo de la empresa (“pautas de ejemplaridad”);

- B.** establecer una política claramente articulada y visible que refleje estas Reglas y que sea vinculante para todos los administradores, directivos, empleados y terceros y que se aplique a todas las filiales controladas, extranjeras y nacionales;
- C.** encomendar al Consejo de Administración, o a la comisión que corresponda, que realice evaluaciones de riesgo periódicas y revisiones independientes del cumplimiento de estas Reglas, y recomendar medidas o políticas correctivas, según sea necesario. Esto puede hacerse como parte de un sistema más amplio de revisiones del cumplimiento corporativo y/o evaluaciones del riesgo;
- D.** responsabilizar a las personas en todos los niveles de la empresa de cumplir con la política de ésta y de participar en el programa de cumplimiento corporativo;
- E.** designar a uno o más altos directivos (a tiempo total o parcial) para supervisar y coordinar el programa de cumplimiento corporativo, con el adecuado nivel de recursos, autoridad e independencia, que reporten periódicamente al Consejo de Administración o a la comisión que corresponda;
- F.** formular directrices, según proceda, para obtener el comportamiento requerido y para desalentar el comportamiento prohibido por las políticas y el programa de la empresa;
- G.** actuar con la adecuada diligencia debida, basándose en un enfoque estructurado de la gestión de riesgos, al seleccionar a sus administradores, directivos y empleados, así como a los socios comerciales que presenten riesgos de corrupción o de elusión de estas Reglas;
- H.** diseñar procedimientos financieros y contables para el mantenimiento fiel y preciso de los libros y registros contables, para asegurarse de que no pueden utilizarse para cometer u ocultar prácticas corruptas;
- I.** establecer y mantener sistemas apropiados de control y procedimientos de reporte, como las auditorías independientes;
- J.** asegurar la comunicación periódica interna y externa respecto a la política anticorrupción de la empresa;

- K.** proporcionar a sus administradores, directivos, empleados y socios comerciales, según proceda, orientación y formación documentada para identificar los riesgos de corrupción en las transacciones comerciales diarias de la empresa, así como formación en liderazgo;
- L.** incluir la revisión de las competencias en ética empresarial en la evaluación y promoción de la dirección y medir la consecución de objetivos no sólo según indicadores financieros, sino también según la forma en que se han alcanzado los objetivos y, específicamente, según el cumplimiento con la política anticorrupción de la empresa;
- M.** ofrecer canales para plantear, con absoluta confidencialidad, preocupaciones, buscar asesoramiento o reportar de buena fe infracciones existentes o sólidas sospechas de infracción sin temor a sufrir represalias o medidas discriminatorias o disciplinarias. El reporte puede ser obligatorio o voluntario, y puede hacerse de forma anónima o no. Todos los reportes de buena fe deberán ser investigados;
- N.** actuar ante infracciones reportadas o detectadas, adoptando las medidas correctivas y disciplinarias adecuadas, y analizando si se hace la apropiada divulgación pública de la aplicación de la política anticorrupción de la empresa.
- O.** considerar la mejora del programa de cumplimiento corporativo mediante la certificación, verificación o control externos, y
- P.** apoyar las acciones colectivas, tales como la propuesta o el apoyo de pactos contra la corrupción respecto a proyectos concretos o iniciativas anticorrupción a largo plazo con el sector público o con sus homólogos en los segmentos respectivos de negocio.

Guía ICC para el abastecimiento responsable⁴

2

Introducción al abastecimiento responsable

El abastecimiento responsable (*responsible sourcing*), también denominado “responsabilidad en la cadena de suministro”, consiste en el compromiso voluntario de las empresas de tener en cuenta aspectos sociales y medioambientales en la gestión de su relación con los proveedores.

Actualmente, esta estrategia forma parte integral de la gestión eficaz de la cadena de suministro. A medida que las cadenas de producción se expanden, las empresas, con independencia de su tamaño y del sector al que pertenezcan, dedican más esfuerzos a gestionar los riesgos de la cadena de suministro y a construir relaciones a largo plazo con sus proveedores. Mejorar el desempeño social y medioambiental en las cadenas de producción se convierte en un elemento clave de este proceso.

Como demuestra la experiencia, un incidente negativo con un proveedor puede causar una cantidad desproporcionada de publicidad adversa, que perjudicará la reputación y la imagen de marca de la empresa. Esto ha llevado a que un creciente número de empresas desarrolle y fomente prácticas de abastecimiento responsable.

De hecho, gestionar con eficacia la cadena de suministro es para las empresas una manera de generar una ventaja competitiva, especialmente en sectores en los que la producción se ha externalizado en gran medida, como la industria textil, la del calzado, la electrónica o la alimentaria.

Para muchas empresas, avanzar en la mejora de los estándares sociales y medioambientales en la cadena de suministro se ha convertido en una prolongación natural de su compromiso con la responsabilidad corporativa y, como tal, forma parte de su modelo de negocio global.

4 La edición de 2008 está disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-guide-to-responsible-sourcing/>

Seis medidas para un abastecimiento responsable

Las siguientes orientaciones muestran algunas medidas básicas que pueden adoptar las empresas para influir en el desempeño social y medioambiental de sus cadenas globales de suministro y, además, supervisarlas. Puesto que no todos los proveedores comportan riesgos, y muchos cuentan ya con buenas prácticas empresariales, la empresa tiene que centrarse en las áreas de alto riesgo y concentrar sus esfuerzos donde más se necesiten y resulte más sencillo contribuir al cambio.

MEDIDA 1: SELECCIÓN DEL PROVEEDOR

La selección cuidadosa de los proveedores es una de las mejores maneras de garantizar la continuidad y la eficiencia a largo plazo de la cadena global de suministro y, a la vez, de que perdure el apoyo a la marca.

Al escoger a un proveedor, además de tomar la decisión final basándose en los costos, las empresas a menudo tienen que evaluar diferentes materias relacionadas con la cadena de suministro: la calidad y la seguridad del producto, la continuidad del suministro y la rapidez de entrega, o la protección de la propiedad intelectual. Criterios como las condiciones laborales, las prácticas medioambientales, las normas de seguridad y las políticas de Derechos Humanos también deberían tenerse en cuenta en el proceso de selección.

Al abastecerse en países de bajos ingresos, el análisis de riesgos tiene que llevarse a cabo desde el inicio, de manera que las cuestiones laborales y medioambientales puedan identificarse con la debida antelación e integrarse en el análisis de costos y beneficios.

Como primer paso, las empresas tienen que comprobar aspectos básicos sobre la legislación social y medioambiental –y su nivel de cumplimiento– en el país productor, para poder evaluar los potenciales riesgos de producción.

MEDIDA 2: FIJACIÓN DE EXPECTATIVAS CLARAS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Al cerrar un contrato con el proveedor, las empresas deben hacerle saber que esperan que sus socios comerciales cumplan con todas las leyes y reglamentos nacionales, como los laborales y medioambientales y, según proceda,

que tengan en cuenta determinados principios que emanan de instrumentos internacionales relevantes, que a veces irán más allá de la legislación local.

Entre estos instrumentos se encuentran la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), otros convenios de la OIT, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Otra referencia útil es el Pacto Mundial y sus “10 principios”, que se ocupan de los Derechos Humanos, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

La empresa también puede adoptar un código de conducta para sus proveedores. Antes de hacerlo, ha de tener en cuenta las posibles dificultades que tendrán para cumplirlo, ante la proliferación de estos códigos y las exigencias consiguientes.

Para aligerar la carga que este cumplimiento pueda suponer a los proveedores, que a menudo son pequeñas y medianas empresas, la empresa puede optar por asociarse con alguna organización sectorial que haya desarrollado un código de conducta para los proveedores del ramo.

Como ejemplo de tales actividades, cabe citar la Iniciativa de Cumplimiento Social de la Empresa, la Coalición Ciudadana de la Industria Electrónica y la Fundación CARE del Consejo Internacional de la Industria del Juguete.

MEDIDA 3: INTEGRACIÓN DEL ABASTECIMIENTO RESPONSABLE EN LAS PRÁCTICAS DE COMPRA

Al integrar el abastecimiento responsable en sus propias prácticas de compra, la empresa debería intentar no socavar la capacidad de los proveedores de respetar las normas sociales y medioambientales. Deben evitarse prácticas ineficientes como los pedidos urgentes, los cambios de última hora o la solicitud de pedidos que rebasen la capacidad de los proveedores, que a menudo provocan que se realice una cantidad excesiva de horas de trabajo o que se cometan otras infracciones.

La empresa puede poner en marcha mejoras directas de dos maneras: (i) sensibilizando a sus responsables corporativos de compras de la repercusión que pueden tener sus decisiones en las fábricas, y (ii) fomentando más coordinación entre estos responsables, el equipo de ventas del proveedor y los centros de producción al planificar los calendarios de fabricación.

MEDIDA 4: APOYO A LOS PROVEEDORES EN LA FIJACIÓN DE SUS PROPIOS ESTÁNDARES DE NEGOCIO

Las empresas deberían animar a que sus proveedores desarrollen sus propias prácticas responsables, más que imponerles requisitos. Al obrar así, es fundamental destacar los beneficios comerciales de dichas prácticas en la calidad, productividad, renovación de contratos y reducción de la rotación de personal.

Para ayudarles a implantar los cambios, los proveedores tendrían que involucrarse directamente en la fijación de objetivos de desempeño. De este modo, pueden integrar estos objetivos en su propia estrategia de negocio, basándose en su capacidad y necesidades.

Si lo consideran conveniente, las empresas pueden formar a sus proveedores para ayudarles a mejorar sus prácticas de gestión y su desempeño. Este apoyo es parte integral de la transferencia de conocimientos que acompaña al abastecimiento. Los programas formativos para directivos y empleados pueden abordar las técnicas de supervisión, la gestión ambiental y la sensibilización en las prácticas de salud y protección.

En aquellos sectores donde los riesgos laborales, o los de salud y protección, pueden ir más allá de la cadena de suministro, la empresa también puede cooperar con sus proveedores directos para asegurarse de que los aspectos sociales y medioambientales tienen un papel, a su vez, en la relación con proveedores de segundo y tercer nivel.

MEDIDA 5: SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR

Las empresas pueden solicitar a sus proveedores que les proporcionen información completa sobre sus prácticas sociales y medioambientales. También pueden organizarse visitas *in situ* para supervisar los progresos del proveedor (o la falta de ellos) en la consecución de objetivos de desempeño sociales y medioambientales. Evaluar esta información puede convertirse en parte del análisis regular de los requisitos de negocio de la empresa, como el control de calidad.

Para que el control del desempeño sea realmente eficaz, las empresas deberían involucrar a los directivos y a los trabajadores de la fábrica proveedora en la supervisión, y proporcionarles la formación y las herramientas necesarias para desarrollar su propio sistema de cumplimiento e identificar problemas.

Adoptar un enfoque basado en el riesgo puede ayudar en la supervisión del cumplimiento social y medioambiental cuando la base de proveedores es amplia. Las empresas tendrían que centrarse en los proveedores de alto riesgo, en lugar de supervisarlos a todos de forma global, así como en aquellos que se encargan de las fases principales del proceso de producción.

La empresa puede reducir los costos de supervisión colaborando con otras compañías del mismo sector y desarrollando enfoques comunes para auditar a los proveedores.

Para armonizar las prácticas de supervisión y aligerar la carga que el cumplimiento pueda suponer para los proveedores, algunas asociaciones sectoriales han reunido a fabricantes de productos de marca, proveedores, minoristas y clientes con miras a desarrollar herramientas comunes y racionalizar los requisitos de la cadena de suministro.

Las iniciativas que congregan a organismos no gubernamentales, sindicatos y empresas también pueden ayudar a fomentar este diálogo y a desarrollar un clima de confianza global en el proceso de cumplimiento.

MEDIDA 6: GESTIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE LOS GRUPOS DE INTERÉS Y REPORTE

Para crear confianza entre los clientes, las empresas pueden recoger información sobre el desempeño del proveedor en diferentes mercados y publicarla en un informe anual o en otro formato de acceso público. Este esfuerzo informativo debería utilizarse para medir el desempeño e identificar las áreas de mejora.

Algunas empresas también prefieren que la supervisión realizada por primeras o segundas partes (las auditorías realizadas por la empresa o por otra organización en nombre de la empresa) sea validada por un tercero (auditoría de organismos independientes). A menudo, la estrategia de la empresa en esta área estará determinada por la manera de gestionar sus relaciones con grupos de interés más amplios como, por ejemplo, sus relaciones con los consumidores y las comunidades locales.

Las lagunas en la cadena de suministro

El objetivo de las diferentes medidas expuestas en esta Guía es ayudar a que las empresas definan su planteamiento básico en el área del abastecimiento responsable.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que integrar los aspectos sociales y medioambientales en las cadenas globales de suministro es una responsabilidad compartida que atañe a una amplia variedad de agentes.

EL PAPEL DE LOS GOBIERNOS

El abastecimiento responsable puede contribuir considerablemente a mejorar las prácticas sociales y medioambientales entre sectores y cadenas de producción. Pero el progreso a largo plazo no es posible sin que los gobiernos se impliquen más en la promulgación y aplicación de leyes.

Debería subrayarse el papel positivo de muchos gobiernos en este ámbito. En algunas partes del mundo, sin embargo, carecen de voluntad o capacidad para hacer cumplir normas básicas. En tales casos, las iniciativas voluntarias de las empresas pueden ayudar a corregir este vacío, pero no deberían considerarse como un sustituto de la actividad gubernamental.

Cabe recordar a algunos gobiernos los considerables beneficios económicos y sociales que se derivan de una reglamentación eficaz y de su aplicación. El impulso para desarrollar las normas sociales y medioambientales puede llevar a incrementar la productividad y la competitividad y esto, a su vez, atrae la inversión y ayuda a los negocios locales a ascender en la cadena de valor.

Esta actividad gubernamental afecta a toda la economía, ya que la regulación social y medioambiental no se limita a los sectores exportadores, y por lo tanto contribuye a expandir el desarrollo económico y elevar el nivel de vida.

CÓMO GESTIONAR EL INCUMPLIMIENTO

Mejorar el desempeño social y medioambiental en las cadenas globales de suministro sólo puede conseguirse con la participación efectiva de los grupos de interés en todos los niveles y, entre ellos, los proveedores que sean responsables directos de integrar las normas sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales.

Con todo, las empresas han de estar preparadas para enfrentarse al riesgo de incumplimiento en su cadena de suministro.

Cuando los proveedores no cumplen las expectativas, o cuando la empresa descubre una grave infracción del cumplimiento, debería acordar con el proveedor un calendario realista de mejora.

Si no se encuentran soluciones y el desempeño no mejora, debería valorarse seriamente la posibilidad de poner término a la relación, pero sólo como último recurso. Debe sopesarse cuidadosamente la decisión de finalizar la relación con un proveedor, puesto que puede privar a éste de los recursos que necesita para mejorar sus prácticas empresariales y causar así un empeoramiento de las condiciones laborales.

Avanzar en el abastecimiento responsable

LISTA DE CONTROL PARA EMPRESAS RELACIONADAS CON CADENAS DE SUMINISTRO

Esta lista de control resume algunas de las medidas más importantes que las empresas pueden adoptar al iniciar relaciones con cadenas de suministro:

- › Verifique los aspectos básicos relacionados con la legislación social y medioambiental en los países de producción de sus potenciales proveedores. Infórmese del nivel de cumplimiento en estos países para valorar los riesgos de producción.
- › Verifique si los potenciales proveedores reúnen los requisitos para una certificación independiente de conformidad con normas sociales y medioambientales reconocidas.
- › Defina claramente a los proveedores cuáles son sus expectativas. Deje claro que el cumplimiento de todas las leyes aplicables es un requisito mínimo.
- › Examine las potenciales áreas de riesgo con los proveedores y acuerde el nivel deseado de desempeño. Si fuera necesario, utilice un código de conducta para proveedores como referente de cumplimiento e incorpore los requisitos exigidos al proveedor en los contratos comerciales.
- › Sensibilice a sus responsables de compras del impacto que sus prácticas de compra pueden tener en la producción en las fábricas.

- › Evalúe las instalaciones y las prácticas de los proveedores, por ejemplo, mediante la supervisión independiente si procede, o bien organizando visitas *in situ* y entrevistas con los trabajadores.
- › Infórmese de las iniciativas sectoriales que pueden ayudar a evaluar y proporcionar información y formación a los proveedores sobre prácticas empresariales responsables.

EJEMPLOS DE INICIATIVAS DE ABASTECIMIENTO RESPONSABLE

Asociaciones sectoriales y organismos multilaterales han liderado diferentes iniciativas con el fin de proporcionar asesoramiento específico sobre los requisitos básicos que pueden esperarse de los proveedores y para desarrollar marcos operativos para su evaluación y formación.

La participación en dichas iniciativas puede conllevar importantes beneficios en términos de armonización y fomento del diálogo. Estas son algunas de las más conocidas:

- › Iniciativa de Cumplimiento Social de la Empresa (www.bsci-eu.org). Plataforma europea impulsada por empresas para mejorar el cumplimiento social en todos los países proveedores y para todos los bienes de consumo.
- › Procedimiento ICTI-CARE, (www.icti-care.org). Programa de fabricación ética de la industria internacional del juguete destinado a garantizar entornos laborales seguros y más humanos para los trabajadores de este sector en todo el mundo.
- › Código de Conducta de la Industria Electrónica (www.eicc.info). Código de buenas prácticas adoptado y aplicado por algunas de las mayores marcas mundiales de electrónica y por sus proveedores, con el fin de mejorar las condiciones de la cadena de suministro electrónica.
- › Asociación para el Trabajo Justo (www.fairlabor.org). Red de empresas, organizaciones de la sociedad civil y universidades que vela por la protección de los derechos laborales y la mejora de las condiciones de trabajo en todo el mundo fomentando la adhesión a normas laborales internacionales.
- › Iniciativa de Comercio Ético (www.ethicaltrade.org). Alianza de empresas, organismos no gubernamentales y organizaciones sindicales que fomenta

la implantación de códigos de prácticas corporativas en lo relativo a las condiciones laborales de la cadena de suministro.

- › Producción Acreditada Mundialmente Responsable (www.wrapapparel.org). Organización independiente dedicada a certificar la fabricación legal, humana y ética en el sector de la confección.
- › SA8000 (www.sa-intl.org). Sistema integral para gestionar condiciones laborales éticas en las cadenas globales de suministro.
- › Cualquiera que sea el mecanismo adoptado, es importante recordar que el sistema más eficaz para conseguir una mejora sostenida en el tiempo es desarrollar una estrategia de colaboración a largo plazo entre las empresas y sus proveedores, mediante la implicación de la dirección y los empleados locales en la definición de objetivos de desempeño social y medioambiental.

RESIST⁵

CÓMO HACER FRENTE A LA EXTORSIÓN Y A LA INSTIGACIÓN AL DELITO EN LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES

Este documento ha sido elaborado por ICC, Transparencia Internacional, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la Iniciativa contra la Corrupción del Foro Económico Mundial.

Introducción

3

OBJETIVO

Cada vez más, las empresas están implantando sólidos programas de cumplimiento para prevenir el soborno y la corrupción en las transacciones comerciales. Las nuevas leyes anticorrupción, la creciente presión para hacer cumplir las leyes y el auge de la responsabilidad corporativa se están convirtiendo en argumentos convincentes para que las empresas se opongan a la corrupción.

Sin embargo, muchas empresas continúan enfrentándose a demandas de soborno en sus negocios, y estas solicitudes constituyen a veces una extorsión. La solicitud de sobornos y la extorsión, por lo tanto, siguen siendo un desafío diario para las empresas, pero han recibido una atención mínima en el marco jurídico actual contra la corrupción. Los principales instrumentos internacionales contra el soborno, como la Convención Anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), no abordan este problema.

Pero estos son tiempos de cambio. Varias disposiciones explícitas en instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2005, prohíben la corrupción, la extorsión y la instigación al delito «pasivas» tanto en el sector privado como en el sector público. Las recientes directrices de la OCDE recomiendan que las empresas adopten medidas para tratar las áreas de mayor riesgo, como la instigación al delito y la extorsión. También hacen hincapié en la necesidad de proporcionar a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas (pymes), el correspondiente asesoramiento y respaldo para que puedan resistirse a la extorsión y la instigación al delito.

⁵ La edición de 2011 está disponible en <https://iccwbo.org/publication/resisting-extortion-and-solicitation-in-internationaltransactions-resist/>

Aquí es donde aparece RESIST (de las iniciales en inglés *Resisting Extortion and Solicitation in International Transactions* - Cómo hacer frente a la extorsión y a la instigación al delito en las transacciones internacionales). Basándose en situaciones reales, RESIST ha sido concebida como una herramienta de formación que proporciona directrices prácticas a los empleados para ayudarles a prevenir o responder a las propuestas inadecuadas de clientes, socios comerciales o autoridades públicas de la manera más eficiente y ética, reconociendo que tales propuestas pueden ir acompañadas de amenazas. RESIST pretende ser, principalmente, una herramienta de formación para concienciar a los empleados sobre el riesgo de la instigación al delito, también a través de debates abiertos, y para proponer respuestas prácticas y éticas para los distintos dilemas.

CONTENIDO

Las empresas que participaron en el proceso de diseño de RESIST identificaron un total de 22 situaciones y respuestas que ilustran diferentes supuestos de instigación al delito, pero no son ni exhaustivas ni aplicables a todas las situaciones.

Basándose en el ciclo de vida de los proyectos, las situaciones contempladas en RESIST están organizadas en dos secciones, que representan la etapa de preventa y licitación, y la de implantación del proyecto, posterior a la adjudicación. Las situaciones hipotéticas numeradas del 1 al 7 tratan de la instigación al delito en el proceso de licitación. Las numeradas del 8 al 22 examinan esta instigación en el contexto de la implementación del proyecto y en el día a día de las operaciones.

Cada una de las 22 situaciones responde a dos preguntas básicas de forma concreta y específica:

- › ¿Cómo puede evitar la empresa que se le hagan estas exigencias?
- › ¿Cómo debe reaccionar la empresa si se efectúa dicha exigencia?

Además, el anexo incluye una serie de recomendaciones de buenas prácticas que pueden aplicarse a la mayoría de las situaciones. Los usuarios de la herramienta RESIST deberían estudiar estas recomendaciones genéricas antes de examinar las situaciones individuales. Las recomendaciones específicas de cada situación deberían leerse junto con las recomendaciones generales del anexo de RESIST.

Las respuestas a los dilemas presentados incluyen tanto actuaciones individuales de la empresa afectada como acciones colectivas.

Quienes participen en una licitación y se propongan cooperar para resistirse a la instigación al delito deberían, en primer lugar, buscar asesoramiento jurídico para asegurarse de que tal cooperación no infringe la legislación aplicable de contratación pública o las leyes antimonopolio.

PÚBLICO

Esta herramienta será de interés para todas las empresas que puedan estar expuestas al riesgo de instigación al delito en el curso de sus actividades comerciales internacionales. La instigación es a menudo un problema clave para las pymes, que en general son más vulnerables a ella que las empresas de mayor tamaño y disponen de menos recursos para enfrentarse a tales situaciones. Aunque las respuestas propuestas se pueden aplicar a todas las empresas, su implantación puede diferir en función del tamaño de la empresa, el sector de la industria, el lugar de las operaciones y las circunstancias específicas de la solicitud de sobornos.

Dentro de las empresas, esta herramienta está dirigida principalmente a los responsables de la formación en ética, cumplimiento e integridad, y a los empleados que trabajan en ventas, mercadotecnia y operaciones. Las situaciones tienen por objeto concienciar a los empleados sobre los posibles riesgos de instigación al delito y extorsión, y proporcionan la oportunidad de entablar debates abiertos sobre cómo encarar mejor los dilemas sobre la instigación de una manera práctica y efectiva.

Situación hipotética 1

En una ronda de licitaciones, las bases de la licitación (incluidas las especificaciones técnicas) están sesgadas para favorecer a un proveedor o para excluir a potenciales competidores.

DESCRIPCIÓN

Su empresa se prepara para presentar una oferta de licitación para el suministro de equipos de telecomunicaciones a una empresa estatal. Es un proveedor experimentado de dichos equipos y sabe que varios competidores planean presentar ofertas también. Mientras estudia los pliegos de condiciones, detecta que incluyen especificaciones que sólo cumplen

los equipos de uno de sus competidores menos experimentados. Se sorprende, porque estas especificaciones no tienen ningún impacto en el rendimiento de los equipos. De hecho, sus técnicos especializados consideran que estas especificaciones están anticuadas, y que sus equipos, como los de la mayoría de los competidores, tienen un rendimiento superior a cualquier equipo que cumpla con las especificaciones requeridas. Algunos días después, una persona se dirige a usted y le sugiere que los pliegos de condiciones se podrían cambiar a su favor a cambio de un pago.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

Si la agencia de contratación cuenta con un experto técnico, solicite a la agencia que haga públicos los vínculos y las transacciones comerciales de dicho experto con cualquiera de los licitadores.

- › Compruebe y, si fuera aplicable, cuestione (legal o públicamente) las cualificaciones de los miembros de la entidad encargada de definir las bases de la licitación.
- › Compruebe si existe alguna relación específica entre la empresa cuyos equipos encajan con las especificaciones y la agencia de contratación (o sus directores o funcionarios).
- › ¿Las bases de la licitación han sido revisadas por terceros calificados (un experto, una organización civil o una organización empresarial)?
- › Discuta con la agencia de contratación sobre los resultados de la revisión de las bases de la licitación y explique sus especificaciones técnicas.
- › Sugiera a las otras empresas que licitan con usted que se dirijan de forma colectiva a la agencia de contratación.
- › Entable un diálogo con la agencia de contratación para mejorar los procedimientos en las siguientes áreas:
 - Llegue a un acuerdo con la agencia de contratación para la designación de un consultor independiente (un experto, una empresa o una organización internacional como el Banco Mundial) para supervisar todo el proceso de licitación;

- Solicite una ronda de precalificación para excluir a los licitadores que carezcan de capacidad de ejecución técnica y financiera (a través de su propia organización o a través de contratistas relevantes).
 - Solicite una reunión con la agencia de contratación para poder explicar mejor los aspectos técnicos de sus productos o servicios.
- › Sugiera que se haga una amplia difusión de las bases de la licitación.
 - › Cuestione las bases de la licitación públicamente y/o por remisión a las leyes locales o los reglamentos de contratación aplicables.
 - › Acuda a la asociación industrial o comercial que proporciona las especificaciones técnicas en su sector para asegurarse de que las pautas sobre las especificaciones sean lo suficientemente genéricas como para permitir licitar a todas las empresas, y que las especificaciones estén a la altura de los estándares.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Rechace la exigencia.
- › Mantenga un registro detallado de las circunstancias de la exigencia de soborno.
- › Informe a un representante relevante de su cliente de que se le ha hecho esta propuesta y denuncie a la persona que la exigió.

Situación hipotética 2

Un intermediario ofrece a la empresa ganar la licitación a cambio de pagar una comisión al perdedor durante las fases previas a la oferta o durante la licitación.

DESCRIPCIÓN

Las empresas A y B han sido preseleccionadas por un ministerio para licitar el suministro de un proyecto de infraestructura. Un intermediario supuestamente cercano al ministerio se dirige a ambos licitadores con la siguiente propuesta: si la empresa A gana el proyecto, contribuirá con

una “comisión al perdedor” (*loser’s fee*) pagadera al intermediario; si la empresa B acepta perder, recibirá una compensación adecuada por la preparación de la oferta.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Investigue cuál es la posibilidad de que los intermediarios intenten intervenir en las negociaciones del contrato.
- › Entable un diálogo con la agencia de contratación para mejorar los procedimientos acordando con ella que no puedan agregarse intermediarios al proceso después de la presentación de ofertas.
- › Sea consciente de que una donación o un subcontrato exigido por el intermediario a la empresa A puede ser una vía para el pago de una comisión al perdedor a la empresa B.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Los empleados víctimas de la instigación al delito deben detener de inmediato las conversaciones con el intermediario, alegando que la comisión al perdedor queda fuera del alcance del proceso de licitación y que, por lo tanto, podría frustrarlo.
- › Exija al intermediario la propuesta por escrito, para comprobar la legitimidad de la exigencia.
- › Informe al ministerio de la exigencia realizada por el intermediario que afirma actuar en nombre de dicho ministerio.
- › Niéguese a aceptar intermediarios que no hayan sido seleccionados antes de la presentación de la oferta.
- › Cuestione las ventajas de la comisión al perdedor, que podría incrementar el precio del contrato en detrimento del presupuesto del gobierno, o afectar negativamente a la rentabilidad del proyecto en perjuicio de los intereses de la empresa.
- › Explique al intermediario o a la agencia de contratación que el plan propuesto podría exponer a todas las partes (personas y empresa) al

riesgo de una acción judicial no sólo en el país en donde se realiza el trato, sino también en los países que han ratificado la Convención de la OCDE o las convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción o el blanqueo de capitales.

- › Niéguese a pagar alegando que la comisión al perdedor infringe los principios comerciales de su empresa y que puede infringir las leyes aplicables y, más concretamente, las leyes de competencia en su país o en el país que recibe la inversión, y los reglamentos sobre contratación en el país anfitrión (por ejemplo, por licitación fraudulenta).
- › La empresa víctima de la instigación al delito debe informar a la otra empresa de su rechazo a aceptar el plan de licitación fraudulenta.

3

Situación hipotética 3

Solicitud de soborno a cambio de información confidencial durante las etapas preliminares a la oferta o durante la licitación.

DESCRIPCIÓN

Dirige la oficina local de una multinacional en otro país y todavía necesita cerrar una buena operación para alcanzar el objetivo anual de ventas. Está preparando la oferta de licitación para un contrato importante que desea ganar. Un consultor, cercano al cliente, se dirige a usted y le ofrece revelar los criterios de evaluación y proporcionarle información sobre las ofertas ya presentadas por algunos de sus competidores, a cambio del pago de una comisión.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Establezca políticas efectivas y claramente comunicadas para los empleados involucrados en los procesos de licitación:
 - Identifique y aborde abiertamente los posibles incentivos para pagar sobornos, especialmente hacia el final del año;
 - Forme a sus empleados sobre los procedimientos de licitación estándar y las reglas de interacción con agentes y otros intermediarios;

- Estudie la creación de incentivos por la denuncia de exigencias de soborno.
- › Lleve a cabo un proceso de diligencia debida a los agentes / consultores / intermediarios que intervienen en las licitaciones: concienciación sobre las señales de alarma, ya que los actores citados a menudo se utilizan para pagar sobornos a los extorsionistas.
- › Prescinda de los intermediarios que no sean esenciales para la licitación, y solicite que se pruebe su necesidad.
- › Maximice las oportunidades de detección empleando procedimientos de control adicionales para detectar sobornos:
 - Revise los pagos de alto riesgo a los agentes / consultores / intermediarios utilizados en el proceso de licitación;
 - Implante una función de supervisión interna, regular e independiente, que reporte a un alto ejecutivo de los pagos de alto riesgo a los agentes / consultores / intermediarios o a instituciones financieras situadas fuera de la ubicación del proyecto.
- › Evite incluir información financiera en su oferta de licitación hasta el último minuto, para evitar filtraciones.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Rechace el pago.
- › Solicite al consultor que presente la propuesta por escrito.
- › Registre la reunión, levante acta e informe a la dirección.
- › Comunique a la otra parte contratante que le han ofrecido información y que podrían existir filtraciones en el proceso.
- › Comunique a los competidores que le han ofrecido información confidencial y sugiera acudir en forma conjunta a la agencia de contratación, junto con una organización no gubernamental para que haya un control más estrecho del proceso de licitación, lo que limitará el valor de la información confidencial.

- › Iniciativas sectoriales: denuncie a los extorsionistas conocidos, para que sirva de referencia en el futuro.
- › Organismos reguladores: en las industrias reguladas, alerte a las autoridades de las exigencias de sobornos.

Situación hipotética 4

Situación de comisión ilícita (*kickback*): su representante de ventas recibe una oferta de compensación oculta por parte del cliente o de un intermediario.

3

DESCRIPCIÓN

Su empresa licita por un importante contrato internacional de un gobierno extranjero en el que hay uno o varios intermediarios involucrados. Uno de los intermediarios se dirige a uno de sus empleados y le sugiere celebrar un contrato para ayudarlo en la preparación de la oferta de licitación, y afirma que el intermediario puede lograr que gane la licitación a cambio de una comisión extra. El intermediario ofrece al empleado una parte de esta comisión como una compensación oculta (*kickback*) si el empleado acepta el acuerdo y logra de la empresa la aprobación de esta comisión extra.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Trabaje siempre en equipo, compuesto por al menos dos empleados que deben cumplir estrictas directrices de reporte y mecanismos de control.
- › Establezca directrices corporativas claras que incluyan la denuncia de irregularidades (*whistleblowing*) y las correspondientes sanciones (severas) por incumplimiento.
- › Establezca directrices específicas sobre las negociaciones, que traten de forma expresa el problema de las comisiones ilícitas, con la obligación de reportar de inmediato a la dirección toda instigación al delito.
- › En las sesiones de formación, haga hincapié en los riesgos penales y de reputación, no sólo para la empresa, sino también para los propios empleados expuestos.

- › Envíe recordatorios periódicos a los empleados expuestos a este riesgo.
- › Incluya expresamente el caso de las comisiones ilícitas en los contratos con consultores, como causa de rescisión inmediata por incumplimiento sustancial del contrato, y resérvese las acciones legales pertinentes.
- › Remunere de forma competitiva al personal expuesto a tales ofertas.
- › Verifique cuáles son las tasas de mercado para las comisiones a los intermediarios.
- › Exija a los empleados que firmen periódicamente una declaración de conocimiento del código de conducta.
- › Trate de establecer un pacto de integridad que estipule claramente que el personal de la empresa no aceptará compensaciones ocultas.
- › Incluya en las condiciones del contrato o en la oferta de licitación que los representantes de ventas que acepten una comisión ilícita serán sancionados, y que la empresa no tolera esta práctica.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Reporte inmediatamente a la dirección o al directivo responsable de las cuestiones relacionadas con el código de conducta (por ejemplo, al director de cumplimiento).
- › Ponga en marcha una investigación interna, a cargo de un tercero independiente (es decir, el departamento de auditoría interna corporativa o el director de cumplimiento) y, en especial, realice auditorías de las transacciones previas realizadas con la persona o personas que realizaron la exigencia.
- › Compare las condiciones de la licitación con las condiciones finales y analice si la instigación al delito se ha reflejado de forma negativa en la evaluación de su empresa.
- › Proteja al empleado expuesto, si reportó el incidente (si no lo hizo, sanciónelo), es decir:
 - Traslade al empleado expuesto;

- Designe a otro empleado para que acompañe al empleado expuesto en las negociaciones hasta que el traslado sea efectivo (esto sólo es aplicable si el empleado trabaja solo y no en equipo);
- Registre el incidente e informe al cliente en el nivel adecuado, y
- Cese cualquier relación comercial con el intermediario.

Nota: Durante los debates, se observó que lo más difícil es que la empresa detecte el fraude de sus propios empleados. Las respuestas del segundo punto se incluyeron asumiendo que el empleado ha reportado el incidente.

3

Situación hipotética 5

Un país anfitrión quizá imponga, o impone, la formación de una alianza con una determinada empresa local que puede presentar altos riesgos de corrupción.

DESCRIPCIÓN

En una convocatoria de licitación, puede que se requiera a su empresa, o se le requiere, que contrate a una determinada empresa local (como co-contratista, subcontratista o consultor) como condición previa a la licitación. La empresa designada quizá no tenga, o no tiene, las cualificaciones necesarias para realizar la tarea.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Anime a las asociaciones locales profesionales y comerciales para que trabajen con el gobierno en la promulgación de leyes y normas que favorezcan la libertad de contratación.
- › Busque el apoyo de instituciones financieras internacionales para que promuevan la libertad de contratación.
- › Entable un diálogo con la agencia de contratación para mejorar los procedimientos en las siguientes áreas: mayor libertad de subcontratación en las licitaciones, es decir, la preselección de empresas locales seleccionables debería hacerse basándose en criterios objetivos financieros, jurídicos y técnicos, entre los que se incluye la capacidad de cumplir adecuadamente los requisitos sobre salud, protección, medio

ambiente y Derechos Humanos. En dicho proceso de precalificación, debería considerarse el cumplimiento de la responsabilidad social corporativa comúnmente aceptada.

- › Como elemento disuasorio para evitar una alianza impuesta, seleccione (después de un proceso de diligencia debida), antes de un inminente proceso de licitación, a una empresa local con buena reputación, y firme con ella un acuerdo de licitación conjunta que incluya disposiciones anticorrupción.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Resístase a la exigencia del gobierno o de las entidades gubernamentales, usando argumentos técnicos y financieros que destaquen la incapacidad de la empresa local impuesta para cumplir los requisitos del proyecto y los estándares de su empresa, o aquellos compartidos con otros socios conjuntos.
- › Negocie con el gobierno o con la entidad gubernamental, y proponga sustituir la empresa impuesta por otra empresa local de su elección que tenga buena reputación y adecuados niveles técnicos y financieros.
- › Discuta esta condición previa con otros licitadores y organizaciones de la sociedad civil, y diríjase conjuntamente al gobierno para eliminar este requisito y permitir la selección abierta de contratistas locales.
- › Si finalmente se le impone una empresa local y si, a su juicio, dicha empresa parece ser aceptable, incluya las adecuadas disposiciones de salvaguardia en el contrato con esa empresa local (incluidas las cláusulas de rescisión); dicho contrato debería incluir una descripción detallada del alcance del trabajo y de la remuneración, alineada con los precios de mercado y en proporción a los servicios que se prestarán.

Situación hipotética 6

El cliente exige, en el último momento, una “tarifa de conclusión” para cerrar un trato, cuando ya es demasiado tarde para perderlo.

DESCRIPCIÓN

Su empresa licita por un contrato importante del gobierno. Después de dos o tres años de costosas negociaciones, su empresa, finalmente, se adjudica el contrato. Pero justo antes de firmarlo, recibe una solicitud de soborno por parte de un miembro del comité de compras. ¿Cómo puede la empresa superar esta situación de un modo legalmente aceptable y sin perder el contrato?

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Elabore un marco estricto que respalde las negociaciones: presente una oferta detallada que incluya los términos y condiciones y/o proponga (si fuera relevante) un borrador de contrato, ambos con cláusulas anticorrupción y la rescisión automática por defecto si se produce un soborno.
- › Defina el alcance de la negociación: asegúrese de que el equipo negociador tenga un mandato claro; informe al cliente de que el equipo tiene la potestad de un mandato específico y limitado para la negociación, que excluye cualquier solicitud que caiga fuera de los términos de la convocatoria de licitación.
- › Durante las negociaciones, incluso en el momento de cierre, identifique a los responsables de la toma de decisiones (técnicas, presupuestarias, etc.) en la organización contratante, para determinar de dónde podría proceder la instigación al delito.
- › Procure involucrar en la fase de licitación a los actores relevantes en la lucha contra la corrupción, como bancos o agencias de crédito a la exportación que puedan tener un buen conocimiento de los responsables de la toma de decisiones de los clientes y de sus prácticas.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Informe inmediatamente a su dirección y defina una estrategia adecuada (por ejemplo, cambiar el equipo negociador).
- › Diríjase a la persona que realizó la instigación al delito, con al menos un testigo (directivo, asesor, representante del banco), con la siguiente postura:

- Reafirme su voluntad de firmar el contrato e ignorar la instigación.
 - En caso de que se reitere la instigación: primero, informe a la persona de que su exigencia no es aceptable. En segundo lugar, amenace con retirarse de la licitación con una comunicación pública de las razones para hacerlo, o retírese directamente de la licitación.
- › Establezca una fecha límite para la firma, basada en los términos y condiciones acordados previamente.
 - › Diríjase al cliente que estableció el comité de compras para que revise la licitación, e infórmele de que la empresa tiene la impresión de que está siendo sometida a una instigación al delito; pida al cliente que indague y sugiera que, si fuera necesario, se repita la licitación.
 - › Si hay suficientes pruebas disponibles, diríjase al organismo / agencia / ombudsman nacional anticorrupción.
 - › Hágalo público y exponga la situación; esté preparado para retirarse del proyecto.

Situación hipotética 7

Una empresa que se queja de un proceso de contratación injusto recibe la amenaza de que recibirá una denuncia falsa que conllevará una cuantiosa multa.

DESCRIPCIÓN

La empresa A sabe que su competidor, la empresa B, ha ganado la licitación pública porque sobornó al funcionario público encargado del proceso de licitación. La empresa A denuncia el caso a la policía. La empresa B reacciona con la amenaza de lanzar acusaciones falsas contra la empresa A que podrían dar lugar a procedimientos penales injustificados contra la empresa A, a menos que retire la denuncia.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › En lugar de presentar la denuncia por sí sola, la empresa A podría dirigirse a otros competidores que también hayan perdido la oferta como resultado

de los sobornos pagados por la empresa B y presentar la denuncia juntos. De esta manera, la empresa A reduce la posibilidad de que se produzca la exigencia, ya que la empresa B tendría que amenazar a todas las empresas involucradas, lo que es muy improbable (sujeto a lo que dispongan las leyes antimonopolio o con la ayuda de abogados locales).

- › En lugar de presentar la denuncia a la policía, la empresa A podría dirigirse al superior del funcionario público o a la unidad investigadora de fraudes competente, en el departamento del funcionario público y, así, hacer evidente que las acusaciones de la empresa B sólo son actos de venganza, impidiendo, por lo tanto, que la empresa B profiera amenazas en primer lugar.
- › La empresa A también podría informar a la prensa y al público de que tiene pruebas del pago de sobornos hechos por la empresa B al funcionario público en cuestión. Esto también reduciría la probabilidad de la exigencia de la empresa B en primer lugar.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Explique a la empresa B que se han recogido pruebas concluyentes y que, aunque la acusación sea revocada, es muy probable que el caso siga su curso, porque ya se han iniciado los procedimientos judiciales.
- › Amenace con informar (y luego hágalo) al supervisor, superior o responsable de cumplimiento del infractor o, como último recurso, al director general de la empresa B y, de igual manera, al superior del funcionario público.
- › Si la oferta por la que se profiere la amenaza está financiada por una corporación multinacional o por otra institución / donante extranjero, comuníquese con el departamento de cumplimiento de dicha institución.
- › Averigüe si se pueden iniciar procedimientos judiciales contra el competidor en la jurisdicción local del competidor.
- › Haga públicas las amenazas proferidas por la empresa B e incrementalmente, de esta manera, las consecuencias negativas para el extorsionista (empresa B).

Situación hipotética 8

Una agencia gubernamental local exige una tarifa por la aprobación técnica de un equipo.

DESCRIPCIÓN

Su empresa lleva a cabo una operación relativamente nueva en un territorio distante. Ha recibido la visita inesperada de un funcionario del gobierno local cuya agencia es responsable de la aprobación técnica del equipo que ha estado esperando. El funcionario deja claro que esa aprobación no se concederá a menos que le pague directamente una “tarifa” en efectivo.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Informe por anticipado a la dirección de que serán necesarios el apoyo logístico y otros para obtener la aprobación.
- › Incluya en los contratos el plazo máximo de ejecución para permitir que se emitan los permisos.
- › Implante una política corporativa y directrices que prohíban los sobornos, incluyendo la manera de rechazar las solicitudes de pagos de facilitación cuando sea posible, y comuníquelas a los empleados.
- › Establezca e implante sistemas que permitan a los empleados reportar las solicitudes de sobornos y/o pagos de facilitación.
- › Proporcione formación anticorrupción que incluya la definición de extorsión y de pagos de facilitación, y cómo proceder en caso de que se exijan.
- › Establezca buenas relaciones con los organismos gubernamentales, las agencias de expedición de licencias y las autoridades locales y tradicionales donde opere.
- › Discuta con las autoridades los problemas a los que se enfrentan los empleados cuando reciben exigencias de pago de los funcionarios locales y las formas de evitar que ocurran estas situaciones.

- › Trabaje con las asociaciones comerciales locales para documentar y publicar los procedimientos, los plazos y las tarifas oficiales para la aprobación técnica de los equipos.
- › Prohíba el pago de gastos no documentados que no cumplan con las leyes o las disposiciones contractuales, y establezca pautas que exijan que todos los gastos se documenten incluyendo al menos el importe, la fecha y la identidad de las personas que hagan y reciban los pagos.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

3

- › Niéguese a pagar.
- › Reporte inmediatamente el incidente a la dirección y obtenga su autorización para tomar las medidas adecuadas.
- › Informe al funcionario de que hacer el pago exigido está prohibido por la empresa, y explique que la exigencia es ilegal y que podría también conducir a la rescisión del contrato de trabajo del empleado que haga el pago.
- › Anote el nombre de la persona y señale que todas las tarifas deben pagarse directamente a la oficina gubernamental contra recibo que incluya todos los detalles del pago, como la identidad de los funcionarios que lo reciban.
- › Si es logísticamente imposible hacer pagos directos a la oficina gubernamental, exija que el funcionario público proporcione un recibo con el membrete del gobierno.
- › Haga uso de las relaciones existentes para identificar a una persona de más rango en el organismo de autorización, a quien pueda dirigirse para explicar el problema.
- › Busque la ayuda de otras empresas y organizaciones comerciales, incluidos los contratistas, y de otros funcionarios en el organismo de autorización con quienes ya tenga relaciones.
- › Explique a las partes pertinentes en el organismo de autorización que el proyecto / operación está en peligro y que fracasará si se mantiene la exigencia.

Adopte medidas proactivas y de cooperación con las autoridades y los grupos empresariales relevantes (por ejemplo, las cámaras de comercio, otros importadores y organizaciones sectoriales, la embajada pertinente) a fin de detener futuras exigencias de tales pagos.

Situación hipotética 9

Los empleados recién contratados no pueden conseguir los permisos de trabajo a menos que se pague un recargo por contratación.

DESCRIPCIÓN

Su empresa ha comenzado a contratar personal para llevar a cabo varias tareas de un proyecto que recientemente se le ha asignado. El proceso de contratación está casi terminado y se han seleccionado los candidatos nacionales y extranjeros. Debe obtener los permisos de trabajo de las autoridades locales para todos los candidatos, nacionales y extranjeros. Los funcionarios públicos locales han exigido que pague un “recargo” no oficial por cada permiso. La demora en la contratación de sus empleados tendría un importante efecto negativo en el cronograma del proyecto.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Implante políticas y directrices corporativas que prohíban el soborno, e incluya cómo rechazar las exigencias de pagos de facilitación siempre que sea posible; comuníquelo a sus empleados.
- › Incluya disposiciones en la oferta y en el contrato que exijan la aplicación de su código de ética durante todas las fases del contrato.
- › Establezca un proceso interno de recursos humanos que prohíba explícitamente cualquier pago indebido para obtener permisos de trabajo.
- › Envíe un informe al responsable de contratación en relación con el riesgo de instigación al delito indebida para obtener permisos de trabajo.
- › Familiarícese con las prácticas y leyes locales de trabajo e inmigración durante la fase previa a la licitación.

- › Implante una política corporativa que prohíba cualquier pago en efectivo que no se haya acordado explícitamente en el nivel de dirección adecuado, y que exija la documentación de cualquier pago aprobado de este tipo.
- › Obtenga una autorización por escrito para contratar a empleados locales y extranjeros por parte de las autoridades relevantes durante el proceso de licitación, incluya una disposición adecuada en el contrato del proyecto, y proporcione a las autoridades locales correspondientes una copia de esta autorización cuando solicite los permisos de trabajo.
- › Negocie en el contrato que el cliente local le proporcionará ayuda razonable para obtener los permisos de trabajo de los candidatos.
- › Solicite todos los permisos de trabajo en uno o más bloques grandes, para que sea más difícil que los funcionarios los denieguen.
- › Asegúrese de que todas las solicitudes de permisos se completen como corresponde y de que se acompañen de toda la documentación requerida.
- › Si los candidatos provienen de países extranjeros, solicite que las embajadas correspondientes faciliten el proceso interactuando ante las autoridades locales.
- › Súmese a un debate más amplio sobre los procedimientos de contratación de trabajadores extranjeros; trabaje con las autoridades locales (Ministerio de Trabajo, asociación empresarial local) para preparar una guía oficial de los procesos y costos de obtener permisos de trabajo, y asegúrese de que esta información esté disponible públicamente y de que se expone en las oficinas correspondientes.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Niéguese a pagar y explique que su empresa no permite el pago de dichos “recargos” para obtener permisos a menos que así se exija expresamente por ley o en procedimientos oficiales escritos y, en todo caso, contra entrega de recibos oficiales de la autoridad local por pagos hechos a la cuenta bancaria de la autoridad, nunca a una persona.
- › Informe al personal directivo de la autoridad o al organismo supervisor de los recargos exigidos.

- › Alerta al cliente y explíquele que estas exigencias pueden poner en peligro la continuación del proyecto a menos que el cliente intervenga para ayudar a detenerlas.
- › Comuníquese con otros grupos de interés en el proyecto para que le ayuden en sus esfuerzos por detener la exigencia de pago:
 - Diríjase a los sindicatos locales y solicite su ayuda en la contratación de empleados locales y la obtención de permisos de trabajo legítimamente;
 - Comuníquese con las asociaciones empresariales locales / cámaras de comercio / comités nacionales de ICC para obtener apoyo en la obtención de permisos de trabajo legítimamente;
 - Discuta con otras empresas que operan en el país los requisitos y prácticas legales, y pídale asesoramiento sobre cómo respondieron ante exigencias similares, y
 - Póngase en contacto con otras empresas involucradas en el proyecto para asegurarse de que todas adoptan una posición común en cuanto al rechazo del soborno exigido.

Situación hipotética 10

Un policía local exige un pago para permitir que un trabajador expatriado cruce una frontera interna dentro de un país.

DESCRIPCIÓN

Su empresa opera en un país que anteriormente exigía a los expatriados que obtuvieran un permiso para viajar de una provincia a otra, pero esta norma ha sido abolida por el gobierno central. En un viaje desde la provincia donde se encuentra la oficina de su empresa hasta una planta en otra provincia, un policía local lo para y le pide sus documentos de identidad y los permisos. El policía le informa de que ha de retenerle el pasaporte, alegando que le falta un sello “especial” y que usted no dispone de la autorización necesaria para hacer viajes internos. Sin embargo, el policía le ofrece “resolver el problema” y dejar que se marche a cambio de un pequeño pago en efectivo.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Si en su empresa todavía no las hay, establezca políticas y directrices corporativas que prohíban el soborno, e incluya el tratamiento del riesgo de extorsión y la exigencia de pagos de facilitación.
- › Obtenga asesoramiento jurídico local sobre la condición jurídica de los pagos de facilitación a nivel local. Estipule claramente que su empresa no hará pagos de este tipo.
- › Analice el riesgo de que se produzcan exigencias de pagos de facilitación en un país determinado; diseñe planes para reducir el riesgo y elabore respuestas; discuta con el personal en qué situaciones es más probable que ocurran dichos pagos, e identifique formas alternativas de resolver la cuestión.
- › Comunique a todos los empleados la política y las directrices corporativas contra la corrupción, y asegúrese en especial de que estén familiarizados con ellas los empleados que puedan estar expuestos a tales situaciones.
- › Aproveche todas las oportunidades para anunciar públicamente en el país donde opera que la empresa no accederá a las exigencias de pagos de facilitación y que implantará sus políticas de manera consecuente con esta posición.
- › Proporcione a sus empleados una formación sobre anticorrupción que cubra específicamente la extorsión y los pagos de facilitación, las respuestas más adecuadas a las exigencias (es decir, formación sobre estos dilemas). Pueden incluirse los niveles de riesgo en diferentes países y para los diferentes procesos administrativos.
- › Establezca e implante sistemas que propicien que los empleados reporten las exigencias de pagos de facilitación.
- › Establezca una función de asesoramiento a la que puedan recurrir los empleados cuando se enfrenten a dichas situaciones (por ejemplo, con personas de contacto designadas en la empresa, como los directores locales, los responsables de seguridad o asesores jurídicos); elija preferentemente a alguien que sea nacional del país y que tenga la autoridad necesaria para hacer cumplir la política.

- › Contrate a una empresa local de seguridad o de ayuda en caso de emergencia, o a un bufete local de abogados que le brinde ayuda en tales situaciones, e instrúyales para que cumplan con las políticas de la empresa.
- › Asegúrese de que sus empleados tengan todos los documentos necesarios para viajar dentro del país y que dichos documentos sean válidos.
- › Mantenga buenas relaciones con las agencias gubernamentales y las autoridades locales y nacionales pertinentes en sus zonas de actuación, y discuta con los funcionarios correspondientes los problemas a que pueden enfrentarse los empleados (por ejemplo, la exigencia de pagos de facilitación) y las formas de prevenir estas situaciones.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Si está seguro de que sus documentos son válidos y que no hay necesidad de obtener un “permiso”, debe explicárselo al policía que exige el pago.
- › Tendría que dejar claro al policía que los pequeños pagos de este tipo son contrarios a la política corporativa y que son ilegales (lo es así casi siempre).
- › Registre el nombre del policía que exige el pago y pídale que le muestre su identificación oficial.
- › Si el policía insiste en el pago, llame a la unidad de asesoramiento de la empresa para obtener ayuda o, si es posible, a su director, y explique al policía que usted debería conseguir un recibo firmado por él y registrar los detalles de cualquier pago efectuado, incluida la identidad del policía, para los registros de la empresa.
- › Si el pago es inevitable sin un riesgo percibido para su vida o su integridad física, negocie por una cantidad mínima, haga el pago, y consiga un recibo que indique la cantidad, el motivo del pago, el nombre del policía que lo exigió y su cargo; preferiblemente firmado por el policía.
- › Reporte inmediatamente el pago a su director. Tendría que justificar el pago ante su director y éste tendría que firmar un informe sobre el incidente y la documentación del pago.

- › Asegúrese de que el pago se registra en el sistema contable de la empresa por el importe correcto y con una explicación clara del motivo.
- › Informe externamente del incidente a las autoridades correspondientes, como el Ministerio del Interior del país, la embajada local de su país de origen, etc.
- › Analice el incidente en la organización, diseñe planes para reducir el riesgo de recurrencia y elabore respuestas para futuras exigencias.

Situación hipotética 11

Un empleado de la compañía estatal de electricidad exige dinero en efectivo por una conexión a la red.

DESCRIPCIÓN

Su empresa está a punto de recibir el equipo necesario para conectar el emplazamiento del proyecto a la red eléctrica cuando un empleado de la compañía estatal de electricidad se pone en contacto con el director del proyecto y le explica que la conexión a red de energía eléctrica se demorará por días o semanas, si no por tiempo indefinido, por alguna oscura razón. Por supuesto, un pago al empleado, inmediato y en efectivo, aceleraría la conexión y, por lo tanto, facilitaría la finalización del proyecto a tiempo.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Analice específicamente el proyecto con el cliente durante la etapa de licitación para identificar el proceso exacto para completarlo, para incluir los pasos necesarios para conectarse a la red eléctrica; además, asegure la coordinación con el cliente sobre cómo reaccionar si se reciben exigencias de pagos ilícitos.
- › Identifique por adelantado todos los requisitos oficiales para la conexión a la red eléctrica y garantice su cumplimiento.
- › Identifique por adelantado los plazos necesarios para conectarse a la red, y tenga en cuenta las demoras.

- › Aclare en el contrato con el cliente quién es responsable de la conexión a la red eléctrica y las consecuencias de las demoras en los plazos.
- › Implante una política corporativa que prohíba cualquier tipo de soborno e incluya, cuando sea posible, los pagos de facilitación.
- › Asegúrese de que los empleados comprenden claramente qué tipos de pagos no están permitidos y asegúrese de que haya sistemas fáciles para reportar los pagos ilícitos.
- › Ponga al corriente a los empleados de las consecuencias de dichas infracciones.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Niéguese a pagar.
- › Explique las inquietudes / obligaciones jurídicas de su empresa y su compromiso de luchar contra la corrupción.
- › Desarrolle un plan de acción para tratar los requisitos del proyecto en cuanto a la conexión a la red eléctrica.
- › Reporte la exigencia al supervisor de la persona que la realizó.
- › Si la exigencia persiste, explique que cualquier pago efectuado debe registrarse en los archivos de su empresa, incluidos el nombre y otros detalles de identificación del empleado que lo solicita.
- › Reporte dichas exigencias a los superiores del empleado en la compañía estatal de electricidad y trabaje con ellos para garantizar que no se volverán a producir exigencias futuras de pagos ilegítimos.
- › Mientras tanto, evalúe el uso de sus propios generadores de energía, si es posible.

Situación hipotética 12

Un equipo esencial, esperado durante mucho tiempo, está retenido en la aduana para su despacho y sólo el pago de una tarifa “especial” puede garantizar un pronto despacho.

DESCRIPCIÓN

Es el responsable local de la planta de su empresa en un país extranjero. Durante semanas, el envío de un equipo técnico clave se ha demorado en las oficinas centrales por causas administrativas. Cuando el equipo finalmente llega al país, un oficial de aduanas le dice a su personal que la documentación está “incompleta”. Esto impedirá la entrega del equipo hasta que se resuelva el problema. El oficial de aduanas indica que la resolución podría tardar varias semanas. Sin embargo, añade que el problema puede resolverse rápidamente mediante una tarifa de expedidor o pago en efectivo de 200 dólares, lo que garantizaría el despacho de aduanas del equipo en un día hábil.

3

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Comunique a los empleados la política anticorrupción de la empresa, que incluye la extorsión y los pagos de facilitación, y proporciónese formación sobre cómo evitar y tratar estas exigencias, especialmente a los empleados que podrían estar más expuestos a tales situaciones.
- › Establezca e implante sistemas a disposición de los empleados para que reporten y busquen asesoramiento ante la exigencia de pequeños pagos.
- › Solicite la mercancía con anticipación, para evitar presiones de tiempo en la entrega.
- › Tenga un suministro adecuado de piezas y consumibles que han de importarse. Lleve a cabo procesos de diligencia debida de los procedimientos aduaneros en diferentes puntos de entrada al país (es decir, puertos marítimos, carreteras, aeropuertos); determine cuáles presentan los mayores y menores riesgos de corrupción, y averigüe cuánto tiempo se requiere para despachar los bienes; establezca, en consecuencia, rutas de importación principales y alternativas.
- › Cambie a una ruta de importación y a un punto de entrada alternativos si se producen obstrucciones en el punto principal.
- › Examine los procedimientos aduaneros oficiales y haga que el personal pertinente se familiarice con ellos; aclare con la autoridad aduanera central las partes de los procedimientos que sean confusas.

- › Tome las medidas necesarias para que los procedimientos aduaneros oficiales sean bien conocidos en el país, para contrarrestar la ignorancia y la opacidad; por ejemplo, solicite la ayuda de asociaciones empresariales, en cooperación con autoridades aduaneras u otros departamentos gubernamentales.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Realice un control de calidad de sus trámites de despacho de aduanas, a fin de garantizar el cumplimiento pleno de los procedimientos.
- › Compruebe si los procedimientos aduaneros proporcionan servicios acelerados oficiales.
- › Si es así, verifique la cuantía de las tasas; nunca pague por estos servicios sin factura o recibo.
- › Asegúrese de que cualquier pago efectuado se registre en el sistema contable de la empresa por el importe correcto, junto con la factura/recibo y una explicación del motivo del pago.
- › Si los procedimientos aduaneros no ofrecen servicios acelerados, o la cuantía de las tasas por dichos servicios no queda clara, y no se proporcionan una factura o un recibo:
 - Deje claro ante el oficial de aduanas que el pago adicional por un servicio al que ya se tiene derecho es contrario a su política corporativa y es ilegal.
 - Niéguese a hacer pagos de facilitación para acelerar el despacho de aduanas de los bienes.
 - Exija la explicación de los motivos por los que los bienes están retenidos, y hágalo diariamente.
 - Exija que se implanten medidas para mitigar esos motivos.
 - Deje claro que deberían seguirse los procedimientos aduaneros normales.
 - No revele que está bajo la presión del tiempo.

- Pregunte el nombre y cargo del oficial de aduana y exija una reunión con su superior.
- › Si las demoras en el despacho de aduanas afectan a las relaciones comerciales de la empresa, informe a sus socios comerciales de la situación y las consecuencias potenciales. Indague si pueden dirigirse conjuntamente a la autoridad aduanera y cómo deben hacerlo.
- › Exija una reunión con la autoridad aduanera central o el ministerio correspondiente, para exigir que se tomen medidas.
- › Indague si otras empresas se enfrentan a problemas similares y diríjanse conjuntamente a la autoridad aduanera.
- › Reporte el incidente internamente en la empresa; analice el caso, desarrolle un plan para reducir el riesgo de recurrencia y elabore respuestas para futuras exigencias.

Situación hipotética 13

Hay productos perecederos retenidos en la aduana y sólo se concederá el levante si se efectúa un pago en metálico.

DESCRIPCIÓN

Los productos de su empresa, de los que algunos son perecederos o tienen un período de conservación limitado, están siendo retenidos en la aduana durante un período prolongado, en espera de su despacho. Un oficial de aduana le informa de que la única forma de evitar más demoras es hacerle un pago en metálico. El departamento jurídico de su empresa le ha informado de que los pagos de facilitación son ilegales en el país.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Consulte la situación hipotética 12.
- › Considere comprar los productos localmente, en la medida de lo posible.
- › Intente comprender qué puede causar los retrasos en el despacho de aduanas. Si las posibles demoras se deben a que ocurren durante la parte

de más actividad de la semana, el mes o el año, intente, en la medida de lo posible, programar el envío de la mercancía de su empresa durante períodos en que la oficina de aduana experimente menos congestión.

- › Adquiera la reputación de empresa que se niega a realizar pagos de facilitación como parte de su política corporativa.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Niéguese a pagar cualquier soborno o pago de facilitación para acelerar el despacho de aduanas.
- › Reporte la exigencia al departamento jurídico de la empresa de inmediato.
- › Cuando se reúna con el oficial de aduana para tratar la demora, exija estar acompañado por un abogado o un policía para reducir la probabilidad de que le pidan pagar un soborno.
- › Explique la política anticorrupción de su empresa y su compromiso de cumplir la ley.
- › Explique que hacer un pago que va contra la ley expone a potenciales acciones penales y a otras sanciones no sólo al empleado y a la empresa, sino también al oficial de aduana. Considere informar al supervisor del oficial de aduana sobre dicha instigación al delito.
- › Explique la naturaleza de los productos, su demanda en el país y las consecuencias negativas de perderlos todos debido a su naturaleza perecedera.
- › Haga pública la pérdida de productos perecederos debido a la demora en la aduana y a las exigencias de soborno.

Situación hipotética 14

Un inspector fiscal solicita una “comisión ilícita” a cambio de una redención o de la aceptación de un acuerdo en una disputa sobre impuestos.

DESCRIPCIÓN

Después de una inspección fiscal, su empresa ha recibido un aviso de revisión en un país extranjero donde opera su subsidiaria o filial. Existen argumentos sólidos para cuestionar la regularización tributaria propuesta. El asunto se está discutiendo con las autoridades fiscales. El inspector propone una redención o un acuerdo a cambio del pago de una “comisión ilícita” (*kickback*).

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Establezca una política que aborde los riesgos de soborno y extorsión que incluya el tratamiento adecuado de las exigencias de comisiones ilícitas.
- › Compruebe su situación fiscal en el país con la ayuda de su departamento fiscal o de un asesor fiscal local de buena reputación:
 - Cumpliendo totalmente la normativa fiscal local;
 - Evitando regímenes fiscales que puedan considerarse cuestionables o que no cumplan las normas locales;
 - Desarrollando una buena relación profesional con las autoridades fiscales, y
 - Compruebe que el asesor fiscal local con el que trabaja tiene una sólida reputación y que no mantiene una relación inadecuada (es decir, un conflicto de intereses) con las autoridades fiscales.
- › Mientras se lleve a cabo la inspección fiscal:
 - Intente acordar con los inspectores fiscales un método de funcionamiento que deje un rastro documental de la inspección (es decir, preguntas y respuestas escritas).
 - Asegúrese de que su asesor fiscal local asiste, junto con el representante de la empresa, a todas las reuniones con los inspectores.
 - Intente identificar al supervisor del inspector fiscal.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Alerta inmediatamente a la dirección y al departamento fiscal.
- › Niéguese a pagar y:
 - destaque el hecho de que tiene argumentos sólidos para cuestionar la regularización tributaria y que está preparado para recurrirla ante el tribunal correspondiente si fuera necesario;
 - informe al inspector de que la empresa no permite que se realice ningún pago de impuestos adicional, a menos que la dirección de la sede (o el responsable fiscal) lo autorice expresamente y sólo si las autoridades fiscales emiten un recibo oficial, y
 - en caso de que se produzca un acuerdo, exija a las autoridades fiscales que emitan un dictamen oficial por escrito.
- › Alerta de la situación al supervisor del inspector fiscal.
- › Informe al departamento comercial de su embajada de la exigencia de esta “comisión ilícita”.

Situación hipotética 15

Un líder sindical exige un pago al fondo de asistencia para empleados como condición para que sus miembros descarguen un barco.

DESCRIPCIÓN

Un sindicato organiza un piquete en el muelle. Su líder exige que se reconozca al sindicato como único representante en la negociación de todos los trabajadores empleados en el proyecto y una contribución de un millón de dólares al fondo de asistencia del sindicato. El líder del sindicato y dos miembros de su familia son los administradores del fondo de asistencia.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Establezca una política en materia de riesgos de soborno y extorsión que incluya el tratamiento adecuado de las contribuciones benéficas, sus mecanismos de desembolso, los límites de gasto y los niveles de aprobación.
- › Proporcione formación anticorrupción a la dirección local.
- › Proporcione formación sobre derecho y relaciones laborales a la dirección local.
- › Dé instrucciones a su equipo directivo local para que el reconocimiento de un sindicato y la negociación colectiva con sindicatos locales estén sujetos al control y la supervisión corporativos.
- › Decida qué sindicatos se reconocerán como partes en la negociación colectiva, y establezca acuerdos con ellos.
- › Acuerde “normas de interacción” (para cuestiones distintas de la negociación colectiva) con los sindicatos locales, incluyendo cuestiones como la integridad, la resolución de conflictos y los mecanismos de quejas (hacia las oficinas centrales de la empresa y las del sindicato).
- › Desarrolle y mantenga buenas relaciones profesionales con los sindicatos representados en la empresa.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Rechace el pago alegando motivos de política empresarial, las disposiciones de la legislación anticorrupción, la Convención Anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el 10º principio del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (si procede).
- › Comunique las exigencias ilícitas recibidas y sus respuestas a la dirección corporativa, al gobierno local, a la oficina central del sindicato y a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (cuando proceda).
- › Analice la posibilidad de acceder a los mecanismos de divulgación / procedimiento / sanción de la Organización Internacional del Trabajo.

- › Considere la posibilidad de emprender acciones legales contra el sindicato.
- › Investigue y proporcione un informe completo a la dirección de la empresa y, cuando proceda, a otros organismos como los indicados anteriormente.
- › Para resolver el conflicto, sugiera que se establezca un acuerdo transparente en cuanto al fondo de asistencia, bajo los auspicios de un tercero neutral, para que el asunto se desvincule de las expediciones y no esté bajo la influencia directa del líder sindical; negocie la contribución por una cantidad que sea aceptable para la empresa.

Situación hipotética 16

Un cliente pide a su empresa que, con motivo de una visita a su sede, concierte y pague un chequeo médico en un hospital prestigioso.

DESCRIPCIÓN

Durante la ejecución de un contrato, ha organizado una sesión de formación para determinados representantes de su cliente en el país de origen de la empresa. Antes del viaje, el jefe de la delegación solicita un chequeo en un hospital prestigioso durante su estancia.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Defina una política clara de la empresa en materia de obsequios, hospitalidad y gastos personales, como mecanismos de aprobación previa y de control.
- › Anuncie clara y públicamente esta política en el sitio web de su empresa o con otros medios adecuados, con fines tanto internos como externos.
- › Forme al personal sobre cómo implantar esta política.
- › Incluya en el contrato disposiciones detalladas que describan los gastos que son admisibles, según su naturaleza e importe, de acuerdo con la política de la empresa sobre obsequios y hospitalidad.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Exponga su política sobre obsequios y hospitalidad, y muestre que no está autorizado a ceder ante esta solicitud.
- › Explique que esta práctica puede transgredir convenciones internacionales (como las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la de las Naciones Unidas) y la legislación aplicable.
- › Si procede, ofrezca apoyo logístico para organizar la visita, pero sin pagar ningún gasto.
- › Solicite una petición formal por escrito firmada por un superior, lo que debería ser suficiente para poner fin a esta instigación al delito.

3

Situación hipotética 17

Un funcionario público exige muestras gratis de productos para su uso privado.

DESCRIPCIÓN

Un ministro (u otro funcionario de alto rango) solicita a su empresa que proporcione muestras gratis de productos para la fiesta de un hijo que cumple 16 años. Su empresa se siente presionada para cumplir con la exigencia, a fin de mantener su buena relación con el funcionario.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Implante una política anticorrupción claramente definida en materia de obsequios, que restrinja el valor y la frecuencia de los obsequios para funcionarios públicos.
- › Fomente el conocimiento de esta política publicándola en los sitios web internos y externos de su empresa.
- › Forme a su personal acerca de esa política, especialmente a aquellos que puedan interactuar con funcionarios.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Explique educadamente que la política de su empresa no le permite satisfacer esta exigencia.
- › Explique que proporcionar estos productos para el beneficio personal del funcionario puede considerarse un soborno, o aparentarlo, ante la ley.
- › Explique que proporcionar muestras gratis de productos en calidad de obsequio expone al empleado y a la empresa a posibles acciones judiciales y a otras sanciones.
- › Considere dejar esta respuesta por escrito en una carta al funcionario.
- › Reporte la exigencia inmediatamente al departamento jurídico de la empresa.

Situación hipotética 18

Un representante del gobierno solicita patrocinio para una actividad relacionada con los intereses privados de altos funcionarios.

DESCRIPCIÓN

Al ejecutar un contrato de construcción para un ministerio en un país en desarrollo, se pide a su empresa que patrocine una actividad estrechamente relacionada con los intereses privados de personas vinculadas al ministerio. Se hace entender a la empresa que la respuesta a esta petición repercutirá en sus futuros negocios en el país. Es una situación común en este país, donde a menudo organismos y entes gubernamentales abordan a las empresas exigiendo patrocinio para actividades como forma de superar las limitaciones presupuestarias.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Si no la tiene, establezca una política y unas directrices empresariales para hacer frente a los riesgos de soborno y extorsión, incluidos los relacionados con los patrocinios y las contribuciones políticas.

- › Aproveche todas las oportunidades de comunicar externamente la política de la empresa.
- › Desarrolle directrices internas para los patrocinios con criterios transparentes, es decir, indicando que la empresa sólo patrocina proyectos que beneficien directamente a las comunidades relacionadas con los proyectos de la empresa y que estén vinculados a su estrategia global en materia de responsabilidad social corporativa / sostenibilidad.
- › Establezca en la empresa un consejo de patrocinio, o una función similar, que analice todas las propuestas recibidas, de acuerdo con criterios internos establecidos en las directrices sobre patrocinios; asegúrese de que los dictámenes sobre los patrocinios queden documentados.
- › Cuando se patrocinen proyectos, mantenga el control y la influencia necesarios para evitar cualquier uso indebido de los fondos (por ejemplo, a través de un tercero independiente y con buena reputación).
- › Asegúrese de que los pagos de patrocinios se hagan a organizaciones y no a personas, que los patrocinios se documenten en acuerdos escritos y recibos, y que no se producen conflictos de interés.
- › Sea consciente de que es probable que los patrocinios y contribuciones políticas que benefician a funcionarios públicos, directa o indirectamente y de forma tangible o intangible, se consideren sobornos según el criterio de las fuerzas del orden.
- › Comunique a las agencias gubernamentales cómo opera la empresa y cuáles son su visión, valores y estrategias; informe a estas agencias sobre sus programas de responsabilidad social corporativa para evitar malentendidos.
- › Elabore un presupuesto de patrocinio y una lista de prioridades para las áreas o proyectos de potencial patrocinio.
- › Identifique a grupos de interés locales de confianza con quienes desarrollar actividades de patrocinio alternativas de acuerdo con las directrices corporativas.
- › Publique interna y externamente los patrocinios en los que participa la empresa.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Rehúse patrocinar la actividad.
- › El rechazo debería ser decidido por el consejo de patrocinio o por una función similar en la empresa, y los argumentos deben registrarse debidamente para reducir la exposición de los empleados que tratan con el cliente.
- › Explique claramente los motivos del rechazo, que deberían ser comunicados y explicados a las agencias gubernamentales o a los funcionarios que presentan la solicitud y, si fuera posible, implicando a otras autoridades relevantes para las actividades a patrocinar.
- › Analice los patrocinios admisibles cuando rechace la solicitud, para mostrar su buena voluntad a la vez que se opone a la instigación al delito recibida.

Situación hipotética 19

Un intermediario de servicios financieros exige incentivos que superan las comisiones y honorarios reglamentados por la remisión de clientes a proveedores de productos financieros.

DESCRIPCIÓN

Un cliente solicita asesoramiento a un intermediario del sector de servicios financieros. El intermediario se dirige a un proveedor de servicios financieros y le ofrece aconsejar a su cliente que haga negocios con ese proveedor específico a cambio de una comisión u honorario adicional que no se revelará al cliente. El intermediario deja claro que esta comisión u honorario adicional garantizará que se haga el negocio con el proveedor de servicios financieros.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Adopte políticas y códigos corporativos claros, incluyendo un código ético, con disposiciones claras sobre:
 - Cómo identificar y gestionar los conflictos de interés;

- Qué obsequios e incentivos pueden darse o recibirse;
 - El enfoque de la empresa en la lucha contra los delitos financieros en general, y las prácticas corruptas en particular, y
 - La política de “tolerancia cero” en la implantación de sus políticas y códigos.
- › Comunique las políticas y códigos de su empresa a todos los niveles de dirección, personal e intermediarios, y también a otros grupos de interés:
- A todos los administradores, empleados, trabajadores contratados e intermediarios contratados;
 - A los proveedores, vendedores y socios comerciales de la empresa;
 - A todos los clientes, y
 - Lo ideal es publicar las políticas y códigos en su sitio web corporativo para mostrar su posición al público y a sus competidores.
- › Contacte a escala sectorial con otros grupos de interés para gestionar los comportamientos no deseados:
- Involucre a los organismos reguladores y a los representantes de los intermediarios del sector para discutir las áreas problemáticas;
 - Acuda a las fuerzas del orden para que intervengan si la situación no cambia;
 - Considere la creación de nuevas estructuras cuyo objetivo específico sea desarrollar prácticas anticorrupción en el sector, como, por ejemplo, una iniciativa de integridad; e
 - Involucre a grupos de la sociedad civil, cuando sea conveniente.
- › Implíquese, a escala sectorial, para estimular el debate sobre las cuestiones pertinentes y sobre la amenaza a la integridad de la industria en su conjunto.
- › Adopte la posición del sector de los servicios financieros sobre la corrupción y comuníquela claramente:

- al público en general, para que entienda la posición del sector;
- a todos los intermediarios y organismos de intermediación;
- a los clientes actuales y potenciales, y
- a los organismos reguladores y a las fuerzas del orden.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Determine si atender la demanda constituiría una infracción de los códigos y políticas de la empresa.
- › Determine si atender la demanda constituye un comportamiento que infringe leyes, reglamentos, códigos del sector o normas relevantes.
- › Rechace toda demanda de compensación que pueda considerarse una infracción de los códigos, políticas o normas de la empresa, de los reglamentos, estatutos o legislación pertinente, o de los códigos o normas del sector.
- › Indique claramente a la persona que hace la demanda que ésta constituye una infracción de la posición expresada por la empresa y por el sector.
- › Denuncie cualquier solicitud ilícita a las fuerzas del orden y a los organismos supervisores sin demora.
- › Dé a conocer la demanda al nivel directivo que corresponda en su empresa.
- › Informe al organismo correspondiente del sector, si hay procedimientos de denuncia establecidos.
- › Adopte medidas disciplinarias contra cualquier empleado que haya participado en facilitar la demanda.
- › Informe a los clientes a quienes el intermediario haya hecho una petición de soborno, si es factible.
- › Si se dicta una condena penal, divúlguela.

Situación hipotética 20

Un proveedor ofrece un soborno a un directivo responsable de contratos para que pase por alto bienes o servicios fuera de especificación o de calidad inferior.

DESCRIPCIÓN

Un proveedor hace una entrega de 10.000 dispositivos. Al inspeccionar la mercancía, un responsable de contratos de la empresa compradora observa que la calidad de los sujetadores de los dispositivos no cumple con las especificaciones del contrato. Los sujetadores podrían provocar un mal funcionamiento de los dispositivos y crear un peligro potencial para los usuarios. El directivo llama por teléfono a su contacto con el proveedor y explica la discrepancia. El empleado del proveedor le ofrece dinero para hacer caso omiso del asunto y aceptar la mercancía, indicando en la documentación que los bienes se ajustan a lo establecido en el contrato.

3

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Lleve a cabo un proceso de diligencia debida de los proveedores, clientes e intermediarios involucrados en las licitaciones.
- › Identifique señales de alarma como, por ejemplo, reputación por corrupción, relaciones de parentesco con funcionarios gubernamentales, oficina no registrada o negativa a revelar la identidad de los propietarios.
- › Reúna información en embajadas, cámaras de comercio y asociaciones comerciales, organismos nacionales anticorrupción, otras empresas, agencias gubernamentales y otras fuentes pertinentes.
- › Establezca normas y procedimientos claros para la aceptación de productos e incorpórelos en el contrato:
 - Los productos deben cumplir estrictamente con las especificaciones del contrato y solamente pueden aceptarse discrepancias mediante una confirmación por escrito de los empleados del cliente, y
 - La aceptación de los productos requiere la aprobación de más de un empleado del cliente.

- › Los responsables de los contratos deben mantener una relación profesional con los empleados del proveedor y evitar una excesiva familiaridad.
- › Forme a los empleados pertinentes sobre las normas y procedimientos para la aceptación de productos, y haga hincapié en el riesgo que corre la empresa al aceptar productos no conformes.
- › Asegúrese de que los proveedores conozcan las normas del cliente sobre la aceptación de bienes.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

Cliente:

- › Rechace el pago corrupto alegando que va contra los principios de la empresa, puede infringir las leyes aplicables y podría causar el despido de los empleados implicados y su enjuiciamiento penal.
- › Registre la interacción pertinente.
- › Rechace los productos como no conformes al contrato.
- › Reporte inmediatamente la oferta de soborno a la dirección del cliente o al directivo responsable de cuestiones relativas al código de conducta.
- › Reporte la oferta al nivel adecuado en la organización del proveedor, e indique que los productos se han rechazado y que la oferta de soborno puede ocasionar la rescisión del contrato.
- › Realice un seguimiento de las medidas correctivas adoptadas por el proveedor.
- › Investigue toda la relación y los acuerdos pasados con el mismo proveedor y determine si se han aceptado anteriormente productos no conformes de este proveedor. Revise los documentos relevantes y entreviste a los responsables de contratación y a los clientes que hayan recibido entregas anteriores de este proveedor.
- › Incluya a especialistas jurídicos, operativos y de gestión de riesgos.
- › Determine si la no conformidad de los productos fue involuntaria o deliberada. Si fue deliberada, rescinda el contrato.

- › Desarrolle una estrategia para evaluar inmediatamente los posibles riesgos jurídicos, operativos y de reputación, y las soluciones jurídicas.
- › Realice una auditoría independiente para evaluar cualquier riesgo real que pueda derivarse para el producto o para la salud y la protección de los consumidores.
- › Asegúrese de que los planes de retirada del producto y otros planes de contingencia estén actualizados.

Proveedor:

- › Acepte la devolución de los productos, y vuelva a fabricarlos de conformidad con el contrato.
- › Investigue, quizá junto con el cliente, el intento de soborno y la no conformidad de los productos.
- › Aplique medidas disciplinarias a todos los empleados involucrados en la oferta de soborno, incluso con el cese del contrato de trabajo.
- › Notifique al cliente la medida correctiva adoptada.
- › Cuando el asunto finalice, documente y aplique las lecciones aprendidas (por ejemplo, haga los cambios necesarios en las operaciones, revise procesos).
- › Repita la formación a los empleados pertinentes sobre políticas anticorrupción, cualquier cambio en los procesos y las posibles sanciones por incumplimiento.

3

Situación hipotética 21

El representante de un cliente exige un pago, que no se acordó previamente, como condición para un cambio en el contrato.

DESCRIPCIÓN

Su empresa ha firmado un contrato con un cliente para llevar a cabo un proyecto. Durante la implantación del mismo, su empresa solicita un cambio legítimo en el contrato, para incorporar al precio un aumento del tipo de interés de mercado, como resultado de un cambio necesario en el alcance

del trabajo. El representante del cliente le informa que la modificación del contrato no se firmará a menos que su empresa haga un pago a dicho representante.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Tenga en cuenta que, una vez firmado el contrato, se compromete a completar el proyecto en el tiempo y por el precio acordados; por lo tanto, su empresa es altamente vulnerable si el contrato no incluye cláusulas de salvaguardia contra el riesgo de instigación al delito.
- › Lleve a cabo un proceso de diligencia debida del historial del cliente por incidentes de soborno (“Conozca a su cliente”).
- › Desarrolle relaciones con organismos externos que puedan ayudarle durante el proceso de diligencia debida y durante la implantación del contrato (por ejemplo, la embajada local o las asociaciones empresariales).
- › Vuelva a evaluar la posibilidad de que se produzcan peticiones de soborno en cada etapa del proyecto.
- › Desarrolle un plan de acción global, que incluya asuntos de seguridad, para tratar la posibilidad de que haya represalias contra el personal, los contratistas y los activos de la empresa, si se niega a pagar sobornos dondequiera que la empresa opere.
- › Considere la posibilidad de una acción colectiva con los competidores y clientes mediante iniciativas en favor de la integridad que fomenten el comportamiento ético; asegúrese en primer lugar de que tales iniciativas no infringen la legislación aplicable antimonopolio o sobre contratación.
- › La licitación de su empresa para el proyecto debe tener en cuenta las tarifas y costos relacionados con el asesoramiento de expertos (legales, técnicos, administrativos) necesario para mitigar el riesgo de corrupción en los términos y condiciones del contrato y para un riguroso seguimiento hasta la finalización del proyecto.
- › Negocie los siguientes términos en su contrato:
 - Una disposición contractual que prohíba los pagos ocultos y/o ilícitos, que permita que la parte expuesta a la instigación al delito indebida

de la otra parte suspenda o rescinda el contrato por incumplimiento sustancial o mala conducta deliberada de la parte instigadora y que sea indemnizada por las consecuencias de la instigación;

- Una cláusula de cambio de contrato o de replanteo (por ejemplo, cláusulas relacionadas con la modificación, suspensión, interrupción, cancelación o rescisión del contrato, causas de fuerza mayor o casos fortuitos, etc.), incluidas cláusulas relacionadas con los aspectos financieros del contrato;
 - Términos y condiciones técnicos y financieros rigurosos (por ejemplo, calendario de pagos y retrasos, moneda de pago y cuenta bancaria, condiciones estrictas relacionadas con la fecha de entrada en vigor del contrato), incluyendo disposiciones que traten el pago de costos adicionales en caso de un cambio inusual o imprevisto en las condiciones del contrato, para evitar la posibilidad de extorsión;
 - Una cláusula de resolución de controversias (especifique un centro de arbitraje de buena reputación y un lugar de arbitraje fuera del país de ejecución del proyecto si los tribunales de este país no se consideran fiables), y
 - Una cláusula que designe a un experto técnico independiente para facilitar la resolución de cualquier desacuerdo entre las partes.
- › Diseñe los aspectos financieros de la oferta/contrato sobre una base financiera neutra, de modo que pueda interrumpir el proyecto en cualquier momento sin incurrir en grandes pérdidas financieras.
 - › Consulte la posibilidad de suscribir un seguro (a través de una agencia de crédito a la exportación, un banco multilateral o un banco comercial) que cubra cualquier riesgo (daños y/o represalias) generado por su negativa a pagar sobornos.
 - › Incluya cláusulas en su contrato que dispongan que todos los pagos se harán exclusivamente a través de transferencias bancarias electrónicas entre las cuentas corporativas de las partes del contrato, excluyendo de este modo los pagos en efectivo a la cuenta bancaria de personas físicas.
 - › Identifique los activos, las cuentas por cobrar o los empleados de la empresa en el país del proyecto que puedan estar expuestos a represalias por la negativa a pagar sobornos.

- › Si la presión para pagar el soborno se vuelve demasiado fuerte, evalúe las consecuencias de poner fin al proyecto.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Niéguese a pagar.
- › Use todos los canales disponibles para informar a la oficina central o a su empresa matriz, así como a su responsable de cumplimiento, supervisor u otro directivo relevante.
- › Examine las consecuencias legales, técnicas y financieras de su negativa a pagar el soborno.
- › Analice cómo podrían reaccionar las autoridades locales, y cómo podrían ayudarle las autoridades jurídicas del país donde su empresa tiene la sede.
- › En los casos en que la financiación la aporten o aseguren el Banco Mundial, otros bancos de desarrollo multilateral u otras agencias bilaterales, busque inmediatamente el apoyo de estas instituciones para oponerse a la instigación al delito.
- › En cooperación con las autoridades (por ejemplo, la policía u otra autoridad pertinente), reúna pruebas, cuando sea posible, para demostrar la instigación al delito.
- › De acuerdo con los términos y condiciones del contrato según se recomienda anteriormente, ponga en práctica las soluciones jurídicas contractuales disponibles, como la notificación al cliente de la suspensión, cancelación o rescisión del contrato, reclamaciones de compensación, indemnización... Considere detenidamente cuáles son las consecuencias penales de la instigación al delito realizada por el representante del cliente.
- › Anticipe y gestione el impacto reputacional derivado del rechazo a la instigación al delito (por ejemplo, posibles represalias a través de los medios de comunicación).
- › Diríjase a las asociaciones comerciales locales o a su embajada para exponer la situación y conseguir ayuda; si procede, busque el apoyo adicional de las organizaciones no gubernamentales relevantes que puedan ayudarle a exponer el problema de la instigación al delito.

- › Comuníquese con su agencia de crédito a la exportación (ECA) o su agente de seguros, y verifique si la instigación al delito se considera un incumplimiento del contrato que desencadena la cobertura de la póliza de seguro.

Situación hipotética 22

A cambio de una comisión, un “empresario” se ofrece a ayudar a reanudar los pagos parciales de un cliente, que se han interrumpido sin motivo aparente.

DESCRIPCIÓN

Su empresa ha obtenido un contrato para suministrar equipos de telecomunicaciones a una empresa propiedad del gobierno. El contrato también cubre servicios de ingeniería e instalación durante un período de 18 meses. Los pagos parciales se abonan a final de cada mes según el trabajo realizado y el equipo suministrado en el mes anterior. Se retiene un importe del 10% sobre cada pago, que se reembolsará con el último pago, después de la aceptación del trabajo y del equipo.

El trabajo ha avanzado según el calendario previsto y los pagos periódicos se han hecho sin demora, o con demoras mínimas, durante los primeros once meses. Sin embargo, el pago debido para el duodécimo mes se hace con un retraso de dos meses y desde entonces no ha habido ningún otro pago mensual. Dado que usted no puede desmovilizar y volver a movilizar fácilmente al personal, ha completado el trabajo y ha proporcionado todo el equipo, y ha reclamado los pagos atrasados, sin éxito. En la inspección de aceptación, se le entrega una larga lista de insuficiencias y se le pide que proporcione un gran número de documentos para su revisión, aunque las pruebas llevadas a cabo por sus expertos muestran que el equipo está funcionando según las especificaciones contractuales o incluso mejor.

Durante una recepción organizada por el Ministerio de Comunicaciones, se le presenta a un empresario que le hace saber que puede facilitar la aceptación del trabajo y del equipo, y conseguir un pronto pago, a cambio de una comisión del 10% de los importes pendientes.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

- › Implante una política y unas directrices de empresa que prohíban el soborno, que incluyan cómo rechazar las ofertas para facilitar las relaciones con los gobiernos mediante sobornos.
- › Obtenga una carta de crédito que cubra los pagos, o disponga una cuenta de garantía bloqueada en la que se depositen sumas de dinero para cubrir los pagos o bien un pago inicial al comienzo del contrato que sirva como garantía de los pagos pendientes.
- › Disponga tasas de interés disuasivas sobre los pagos pendientes, y ofrezca un descuento por los pagos sin demora.
- › Disponga la aceptación intermedia del trabajo efectuado en etapas definidas del contrato, para evitar una larga lista de deficiencias al final de éste.
- › Disponga un procedimiento de arbitraje acelerado y neutro que determine la entrega de servicios y el suministro de productos en conformidad con el contrato.
- › Estipule en el contrato que las controversias contractuales se someterán al arbitraje internacional en un terreno neutro.
- › Disponga el derecho a rescindir el contrato y a cobrar costos de desmovilización si los pagos se retrasan más de cierto tiempo o si los pagos pendientes superan un cierto importe. Asegúrese también de que un tercero no pueda completar el trabajo a menos que los costos de desmovilización y los importes pendientes se hayan pagado.
- › Si los servicios o productos se suministran a un gobierno, disponga que los beneficiarios privados del servicio hagan el pago directo o que depositen el importe en una cuenta de depósito en garantía.
- › Intente asegurarse de que los pagos estén incluidos específicamente en el presupuesto nacional.
- › Obtenga la renuncia a la inmunidad diplomática y jurisdiccional del gobierno.

- › Disponga por contrato que las controversias se someterán a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), si el país anfitrión y el país del inversor forman parte del Convenio de CIADI.
- › Solicite la garantía de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) si el país anfitrión y el país del inversor son miembros de OMGI, o la de una organización nacional similar del país del inversor.
- › Cree una asociación público-privada con el gobierno, para proporcionar a éste una participación en los resultados de las operaciones.
- › Nunca acepte una ayuda no solicitada.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

- › Diga no a la persona que haga la instigación al delito y no tenga más contacto con ella.
- › Informe al gobierno sobre esa persona y pregunte el motivo de su intervención.
- › Designe a un representante local para que realice un seguimiento del procedimiento de pago y, si es posible, evite al empleado del cliente que bloquea el pago.
- › Suspenda el trabajo en caso de que haya pagos pendientes –liquide importes del depósito de garantía–, utilice el derecho de deducción con pago de garantía, si lo hubiere.
- › Lleve el caso al arbitraje.
- › Solicite (informalmente) al Fondo Monetario Internacional que revise el caso o que incluya la revisión en una auditoría de proyecto.
- › Solicite la ayuda del gobierno del país del inversor.

Anexo

ORIENTACIONES SOBRE BUENAS PRÁCTICAS GENÉRICAS RELACIONADAS CON LA EXTORSIÓN Y LA INSTIGACIÓN AL DELITO

Las 22 situaciones de RESIST ponen de manifiesto una amplia variedad de riesgos de corrupción que se presentan a menudo en muchos tipos de relaciones comerciales con funcionarios públicos y socios comerciales.

Muchas situaciones hipotéticas requieren respuestas comunes, que son aplicables a la mayoría de las situaciones de instigación al delito. Mientras que las respuestas se repiten parcialmente en cada una de las situaciones hipotéticas, este anexo proporciona una descripción general de las respuestas genéricas a la exigencia de estos pagos, y trata los aspectos principales de estos riesgos individuales.

Las medidas sugeridas a continuación se han concebido como un amplio abanico, no exhaustivo, de medidas prácticas para evitar o combatir situaciones de instigación al delito o extorsión. No todas serán relevantes en una determinada situación, ni todas serán factibles dependiendo del tamaño de las empresas y de sus recursos. Además, han de considerarse como sugerencias prácticas, pero no como alternativas a un criterio directivo ético sólido ni al sentido común, basado en un adecuado asesoramiento profesional de carácter jurídico, contable, fiscal o de otro tipo, durante la evaluación de una situación específica y, especialmente, el asesoramiento necesario para comprender y cumplir la legislación y los reglamentos nacionales.

PREVENCIÓN: ¿CÓMO REDUCIR LA PROBABILIDAD DE QUE SE PRODUZCA LA EXIGENCIA ILÍCITA?

Políticas anticorrupción generales de la empresa

- › Aplique y haga cumplir una política de tolerancia cero hacia el soborno, basada en las leyes aplicables y en valores éticos.
- › Establezca una reputación de tolerancia cero ante el soborno, dando publicidad a sus políticas anticorrupción y a los programas relacionados.
- › Lo ideal es que las políticas estén disponibles públicamente, pero al menos deberían estar a disposición de todos los empleados, socios comerciales,

agencias gubernamentales pertinentes, organizaciones benéficas, sindicatos de trabajadores y otros grupos de interés relevantes.

- › Estipule directivas de empresa claras que incluyan la denuncia de irregularidades y las sanciones correspondientes relacionadas con el incumplimiento.
- › Proporcione formación al personal operativo y al personal que trabaja sobre el terreno en materia de reglamentos y leyes de competencia, las consecuencias del soborno y los tratos contrarios a la competencia, tanto para la empresa como para los empleados involucrados, cómo responder a tales exigencias (es decir, procesos de alerta, departamento de cumplimiento) y a quién informar de tales exigencias.
- › En las sesiones de formación, haga hincapié en el riesgo delictivo y de reputación, no sólo para la empresa, sino también para los propios empleados expuestos.
- › Envíe recordatorios periódicos a los empleados expuestos.
- › Remunere de forma competitiva al personal de su empresa que esté en riesgo, a fin de reducir el incentivo de solicitar o aceptar comisiones ilícitas (*kickbacks*).
- › Exija a los empleados de alto riesgo que firmen periódicamente una declaración de conocimiento del código de conducta.
- › Incluya cláusulas anticorrupción y derechos de auditoría en los contratos con socios comerciales, proveedores y subcontratistas, agentes y asesores.
- › Asegúrese de que los empleados comprendan que no deberían rechazar el pago si sufren amenazas de violencia.

Políticas sobre los pagos de facilitación

- › Cuando sea posible para sus operaciones, implante una política de tolerancia cero con los pagos de facilitación.
- › En caso contrario, implante una política que rechace los pagos de facilitación siempre que sea posible, permitiendo sólo los pagos que claramente no puedan evitarse, exigiendo una documentación clara sobre cualquier pago de este tipo y teniendo, como objetivo final, la eliminación de los mismos.

- › Identifique claramente el límite de los pagos de facilitación. Por ejemplo, un máximo de 100 dólares estadounidenses, con carácter excepcional o sólo de forma ocasional al receptor.
- › Dificulte la posibilidad de exigir pagos de facilitación. Por ejemplo, haga que los empleados avisen a los funcionarios que exigen estos pagos de que deberán registrar y elevar en la empresa el pago y los detalles relevantes, incluyendo el nombre del funcionario.
- › Asegúrese de que los empleados puedan comunicarse rápidamente con los directivos u otras personas designadas cuando se enfrenten a exigencias de pago.
- › Trabaje con otras empresas y organizaciones internacionales en la eliminación de los pagos de facilitación. Por ejemplo, acuerde con los competidores de un mercado que todos rechazarán dichos pagos.

POLÍTICAS PARA REPRESENTANTES DE LA EMPRESA QUE PUEDEN ESTAR EXPUESTOS A ESTOS RIESGOS

- › Forme en materia de políticas anticorrupción al personal pertinente antes del comienzo de un proyecto, y discútalas con ellos.
- › Identifique y aborde abiertamente los incentivos para pagar sobornos.
- › Introduzca “páginas de excusas” que expliquen por qué las respuestas y justificaciones habituales ante la necesidad de pagar sobornos no son válidas.
- › Verifique los antecedentes del personal que participa en las transacciones o los proyectos, incluidos los potenciales conflictos de interés, respetando el derecho laboral y las leyes de protección de datos que sean aplicables y otras consideraciones de orden jurídico.
- › Proporcione formación al personal en riesgo sobre las consecuencias del soborno (jurídicas, financieras, de reputación, etc.).
- › Prepare directrices para los empleados sobre cómo responder a demandas de soborno (es decir, líneas directas para denunciantes, formación y asesoramiento sobre cumplimiento), en las que se incorporen recomendaciones culturales, sectoriales y específicas de la función.

- › Estudie la creación de incentivos por reportar las peticiones de soborno.
- › Antes, durante y después de los proyectos o transacciones, prohíba o regule estrictamente los obsequios, las ofertas de entretenimiento, la hospitalidad, el patrocinio y las contribuciones benéficas o políticas, a través de políticas, asesoramiento, formación y un proceso de aprobación formal.
- › Establezca límites adecuados al entorno local.
- › Aplique una política de tolerancia cero para las partes directa o indirectamente involucradas en el proceso de oferta.
- › Establezca mecanismos sobre los desembolsos de gastos para el personal involucrado en proyectos o transacciones.
- › Evite la existencia de fondos para gastos menores que permitirían que el personal respondiera positivamente ante una instigación al delito.
- › Evite los pagos en efectivo siempre que sea posible, y utilice en su lugar cheques o transferencias electrónicas.
- › Consolide las cuentas bancarias.
- › Analice la gestión de riesgos antes de aprobar la apertura de cuentas basadas en proyectos.
- › Sea claro con sus empleados acerca de las categorías de gastos para las que se aprobarán o rechazarán las solicitudes de reembolso o para las que se deberá presentar una solicitud previa, a fin de evitar el riesgo de los hechos consumados y la exposición de la empresa y su dirección.
- › Siempre que sea factible, sustituya la realización en persona de:
 - el pago de facturas, derechos aduaneros, honorarios, impuestos, etc., que se llevará a cabo mediante transferencias electrónicas directamente a cuentas bancarias oficiales de entidades gubernamentales, proveedores de servicios o socios comerciales, y
 - las comunicaciones exigidas para aprobaciones oficiales, que se llevarán a cabo mediante comunicación y documentos electrónicos.

- › Siempre que sea posible, trabaje en equipos formados por, al menos, dos empleados, que deben cumplir con estrictas directivas de reporte y mecanismos de control.
- › Cuando se reúna con otras partes, exija que le acompañe un abogado, otro asesor profesional o un tercero, a fin de reducir la probabilidad de que le pidan un soborno.
- › Esté alerta para detectar conspiraciones inapropiadas; consulte a expertos que estén familiarizados con las transacciones internacionales (financieras, fiscales y legales) cuando surjan preocupaciones.
- › Establezca un plan de acción, especialmente en cuanto a medidas de seguridad, en el que se pueda apoyar para anticipar y gestionar el riesgo de represalias contra el personal y los activos de su empresa como consecuencia del rechazo de un intento de instigación al delito o de extorsión. La protección del personal expuesto es de suma importancia.

MANEJO DE RIESGOS ESPECÍFICOS

- › Establezca una política de tolerancia cero contra el pago o la recepción de comisiones ilícitas de socios comerciales privados.
- › Trate el soborno de funcionarios públicos o de socios comerciales de la misma manera.
- › Asegúrese de que los socios comerciales conocen su política sobre comisiones ilícitas.
- › Tenga una política clara que aborde los conflictos de interés.
- › Exija a todos los empleados que declaren cualquier interés económico o personal que pudieran tener, directa o indirectamente, en relación con cualquier proyecto o transacción o respecto a cualquier tercero que mantenga relaciones comerciales, financieras o regulatorias con su empresa, y
- › Asegúrese, siempre que sea posible, de que los empleados que tengan conflictos de interés potencialmente importantes no participen en dichos proyectos o transacciones.

- › Si no es posible apartar a los empleados de dichos proyectos o transacciones, asegúrese de que sus roles sean completamente transparentes y de que no obtengan ganancias indebidas.
- › Asegúrese de que las transacciones y los proyectos sean transparentes, y de que se planifiquen y ejecuten de acuerdo con estándares y procedimientos claros y objetivos. Por ejemplo, si su empresa financia un proyecto de investigación y desarrollo en una universidad, asegúrese de que los criterios de financiación sean claros y objetivos.
- › Siempre que sea factible, asegúrese de que las decisiones importantes sean tomadas por más de una persona; por ejemplo, un comité o varias personas deben aceptar a los proveedores o socios comerciales o una inversión (de I+D u otra decisión sobre financiación).
- › Cuento con una política clara que aborde el tema de los obsequios, las ofertas de entretenimiento y la hospitalidad:
 - Sopesa la conveniencia de los obsequios y la hospitalidad, razonables y relacionados con la empresa, con el riesgo de que puedan percibirse como sobornos, por ejemplo, teniendo en cuenta las costumbres y leyes locales;
 - Proporcione pautas que expliquen claramente qué significa “relacionados con la empresa” y qué tipo de obsequios y hospitalidad se permiten; por ejemplo, gastos de viaje, de comida, entretenimiento y alojamiento;
- › Asegúrese de que las directrices estipulan el umbral de costos permitido o proporcionan ejemplos claros de niveles de costos permitidos;
- › Asegúrese de que los empleados pueden conseguir con rapidez orientación para decidir sobre obsequios u hospitalidad.
- › Tenga una política clara que se ocupe de las contribuciones políticas o benéficas y del patrocinio.
- › Describa claramente qué tipo de contribuciones / patrocinios están permitidos y a qué nivel, e identifique con claridad a los destinatarios aceptables.
- › Sopesa los beneficios de las contribuciones y los patrocinios legítimos con el riesgo de que las donaciones se perciban como sobornos, por ejemplo, teniendo en cuenta las costumbres y leyes locales.

- › Cree un grupo que implante la política de contribuciones y patrocinios, con procedimientos transparentes y bien documentados.
- › Si se hacen pagos a sindicatos o a otros grupos de empleados, asegúrese de que se identifiquen los importes, los procedimientos de pago, las fechas y todas las personas pertinentes. Cerciórese de que los pagos se hagan directamente a las cuentas bancarias de las organizaciones en cuestión.
- › Tenga una política y directrices claras sobre el cobro de cuentas pendientes, para evitar la solicitud de comisiones ilícitas.
- › Se recomienda que se difunda el material anticorrupción de la empresa, por ejemplo, políticas y directrices, ya que esto da a entender claramente a los empleados, a los socios comerciales y a otros grupos de interés la posición firme adoptada por la empresa contra la corrupción.

DILIGENCIA DEBIDA Y GESTIÓN DE AGENTES Y OTROS INTERMEDIARIOS

- › Realice procesos de diligencia debida a los agentes, consultores y otros intermediarios (incluidos sus propietarios y directivos) que participen en acuerdos con entidades gubernamentales o socios comerciales:
 - Identifique señales de alarma, ya que estas personas suelen utilizarse para pagar sobornos a funcionarios públicos, extorsionistas... como pueden ser, por ejemplo, relaciones de parentesco con funcionarios públicos, la ausencia de una oficina registrada, la negativa a revelar la identidad de los propietarios;
 - Prescinda de los intermediarios que no sean esenciales para el proyecto o la transacción; e
 - Implante la gestión de riesgos / la aprobación de cumplimiento para los pagos a intermediarios,
- › Asegúrese de que el nivel de remuneración propuesta para el intermediario guarde relación con la naturaleza y el alcance de los servicios, y de que los servicios sean legítimos; documente esta remuneración.
- › Incluya en los contratos que la remuneración se pagará electrónicamente en una cuenta corporativa en un banco ubicado en el país donde se realizan las operaciones del intermediario. Nunca pague en efectivo.

- › Tenga directrices claras que rijan la selección de intermediarios. Por ejemplo, quién tiene la autoridad para contratarlos, criterios de selección, uso de contratos estándar. Debe justificarse la necesidad de contar con un intermediario.
- › Asegúrese de obtener las autorizaciones internas de los directivos corporativos pertinentes (al menos uno de los aprobadores no debe tener incentivos de ventas) antes de contratar a un consultor o agente y de haber pagado ningún honorario.
- › Formalice por escrito los contratos con los intermediarios, e incluya en ellos la descripción de los servicios proporcionados, los compromisos anticorrupción, la comisión máxima y las cláusulas de rescisión y cumplimiento legal, incluidos la prohibición de pagos a funcionarios públicos y el derecho a auditar las cuentas de los intermediarios.
- › Asegúrese, si es necesario, de que todos los pagos hechos por los intermediarios sean previamente aprobados y/o firmados conjuntamente por la empresa, y que los empleados o representantes de la empresa (por ejemplo, sus abogados) asistan a las reuniones celebradas entre el agente y los funcionarios públicos.
- › En empresas de gran tamaño, establezca y revise cada año las listas de intermediarios aprobados.

IMPLANTACIÓN DE CONTROLES ADICIONALES

- › Antes de comenzar las operaciones en un país, asegúrese de que su empresa tenga el conocimiento suficiente de las reglas y los procedimientos relevantes en relación con:
 - Requisitos legales para obtener las aprobaciones y permisos necesarios.
 - Procesos para obtener las licencias y los permisos exigidos para realizar negocios en un país, incluidos:
 - Salud, lugar de trabajo, seguridad de los productos y medio ambiente;
 - Permisos de trabajo;
 - Pasaportes, inmigración y controles fronterizos;

- Derechos aduaneros, procedimientos y reglas de pago, como las normas oficiales para servicios acelerados con tarifas más elevadas;
- Plazos para procesar solicitudes.
- Reglamentos fiscales, incluidos los procedimientos para el pago de impuestos en cuentas de entidades oficiales.
- Antes de negociar contratos, tratar con entidades gubernamentales o comenzar las operaciones, obtenga asesoramiento profesional sobre:
 - Leyes relevantes;
 - Normas y procedimientos contables.
- › Conexión a servicios públicos e infraestructura como, por ejemplo, redes eléctricas y de telecomunicaciones, agua, caminos, puertos... incluyendo los plazos.
- › Tenga previstos retrasos en los proyectos causados por su negativa a pagar sobornos.
- › Asegúrese de que su empresa cumpla con todos los reglamentos y los requisitos oficiales relevantes para operar en el país.
- › Identifique a los funcionarios públicos clave y procure que conozcan su empresa y su política y programas anticorrupción.
- › Opóngase a las demandas ilegítimas realizadas por funcionarios públicos después de buscar asesoramiento profesional.
- › Asista a negociaciones y otras reuniones sólo en compañía de asesores profesionales.
- › Opóngase las demandas ilegítimas en los tribunales de justicia cuando sea necesario. Revise los pagos que impliquen un nivel elevado de riesgo:
 - Pagos a cuentas bancarias en instituciones financieras fuera del lugar del proyecto, a paraísos fiscales o a países que mantienen el secreto bancario;
 - Exija un certificado bancario que confirme la identidad del propietario de la cuenta bancaria de abono;

- Asegúrese de que los contratos establezcan claramente reglas y procedimientos para modificaciones contractuales, como quién paga los costos en los que incurre una parte como consecuencia de la solicitud de modificación realizada por la otra, quién aprueba la enmienda, períodos de notificación y cuáles son los requisitos para el acuerdo.
- › Implante cláusulas y procedimientos contractuales para garantizar el pago de sus facturas:
 - Cartas de crédito;
 - Incentivos por pronto pago, penalizaciones por pago atrasado.
- › Comunique las sospechas y las pruebas sobre la instigación al delito. Internamente, en su empresa, al personal directivo.
- › A los funcionarios públicos pertinentes que:
 - Supervisan a quienes formulan instigación al delito.
 - Se encuentran en un nivel superior del gobierno, según sea necesario.
 - A la embajada del país donde se encuentra la sede central de su empresa.
- › A otros grupos de interés, incluidos otras empresas, organizaciones no gubernamentales o medios de comunicación, según proceda. En particular, comuníquese con empresas que también participen en actividades anticorrupción, por ejemplo, a través de redes locales de ICC o las redes del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, o las delegaciones locales de Transparencia Internacional.
- › Utilice tecnología anticorrupción para aumentar la eficacia de la supervisión.
- › Emplee técnicas asistidas por computadora para identificar las transacciones de mayor riesgo.

APOYO A LA TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS DE ADJUDICACIÓN CON LAS AUTORIDADES

- › Establezca un diálogo con las agencias para mejorar los procedimientos en las áreas siguientes:
 - Aliente la adopción de las directrices sobre mejores prácticas en la contratación pública (Banco Mundial/OCDE).
- › Haga que el proceso de adquisición sea transparente, incluida la publicación de las bases de la licitación.
- › Trabaje con otros grupos de interés (por ejemplo, organizaciones de la sociedad civil) para influir sobre la agencia de contratación para que adopte las mejores prácticas.
- › Propicie el establecimiento de un pacto de integridad (una herramienta desarrollada por Transparencia Internacional para combatir la corrupción en la contratación pública), o un tipo similar de acuerdo, entre la autoridad pública local y los diversos competidores, a fin de que todos los funcionarios participantes y las empresas licitantes se comprometan a no solicitar, ofrecer, entregar ni aceptar sobornos ni otros beneficios indebidos.
- › Garantice un acuerdo de la agencia de contratación en cuanto a la designación de un tercero independiente (es decir, sin conflictos de interés) para supervisar el proceso completo de licitación. Puede ser, por ejemplo, un experto, una empresa, una organización no gubernamental o una organización internacional pública como el Banco Mundial, que estén capacitados.
- › Solicite una ronda de precalificación para excluir a los licitadores que carezcan de capacidad de ejecución técnica y financiera (ya sea a través de su propia organización o de contratistas relevantes).
- › Sugiera que todos los licitadores, como requisito de precalificación, hayan implantado políticas y programas anticorrupción.
- › Acuerde con la agencia de contratación que no pueden agregarse intermediarios al proceso después de la presentación de ofertas.

PRECAUCIONES ADICIONALES EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN ASOCIADO A LICITACIONES ESTATALES

- › Incluya la evaluación del riesgo de corrupción como procedimiento estándar al seleccionar las oportunidades de oferta.
- › Evalúe los riesgos de corrupción a nivel de proyecto antes de participar en la licitación.
- › Cuando se presenten ofertas para contratos importantes, prefiera los proyectos financiados por instituciones financieras multilaterales (por ejemplo, el Banco Mundial) y que tengan una política anticorrupción clara.
- › Estandarice el análisis de ofertas por miembros del equipo que no formen parte del proyecto, como el personal directivo de operaciones, gestión de riesgos y especialistas en finanzas.
- › Maximice las posibilidades de detección, implantando procedimientos de control adicionales para detectar sobornos.
- › Separe las actividades de desembolso, relacionadas con la oferta, de los procesos de aprobación de las mismas.
- › Asegúrese de que el proceso de aprobación de la licitación no sea responsabilidad exclusiva del equipo de ventas involucrado en la oferta, si el tamaño de su organización lo permite.
- › Realice una revisión formal y un proceso de aprobación de los vendedores.
- › Utilice las licitaciones abiertas para subcontratar actividades, en todos los lugares y ocasiones posibles.
- › Realice regularmente un análisis de mercado de las tarifas de mercadotecnia por país:
 - de los agentes / consultores / asesores utilizados en el proceso de licitación;
 - de las cuentas bancarias en instituciones financieras fuera del lugar del proyecto, de paraísos fiscales o de países que mantienen el secreto bancario.

- › Exija un certificado bancario que confirme la identidad del propietario de la cuenta bancaria de abono.
- › Forme en materia de políticas anticorrupción al personal que participa en el proceso de contratación antes del comienzo del proyecto, y discútalas con ellos.
- › Implante una función de supervisión interna regular e independiente, que reporte a un alto ejecutivo:
 - los pagos de alto riesgo a agentes / consultores o a instituciones financieras fuera del lugar del proyecto.
 - la revisión regular, oportuna y detallada de la documentación del proceso de licitación.
- › Busque información relevante de empresas importantes, embajadas, agencias de crédito a la exportación, bancos o asociaciones empresariales sobre las prácticas comerciales en ese país.
- › Consulte el perfil de los países mediante herramientas en línea, como www.business-against-corruption.com. Evalúe los niveles de cumplimiento de las políticas y leyes anticorrupción existentes.
- › Supervise el nivel de vida de los miembros de la entidad que define las bases de la licitación / agencia de contratación.

INICIO DE ACCIONES COLECTIVAS PARA MEJORAR LA INTEGRIDAD COMERCIAL GENERAL

- › Anime a las asociaciones locales profesionales y comerciales y a las ONG para que trabajen con el gobierno en la promulgación de leyes y normas que hagan que los proyectos y las transacciones sean transparentes.
- › Busque el apoyo de las instituciones financieras internacionales para que promuevan la calidad y la previsibilidad de la contratación pública.

PRECAUCIONES LEGALES Y FINANCIERAS

- › Estipule en los contratos que las controversias contractuales se someterán al arbitraje internacional en terreno neutro.

- › Disponga por contrato que las controversias se someterán a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), si el país anfitrión y el país del inversor forman parte del Convenio de CIADI.
- › Solicite garantías de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) si el país anfitrión y el país del inversor son miembros de OMGI, o las de una organización nacional similar del país del inversor.

RESPUESTA A LA EXIGENCIA DE SOBORNO: ¿CÓMO REACCIONAR SI SE PRODUCE?

3

Respuesta inmediata

- › Tómese tiempo para pensar sobre la situación, no actúe solo y atégase a su mandato.
- › Responda que la instigación al delito, directa o indirecta, debe presentarse por escrito y que debe informar sobre ésta a la dirección de su empresa.
- › Rechace el pago alegando que toda instigación al delito va contra los principios de la empresa, puede infringir las leyes aplicables, como aquellas sobre contabilidad o sobre medidas anticorrupción en su país o en el país anfitrión, y sobre blanqueo de capitales, y podrían causar el despido y enjuiciamiento penal, no sólo de los empleados implicados, sino también de la parte instigadora.

Reporte internamente

- › Reporte inmediatamente a la dirección o a los directivos designados para los asuntos relacionados con el código de conducta (por ejemplo, al director de cumplimiento) y defina una estrategia apropiada (por ejemplo, cambiar al equipo negociador).
- › Registre el incidente y realice una evaluación interna para definir las acciones correctivas.

Investigue

- › Investigue el acuerdo y al intermediario, así como también los acuerdos anteriores con las mismas contrapartes (cliente, autoridades) o intermediario en el mismo país o incluso en otros países.

- › Incluya a especialistas jurídicos, operativos y de gestión de riesgos.
- › Conserve los resultados de la investigación tanto por sus implicaciones jurídicas como para futuras evaluaciones de riesgo.

Discuta la situación con las personas pertinentes

- › Vuelva a dirigirse a la persona instigadora o a su superior con al menos un testigo (directivo, asesor, representante del banco), con la siguiente postura:
 - Reafirme su disposición a hacer negocios, realizar el proyecto o la transacción, llevar a cabo la actividad e ignorar la instigación al delito.
 - En el caso de que se reitere la instigación al delito:
 - Primero, informe a la persona de que la exigencia no es aceptable;
 - Amenace con negarse a seguir participando y a comunicar públicamente las razones para actuar así;
 - No siga participando.
- › Reporte (directamente o de manera anónima), al nivel correspondiente de la organización supuestamente representada por la persona que exige el soborno.
- › Evalúe si la exigencia es parte de una corrupción sistemática o simplemente la acción de un empleado deshonesto:
 - Empleados deshonestos: denúncielos ante sus superiores;
 - Corrupción sistemática: reporte a la organización (directamente o en forma anónima) y a los superiores.
- › Explique a las personas que formulan la instigación que el plan propuesto podría exponer a todas las partes (personas y empresa) al riesgo de una acción judicial no sólo en el país donde se realiza el trato, sino también en los países miembros de la OCDE, según las reglamentaciones de lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales.

- › Convoque reuniones de todas las partes y discuta los potenciales desafíos a los que se enfrentan las operaciones para tener éxito, tales como la petición de sobornos, sin revelar demasiados detalles. Esto debería servir de elemento de disuasión para la parte culpable.

Si se comprueban las sospechas, informe de la situación, a nivel externo, a:

- › El gobierno – utilice varias agencias gubernamentales para denunciar las organizaciones corruptas.
- › La embajada o el consulado que representan a su país de origen, para buscar orientación y apoyo.
- › Las instituciones financieras, si se plantea cobertura o financiación de crédito a la exportación.
- › Los competidores, en caso de que estén sujetos a un entorno normativo similar al suyo.
- › Las asociaciones profesionales en el país anfitrión, para que puedan reportar la instigación al delito, sin citar nombres y de forma colectiva, a las autoridades pertinentes.
- › Iniciativas sectoriales: Aproveche las iniciativas sectoriales para comunicar las peticiones de soborno.
- › Denuncie a los extorsionistas conocidos.
- › Organismos reguladores: en los sectores regulados, alerte a los reguladores de las peticiones de soborno que puedan surgir de los funcionarios de las empresas estatales.
- › Medios de comunicación / ONG: Aproveche el escrutinio público del proceso de licitación.

RETIRADA

Retírese del proyecto o la transacción y dé a conocer las razones de esta decisión al público, a las organizaciones internacionales y/o a determinados funcionarios públicos del país que organiza la licitación.

RESIST Copyright ©2011

Cámara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional,
Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Foro Económico Mundial.

Todos los derechos reservados. La Cámara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Foro Económico Mundial poseen todos los derechos, tal como se definen en los códigos de propiedad intelectual aplicables, sobre este trabajo colectivo. El uso comercial de esta obra está prohibido. Cualquier reproducción total o parcial debe incluir este aviso sobre los derechos de autor.

Directrices ICC sobre agentes, intermediarios y otros terceros⁶

Introducción

Muchas empresas utilizan intermediarios para conseguir o conservar oportunidades de negocio. Agentes, consultores, intermediarios y otras terceras partes, que en adelante denominaremos terceros, constituyen un medio eficaz para desarrollar, expandir y mantener el negocio internacional de la empresa. Incluso las empresas muy grandes necesitan, en una economía globalizada, recurrir a terceros para llegar a todas las zonas y ofrecer todos los productos y servicios que se propongan. Con todo, los terceros, si no se seleccionan con cuidado o si se gestionan de manera inadecuada, pueden generar un riesgo considerable y perjudicar a la empresa.

Las *Directrices ICC sobre agentes, intermediarios y otros terceros* (las “Directrices”), cuya aplicación por parte de las empresas es de carácter voluntario, proporcionan consejo a las empresas sobre cómo seleccionar, remunerar y gestionar a los terceros, de manera que obtengan el mejor resultado posible sin dañar la reputación de la empresa. Las Directrices tienen carácter general y constituyen lo que se considera buenas prácticas comerciales, pero carecen de efecto legal. Son el resultado de numerosas consultas y de la información recibida desde muchos sectores empresariales. Se dirigen a las empresas que recurren a terceros o tienen esta intención, pero también deberían inducir a todos los funcionarios públicos de abstenerse de llevar a cabo cualquier forma de extorsión o instigación al delito dirigida a terceros.

Un gran número de convenciones y de legislaciones nacionales vigentes penalizan el soborno en todas sus formas, tanto el directo como el indirecto, y el tráfico de influencias. También castigan las infracciones de particulares y empresas con duras sanciones. Además, cada vez existen más disposiciones de derecho penal que exigen a las empresas que instauren en sus organizaciones sistemas de prevención efectivos, con el fin de evitar cualquier acto de soborno. Un creciente número de países, dentro y fuera del área de la OCDE, han incrementado sus recursos y esfuerzos para detectar, identificar y sancionar el soborno, exponiendo a las empresas a amplias responsabilidades en virtud de diferentes leyes contra la corrupción.

⁶ La edición de 2010 se encuentra disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-agents-intermediaries-third-parties-2010/>

Todos los terceros, tal como se definen en el glosario, tienen un factor en común: están sujetos al control o influencia determinante de la empresa y, por lo tanto, a su propia esfera de responsabilidad. De la definición del glosario se deriva que los terceros no incluyen a los proveedores de servicios o de bienes. Los riesgos de corrupción también pueden aparecer al contratar a terceros que actúan en el sector privado. Un creciente número de disposiciones legales imperativas nacionales e internacionales consideran delito al soborno comercial. Por lo tanto, se recomienda a las empresas que estén sujetas a dichas disposiciones legales que apliquen las Directrices no sólo a los intermediarios que operan en el sector público, sino también en el privado. Las empresas también deberían evaluar si aplican los principios de las Directrices a los intermediarios que no están contratados en la fase de compraventa, sino en las etapas posteriores de la operación, como los agentes de aduanas o los gestores de reclamaciones, puesto que el riesgo del soborno puede aparecer también durante la fase de implantación del contrato o del proyecto.

El propósito de las Directrices es facilitar orientaciones en cuanto a procedimientos de diligencia debida sobre terceros, diseñados para garantizar que, en la medida de lo posible, la empresa contrate o haga negocios sólo con terceros de buena reputación y cualificados, que actúen con integridad y cumpliendo toda la legislación aplicable y las políticas de la empresa. Tras entablar una relación con el tercero, la empresa debería tener preparados controles efectivos para mitigar los riesgos de incumplimiento.

Las Directrices disponen algunos procedimientos de diligencia debida y salvaguardias adicionales que quizá la empresa querrá tener en cuenta al tratar con terceros, y se dirigen a todas las compañías que contratan o desean contratar a terceros. Las pequeñas y medianas empresas pueden emplearlas como base para crear sus propias directrices internas, mientras que las grandes empresas pueden utilizarlas para contrastar sus propias normas.

Muchas de las empresas que utilizan los servicios de terceros, en sus numerosas y diferentes formas, consideran que un programa de diligencia debida escalonado les permite dedicar más recursos a aquellos terceros que presentan un nivel superior de riesgo de corrupción, a la vez que garantiza que todos se supervisan adecuadamente. En un sistema escalonado, los terceros con más riesgo se someten a un examen más exhaustivo. El primer paso para crear un protocolo de diligencia debida exhaustivo y, a la vez, eficaz y eficiente en costes, es hacer un inventario completo y preciso de las clases de terceros (y las actividades que llevan a cabo en nombre de la empresa) y sus relaciones (con funcionarios públicos o entre empresas privadas), para identificar

los niveles de riesgo, las señales de alarma y la exposición de la empresa para, finalmente, definir los niveles apropiados de examen.

Reglas de ICC relativas a terceros

De acuerdo con el artículo 2 de las *Reglas ICC para combatir la corrupción*:

En relación con los terceros, las empresas deberán instruirles para que no participen ni toleren que ellas participen en ningún acto de corrupción; no utilizarlos como canal para ninguna práctica corrupta; contratarlos sólo en la medida que sea apropiado para el desarrollo normal del negocio de la empresa, y no pagarles más de la remuneración apropiada por los servicios legítimos proporcionados.

Estos principios de las *Reglas ICC para combatir la corrupción* son parte integral de estas Directrices.

4

Selección del procedimiento de diligencia debida

No existe un procedimiento estándar de diligencia debida que sea adecuado para todas las empresas. Por tanto, la empresa tendrá que escoger el procedimiento de diligencia debida que mejor se ajuste a sus circunstancias particulares, como el tamaño, sus recursos y el perfil de riesgo.

El primer paso para desarrollar un procedimiento apropiado de diligencia debida es definir el ámbito del proceso en términos que sean lo suficientemente amplios como para reflejar la exposición de la empresa a los riesgos del tercero. Este paso conlleva definir las categorías de terceros que pueden crear responsabilidades potenciales a la empresa, y decidir cuáles de estas categorías deben someterse a un examen de diligencia debida antes de la contratación. Al obrar así, la empresa deberá tener cuidado para que no prime la forma sobre la sustancia, y tendrá que fijarse en las actividades que lleva a cabo el tercero y no en la denominación con la que opera. Por ejemplo, puede que la empresa tenga que volver a categorizar a un tercero que se denomine distribuidor pero que actúe más bien como agente de ventas. Por otra parte, las empresas que trabajan en sectores o áreas geográficas donde la corrupción está extendida tendrán que valorar si efectúan procesos de diligencia debida a terceros que, en otros contextos, tendrían un perfil bajo de riesgo.

A continuación, la empresa tiene que decidir sobre el procedimiento de diligencia debida más apropiado (consulten el capítulo “Procedimiento de diligencia debida” en la página 104). Este proceso puede diseñarse para proporcionar un examen objetivo del candidato a tercero, y para recoger información (cumpliendo con la legislación aplicable en materia de protección de datos personales) sobre el candidato a tercero y sobre la operación, procedente del propio tercero, de los empleados de la empresa y de otras fuentes. Las empresas tienen que evaluar si indagan sobre el estatus del tercero (por ejemplo, determinar si son funcionarios públicos, o si lo son sus beneficiarios efectivos, o los directores, gestores o empleados), sus antecedentes (por ejemplo, las cualificaciones para la prestación de los servicios), y su reputación.

Las empresas también deben prestar atención a las señales de alarma (por ejemplo, la fama de “tomar atajos”) que las alerten del riesgo de que el tercero haga pagos indebidos. Este proceso puede ser tan simple como exigir a los terceros y a los empleados de la empresa que presenten por escrito la información que se considere relevante, y verificar dicha información con búsquedas por Internet y hablando con las referencias que hayan facilitado. Sin embargo, las empresas que se enfrentan a riesgos considerables de terceros, quizá querrán someter a los terceros a exámenes de más profundidad, que podrían incluir entrevistas, consultas a abogados externos o la contratación de investigadores independientes, como firmas de abogados o proveedores especializados en servicios de diligencia debida.

Además, la empresa debería establecer –al menos, cuando exista un cierto temor ante el riesgo de soborno– un procedimiento para el examen de la diligencia debida y la aprobación de operaciones con terceros que exija la participación de una función independiente de la unidad de negocio que pueda tener un interés en contratar al tercero (el “departamento promotor”), por ejemplo, los departamentos de Cumplimiento o el Jurídico (los “departamentos examinadores”). En el caso de pymes que carezcan de recursos internos para mantener una estructura independiente de cumplimiento o jurídica, el examen de la diligencia debida y el procedimiento de aprobación podría ser gestionado por personas que sean independientes del departamento promotor. Algunas empresas pueden estimar oportuna la intervención de expertos externos, ya sean jurídicos, de cumplimiento o contables, para el procedimiento de diligencia debida.

Para acabar, la empresa puede que desee implantar salvaguardias para protegerse del riesgo futuro del tercero. En particular, la empresa puede exigir contratos por escrito, ofrecer formación contra la corrupción a sus empleados

y a terceros, supervisar a estos últimos, y desarrollar directrices para los pagos a terceros.

Alcance de la diligencia debida

Aunque la empresa puede examinar y categorizar sus propias relaciones con terceros, basándose en un enfoque de gestión de riesgo estructurado, para comprender con claridad sus vulnerabilidades, algunas categorías de terceros tienden a exponer a las empresas a mayores riesgos que otras.

Estas categorías de terceros de alto riesgo, y cualquier otra que identifique la empresa, pueden someterse a un minucioso examen de diligencia debida antes de la contratación:

- › Todo tercero que se contrate para tratar directamente con funcionarios públicos en nombre de la empresa, cuando dicho funcionario tenga autoridad discrecional sobre algunas cuestiones que repercutan o involucren a la empresa y, en particular, dichos terceros cuando estén ubicados o hagan negocios en un país con altos niveles de soborno. Todo tercero contratado para interactuar con funcionarios públicos y al que se remunera basándose en su éxito para obtener un contrato, un permiso o un incremento de negocio. Asimismo, la empresa también tratará de identificar las circunstancias en la que los terceros son los más expuestos al soborno entre empresas privadas.
- › Todo tercero que esté contratado para buscar información que no está disponible públicamente.
- › Todo tercero que pueda ser, o pueda haber sido, un funcionario público o una empresa en la que un funcionario público tenga un interés económico (por ejemplo, como propietario, accionista, empleado o directivo).
- › Todo tercero que sea o pueda ser un familiar o un estrecho colaborador de un funcionario público en ejercicio o de un ex funcionario público, o un tercero que tenga a un familiar de un funcionario público en ejercicio o de un ex funcionario público como propietario, accionista, empleado o directivo.
- › Todo tercero que sea propiedad o esté controlado o estrechamente vinculado a una agencia gubernamental.

El alcance de un examen de diligencia debida debería bastar para evaluar si el tercero no es adecuado, es decir, si es probable que el tercero adopte

prácticas inadecuadas que podrían exponer a la empresa a responsabilidades o bien que serían incoherentes con las prácticas comerciales de la empresa y sus principios éticos. Si el tercero es adecuado, el examen de diligencia debida debería confirmar que la transacción propuesta con el tercero es legal al amparo de la ley aplicable y proporcionar un expediente razonable en apoyo de la presunción de que el tercero no utilizará su influencia con el gobierno, entidades públicas o el sector privado para obtener o retener un negocio, otras autorizaciones o permisos u otros beneficios indebidos en el ejercicio de su actividad. La cantidad de tiempo y esfuerzos exigidos para el examen dependerá de la cantidad y complejidad de las cuestiones que se planteen durante el transcurso del examen.

Procedimiento de diligencia debida

Se sirve mejor a los intereses de la empresa mediante un procedimiento de diligencia debida que sea eficaz y eficiente. La diligencia debida es un proceso reflexivo y cooperativo, no un ejercicio de ir rellenando casillas, que puede llevarse a cabo con recursos internos de la empresa o bien mediante proveedores externos cualificados. En este último caso, la decisión final de contratar o no al candidato a tercero debería tomarla la empresa, sin externalizarla. Si el proceso se efectúa internamente, todos los empleados involucrados en la transacción con el tercero deberían ser igualmente responsables del éxito del proceso. En particular, el departamento promotor debería proporcionar a los departamentos examinadores la base factual necesaria para completar el procedimiento de diligencia debida. A su vez, los departamentos examinadores deberían trabajar con agilidad para identificar las cuestiones que puedan surgir e intentar resolverlas de modo que se proteja a la empresa del riesgo, a la vez que se facilita su esfuerzo por competir en los mercados.

Al llevar a cabo el examen de la diligencia debida, las empresas quizá deseen obtener información detallada, y verificarla, de terceros potenciales, de recursos internos y de otras fuentes fiables externas a la empresa.

LAS EMPRESAS PUEDEN OBTENER INFORMACIÓN DEL DEPARTAMENTO PROMOTOR:

- › Solicitando al departamento promotor que rellene un formulario de solicitud. A menudo, el empleado que propone la contratación de un tercero tiene un interés en la contratación del candidato a tercero o en el éxito del acuerdo. Puesto que tales intereses tienen el potencial de

ocultar los riesgos que presenta un tercero en concreto, no se debería permitir que este empleado, por sí solo, tome la decisión final sobre la contratación del candidato a tercero. Así, un primer paso en el proceso consistiría en exigir al departamento promotor que presente por escrito la información referente al candidato. Esta información puede presentarse de modo que exponga la necesidad empresarial de emplear a un tercero, la justificación empresarial de la remuneración propuesta, una evaluación de la competencia comercial y técnica del candidato a tercero (por ejemplo, su conocimiento de los productos y servicios de la empresa), información concreta en lo relativo a su reputación de integridad, detalles sobre cómo se identificó, si se tuvieron en cuenta a otros terceros, y por qué se propuso a este candidato. El documento también puede incluir una confirmación del empleado según la cual, a su saber y entender, el candidato a tercero está cualificado y es adecuado para la contratación. El documento también puede proporcionar información sobre los servicios que proporcionará el candidato a tercero: los términos principales del acuerdo contractual que se cerrará con él, la descripción del importe de los pagos propuestos como remuneración, y una valoración que analice si la remuneración propuesta es razonable y apropiada en relación con los servicios que se prestarán.

4

LAS EMPRESAS PUEDEN OBTENER INFORMACIÓN DIRECTAMENTE DEL CANDIDATO A TERCERO:

- › Exigiendo al candidato a tercero que rellene un cuestionario y que proporcione documentación que corrobore las respuestas. Las materias de dichos cuestionarios pueden incluir la información básica y las cualificaciones del candidato (por ejemplo, los principales directivos del tercero, las instalaciones y personal de que dispone, las líneas principales de producto, y el tipo y trayectoria de su negocio); la propiedad y otras participaciones empresariales (por ejemplo, empresas a las que está asociado, son de su propiedad o representa); estado (es decir, si alguno de los propietarios, directivos o empleados del candidato a tercero son o han sido funcionarios públicos); otras conexiones con funcionarios públicos (por ejemplo, vínculos familiares o de otro tipo); datos financieros; cualquier litigio, en curso o pasado, relativo a las actividades del candidato a tercero; información sobre investigaciones penales en curso o pasadas, sanciones, inhabilitaciones y condenas en virtud de la legislación penal del territorio o en el extranjero por hechos relacionados con el soborno, la corrupción, el blanqueo de capitales o la infracción de leyes o reglamentos que regulan a las empresas; e información de contacto de referencias profesionales (cabe prestar atención a las posibles restricciones que emanen de

la legislación imperativa local como, por ejemplo, las cuestiones sobre protección de datos en cuanto a los empleados del candidato a tercero). La documentación justificativa debería incluir, por ejemplo, extractos del Registro Mercantil, si están disponibles, así como los estatutos sociales del candidato a tercero.

- › Entrevistando al candidato a tercero, en persona si es factible. Aunque no resulte práctico en todas las circunstancias, las entrevistas realizadas en persona suelen ser más eficaces para evaluar las respuestas a las indagaciones, y proporcionan un mejor escenario para hacer preguntas que son necesarias, pero a menudo delicadas. Estas entrevistas presenciales, especialmente cuando se llevan a cabo *in situ*, pueden ayudar a las empresas a verificar la información del cuestionario del candidato, revisando cualquier señal de alarma que haya aparecido, determinando el crédito empresarial del candidato a tercero, determinando su capacidad de proporcionar el tipo de servicios considerados y de cumplir con los estándares éticos de la empresa. Estas entrevistas también pueden servir de oportunidad para formar al candidato a tercero en materia de políticas y procedimientos de la empresa, y para comunicar el compromiso de ésta en el cumplimiento de las leyes aplicables contra la corrupción y también de sus propias políticas contra el soborno, el propósito de supervisar al candidato a tercero a lo largo de la relación, y la exigencia de que éste preste sus servicios sin hacer ningún pago indebido a funcionarios públicos. Lo ideal sería que los departamentos examinadores llevaran a cabo estas entrevistas (o que estuvieran presentes), y que la entrevista se resumiera y se registrara en un memorando y se incluyera en un fichero de diligencia debida en los archivos de la empresa.

LAS EMPRESAS PUEDEN OBTENER INFORMACIÓN DE LAS UNIDADES DE NEGOCIO:

- › Recogiendo más información adicional del candidato a tercero procedente de recursos internos distintos de la persona que propone contratarlo. Estas fuentes pueden proporcionar a la empresa información sobre operaciones anteriores del candidato a tercero con la empresa, como el alcance de cualquier otro acuerdo con la empresa, el importe de los pagos anteriores abonados al candidato y el importe potencial del total de pagos realizados por todos los acuerdos cerrados entre él y la empresa, así como sus antecedentes y reputación.

- › Comparando la remuneración propuesta del candidato a tercero con directrices sobre remuneración preparadas internamente, así como con los referentes externos de que se disponga. Estas comparaciones pueden ayudar a las empresas a determinar si la remuneración propuesta es apropiada por los servicios prestados por un tercero. Las directrices sobre remuneración pueden tener en cuenta los servicios que se prestarán, los resultados anteriores del candidato a tercero, su competencia y recursos, la complejidad de las actividades desarrolladas, la duración y naturaleza del contrato con el cliente, y las tarifas vigentes por tales servicios en el mercado en el que se opera.

LAS EMPRESAS PUEDEN OBTENER INFORMACIÓN DE OTRAS FUENTES EXTERNAS A LA EMPRESA:

- › Contactando, en la medida de lo posible, con las referencias facilitadas por el tercero (por ejemplo, referencias comerciales y bancarias);
- › Buscando en fuentes de noticias de dominio público o en resúmenes de prensa locales;
- › Buscando en bases de datos de Internet o consiguiendo informes de empresas independientes que recogen información financiera y de otro tipo sobre entidades comerciales;
- › Consultando en las bases de datos gubernamentales de personas sujetas a sanciones;
- › En la medida de lo posible, consultando con el personal de la embajada o con otras fuentes gubernamentales sobre el candidato a tercero y la región en la que éste opera;
- › Recurriendo a una empresa especializada en la realización de diligencias debidas;
- › Solicitando un dictamen jurídico local para saber si el acuerdo entre la empresa y el tercero se admite al amparo de la ley local y de los términos y condiciones del contrato pertinente con el cliente, y
- › Además, la empresa puede estimar necesario recoger o verificar información de fuentes independientes.

La empresa también debería analizar el examen de la diligencia debida y mantener al día la información que contiene. Puede conseguirse:

- › Documentando, recopilando y manteniendo la información recogida durante el examen en un fichero de la diligencia debida, y
- › Actualizando periódicamente la diligencia debida realizada al candidato a tercero, al menos cuando el contrato con éste se renueve o se actualice.

Señales de alarma contra el soborno

Al llevar a cabo la diligencia debida contra el soborno, es importante que las empresas sean conscientes de las circunstancias que indican la existencia de riesgos de soborno. Las circunstancias que pueden indicar la predisposición de un tercero a hacer pagos ilegales a funcionarios públicos o a personas del sector privado se denominan habitualmente “señales de alarma”. En realidad, cualquier hecho que sugiera la existencia de una irregularidad comercial, financiera, legal o ética puede constituir una señal de alarma. Pueden aparecer en cualquier momento de la relación con terceros, incluso durante el proceso de selección, la negociación del contrato, el curso normal de las operaciones o a su término. Las señales de alarma que no representan un problema grave en una etapa de la relación pueden plantear riesgos significativos de responsabilidad si aparecen en otra etapa o combinadas con un conjunto diferente de hechos. Por lo tanto, las empresas quizá deseen evaluar si las señales de alarma son significativas teniendo todos los factores en cuenta, y no de forma aislada. Sin embargo, en función de la naturaleza de su negocio y de sus políticas corporativas, las empresas pueden definir determinadas señales de alarma como críticas.

Aunque puede que las señales de alarma no sean en sí mismas infracciones de la legislación anticorrupción, son signos de advertencia que han de tratarse con seriedad y han de ser investigadas. La presencia de una o más señales de alarma no significa necesariamente que no pueda llevarse a cabo una operación, pero sí sugiere que es preciso investigar más a fondo y aplicar las salvaguardias de cumplimiento más apropiadas. Toda señal de alarma debe ser gestionada a plena satisfacción de la empresa que contrata al tercero antes de formalizar la relación.

Las señales de alarma que justifican una revisión adicional cuando se selecciona o se trabaja con un tercero son muchas y diversas. Estos son algunos ejemplos:

- › La comprobación de las referencias revela unos antecedentes o una reputación deficientes del tercero, o los de una persona o empresa representada por el tercero.
- › La operación tiene lugar en un país conocido por la existencia de pagos corruptos (por ejemplo, un país que recibe una mala puntuación en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional).
- › El tercero ha sido propuesto por un funcionario público y, en particular, uno con facultad discrecional sobre el negocio en cuestión.
- › El tercero plantea objeciones a las observaciones relativas al cumplimiento de las leyes anticorrupción u otra legislación aplicable.
- › El tercero tiene una relación estrecha, personal o familiar, o una relación profesional, con un funcionario público o el familiar de un funcionario público.
- › El tercero no reside o no tiene una presencia empresarial significativa en el país donde se ubica el cliente o el proyecto.
- › La diligencia debida revela que el tercero es una sociedad instrumental o tiene otro tipo de estructura corporativa poco transparente (por ejemplo, es un fideicomiso (*trust*) sin información sobre su beneficiario económico).
- › La única cualificación que aporta el tercero al proyecto es la influencia que ejerce sobre funcionarios públicos, o bien afirma que puede ayudar a garantizar un contrato porque conoce a la gente adecuada.
- › La necesidad del tercero aparece justo antes o después de la adjudicación del contrato.
- › El tercero exige que su identidad o, si se trata de una empresa, la de sus propietarios, responsables o empleados no se revele.
- › La comisión o tarifa del tercero parece desproporcionada en relación con los servicios que prestará.
- › El tercero exige el pago de una comisión, o una parte significativa, antes o tan pronto como se ha adjudicado un contrato.

- › El tercero exige el incremento de una comisión ya acordada para ocuparse de determinadas personas o para reducir trámites burocráticos, o
- › El tercero exige condiciones contractuales o acuerdos de pago inusuales que plantean problemas con las leyes locales, pagos en efectivo, pagos por anticipado, pagos en la divisa de otro país, pagos a personas o entidades que no son las contratantes, pagos a una cuenta bancaria numerada o a una cuenta bancaria cuyo titular no es la persona o entidad contratante, o el pago a un país que no es el país de registro de la persona o entidad contratante o el país donde se prestan los servicios.

Aprobación de operaciones con terceros

Debido a la posibilidad de que aparezcan los conflictos de interés antes mencionados, las personas que responden o rinden cuentas por la aprobación de la relación con terceros pueden tener que situarse fuera del departamento promotor, por la posibilidad misma de que surjan los conflictos de interés descritos. Además, puede ser útil que las personas que ejerzan estas responsabilidades tengan acceso directo a la dirección general o al Consejo de Administración para garantizar su independencia y su rendición de cuentas. Como resultado, las empresas tal vez deseen designar a los departamentos examinadores como los responsables o los que rindan cuentas de todas las decisiones relativas a la aprobación de terceros que conlleven riesgos de soborno. Como alternativa, las empresas podrían nombrar un comité formado por personas que sean independientes de la unidad o el empleado promotores, compuesto, como mínimo, por representantes de –por ejemplo– el departamento financiero y el jurídico/de cumplimiento.

Acuerdo previo por escrito de servicios prestados por terceros

Después de que la empresa haya analizado al tercero mediante el examen de la diligencia debida y de que éste haya sido aprobado por el departamento correspondiente, pero antes de que se preste ningún servicio, puede ser útil poner por escrito los términos de la relación. Los contratos orales plantean notables riesgos comerciales y jurídicos a las empresas y deberían evitarse. Las empresas querrán contratar a los terceros con arreglo a un contrato que incluya una disposición que garantice el cumplimiento de la legislación anticorrupción aplicable. Estos contratos pueden celebrarse con una duración determinada, describir detalladamente los servicios que se

prestarán y la remuneración que se pagará, e incluir derechos de rescisión por incumplimiento del tercero. En particular, las empresas pueden evaluar si incluyen las siguientes disposiciones, declaraciones, garantías y compromisos contra la corrupción en los contratos con terceros:

- › El tercero no es un funcionario público y carece de estatus oficial. El tercero notificará a la empresa todo cambio en esta declaración.
- › El tercero no tiene ninguna relación con funcionarios públicos en ejercicio ni con familiares cercanos o estrechos colaboradores de un funcionario público que esté en posición de influir en la toma de decisiones a favor de la empresa. El tercero notificará a la empresa todo cambio en esta declaración.
- › El tercero cumplirá con toda la legislación aplicable en materia de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de capitales.
- › El tercero no es ni ha sido objeto de investigación penal y no ha sido condenado en virtud de la legislación de los países pertinentes por hechos relacionados con el soborno, la corrupción, el blanqueo de capitales o infracciones de leyes y reglamentos en vigor que rigen a las empresas comerciales.
- › El tercero cumplirá con los códigos y directrices de la empresa y, particularmente, con las normas de la empresa en materia de obsequios y hospitalidad, o posee su propio código o directrices con normas equivalentes y cumplirá las mismas.
- › El tercero declara que no se han hecho ni se harán pagos, ofertas o promesas a funcionarios públicos ni a otros beneficiarios, directa o indirectamente, con propósitos inapropiados.
- › El tercero se compromete a cumplir las directrices y límites de la empresa en cuanto al reembolso de gastos.
- › La empresa tiene derecho a suspender o rescindir el contrato inmediatamente basándose en su preocupación unilateral y de buena fe de que haya habido una infracción de cualquier ley aplicable o disposición en el acuerdo contra la corrupción sin pagar ninguna remuneración al tercero, y el tercero acepta indemnizar a la empresa por los gastos relacionados con la infracción de las leyes contra la corrupción.

- › El tercero acepta un ámbito de actuación claramente definido que limita su capacidad de actuar en nombre de la empresa.
- › El tercero acepta informar con regularidad de las actividades realizadas en nombre de la empresa, y facilitar facturas detalladas y documentación de apoyo detallada de sus gastos.
- › El tercero acepta proporcionar derechos de auditoría a la empresa por las actividades llevadas a cabo en su nombre en los tres años previos.
- › El tercero acepta someter la contratación de subcontratistas o de otras personas o entidades designadas para llevar a cabo servicios similares a la empresa para su aprobación previa, si la actividad subcontratada es de alto riesgo.
- › Se prohíbe que el tercero ceda el contrato o la remuneración que se pague.
- › El tercero acepta las disposiciones relativas a los pagos que incluyen las salvaguardias identificadas más abajo en el Compendio.
- › Se exige que el tercero actualice la información proporcionada durante el examen de la diligencia debida.
- › Se exige que el tercero mantenga libros y registros contables precisos y controles internos apropiados.
- › Se exige que el tercero coopere con cualquier investigación de presuntos incumplimientos de las disposiciones sobre cumplimiento, como la exigencia de facilitar acceso a documentos y al personal.
- › Las empresas que se enfrenten a riesgos más elevados en relación con terceros quizá deseen tener en cuenta las siguientes salvaguardias adicionales:
 - Exija que el tercero someta determinadas acciones a la aprobación previa de la empresa (por ejemplo, interacciones con funcionarios públicos);
 - Incluya disposiciones que limiten la capacidad del tercero de actuar en nombre de la empresa en cuanto a contratos gubernamentales, y
 - Exija, cuando proceda, disposiciones sobre transparencia en la relación con autoridades locales.

Sensibilización de terceros y formación de empleados

Puesto que los terceros pueden hacer que las empresas incurran en responsabilidades, es conveniente que éstas comuniquen sus políticas anticorrupción a los terceros que contratan y a sus propios empleados. Para todos los terceros, puede conseguirse un nivel básico de sensibilización facilitando información sobre la legislación anticorrupción (por ejemplo, del país de origen o del país donde operan) y sobre las políticas de cumplimiento de la empresa, y también utilizando programas de formación en papel o en línea. Lo ideal sería que esta información se complemente mediante la sensibilización contra la corrupción llevada a cabo en persona, al menos para los terceros de más riesgo. Las empresas pueden evaluar si organizan estas sesiones para los propietarios, administradores, directivos y empleados del tercero que proporciona servicios a la empresa, según sea la naturaleza de éste. Por ejemplo, para una agencia de ventas pequeña y de capital privado, o un tercero similar, se recomienda que se forme a los propietarios. En algunas jurisdicciones, la empresa querrá tener en cuenta también el co-empleo.

En cuanto a los empleados de la empresa, como mínimo, ésta puede decidir que proporcionará formación y materiales sobre cumplimiento a todos los empleados que trabajan con terceros, a los que revisan y aprueban las peticiones de relaciones con ellos, a los que revisan, aprueban y procesan sus pagos, y a los auditores internos, para garantizar que identifican las señales de alarma de forma adecuada y que responden a ellas durante la relación con el tercero. Puede que otros grupos de empleados que interactúan con agencias gubernamentales también necesiten formación en cumplimiento de normas contra el soborno. De nuevo, la formación puede incluir la entrega de información escrita sobre la legislación aplicable y las políticas y procedimientos anticorrupción de la empresa, formación en línea, o sesiones formativas presenciales.

Es conveniente facilitar todos estos materiales y programas de formación en la lengua local. Las empresas también pueden incrementar la eficacia de estos programas proporcionando formación posterior periódica.

Supervisión de las actividades del tercero

Una vez que la empresa ha contratado al tercero, puede supervisar sus actividades y gastos para asegurarse de que sigue cumpliendo todas las leyes aplicables y las políticas de la empresa. Si el tercero hace un pago inadecuado, o lo promete, la empresa puede ser considerada responsable al amparo de determinadas leyes anticorrupción incluso si no autorizó el pago. Para protegerse de esta responsabilidad, los empleados pueden:

- › Insistir en tener la documentación de los servicios realmente prestados antes de pagar la remuneración contractual y los gastos;
- › Revisar y aprobar las peticiones de pago y también los pagos; cuestionar los gastos inusuales o excesivos; rechazar el pago a un tercero y notificarlo al personal de cumplimiento o jurídico cuando el empleado sospeche que el tercero ha realizado, realizará o ha prometido pagos u obsequios ilícitos o cuestionables, o si el empleado descubre o llega a sospechar la existencia de cualquiera de las señales de alarma enumeradas anteriormente;
- › Auditar al tercero basándose en los riesgos, de forma periódica y de inmediato si surgen sospechas;
- › Establecer auditorías internas periódicas anticorrupción para revisar la contratación, la supervisión y los pagos a terceros, y
- › Exigir certificados de cumplimiento periódicos, o anuales, al tercero.

Pagos a terceros y mantenimiento de registros

En una relación comercial, las partes han de ser libres de negociar una remuneración razonable y en condiciones de mercado por los servicios de un tercero. Pueden existir buenos y suficientes motivos comerciales para que haya muy diversos tipos de acuerdos de remuneración, como las denominadas tarifas de éxito (*success fees*) o pagos por incentivos similares. Si una tarifa de éxito constituye o no una señal de alerta dependerá de las circunstancias, de la existencia de otras señales, como el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI) de Transparencia Internacional del país donde se proporcionarán los servicios, y de la identidad y la reputación del agente o intermediario. Por ejemplo, las tarifas de éxito son un sistema clásico de remuneración en los acuerdos de banca de inversión, y si el intermediario es una firma de banca de inversión bien conocida y respetada, que presta servicios en un país de

la OCDE con un CPI alto, los riesgos de corrupción son diferentes de los de un beneficiario de tarifas de éxito sustanciales si se trata de un agente local desconocido, sin una reputación consolidada, cuya tarea es conseguir un permiso discrecional de un funcionario público.

Sin embargo, al contratar a un agente o a otro intermediario, el tipo y el importe de la remuneración que se pagará al tercero por sus servicios puede representar una señal de alarma que ha de ser examinada y mitigada cuidadosamente antes de contratarlo. Una remuneración no vinculada a tarifas horarias, por un tiempo documentado, puede constituir dicha señal de alarma, y una tarifa de éxito, o un bono de éxito, lo será en determinadas circunstancias. Aunque estas Directrices no recomiendan evitar totalmente las tarifas de éxito en todos los casos, sí se recomienda que se tenga muy en cuenta la razonabilidad y la justificación comercial de dichas tarifas de éxito o de otras remuneraciones similares abonadas a tanto alzado y no asociadas a tarifas por hora trabajada. Documentar cuidadosamente la legitimidad comercial de contratar al intermediario, y la naturaleza y alcance de tal remuneración, es una salvaguardia recomendada, a emplear junto con el resto de salvaguardias anticorrupción incluidas en estas Directrices para las situaciones de más alto riesgo.

Las empresas quizá deseen estipular directrices claras para el examen y revisión de las solicitudes de pago, y para los propios pagos, como la divisa o el lugar de pago al tercero. Puede decidirse que todos los pagos se hagan por transferencia bancaria o mediante cheque pagador al tercero en el lugar de su establecimiento principal en el país donde presta el servicio o donde tenga la sede establecida. Puede ser útil mantener un registro completo y preciso de todos los pagos y sus motivos, y las empresas pueden decidir que prohíben los pagos en metálico y asegurarse de que todos se registran con exactitud en los libros y registros de la empresa. Esto incluye el mantenimiento preciso de registros de todas las transacciones con terceros, como los importes pagados, los gastos reembolsados y la prueba de los servicios prestados.

Para terceros de alto riesgo, podría ser preciso exigirles un certificado de cumplimiento de la legislación anticorrupción y de las políticas y procedimientos de la empresa junto con cada factura de pagos o de reembolso de gastos.

Diligencia debida ICC a terceros contra la corrupción. Guía para pequeñas y medianas empresas⁷

Introducción

POR QUÉ LAS PYMES NECESITAN ESTA GUÍA

Las pequeñas y medianas empresas (pymes) con frecuencia reciben arduos procedimientos de diligencia debida de grandes empresas multinacionales. Estos requerimientos pueden ser abrumadores y a menudo las empresas sienten que no cuentan con suficientes recursos para satisfacer dichas exigencias. El objetivo de *Diligencia debida ICC a terceros contra la corrupción. Guía para pequeñas y medianas empresas* (la “Guía”) es analizar esas preocupaciones y motivar a las pymes para que se comprometan en los procesos de diligencia debida creando objetivos viables y razonables.

Siguiendo la Guía, la empresa podrá:

- › conocer y tener confianza en sus contrapartes;
- › a través de dicho conocimiento y confianza, cumplir las condiciones para la inversión responsable;
- › evitar enjuiciamientos y daño reputacional o financiero por encontrarse involucrada en un asunto de corrupción;
- › desarrollar una marca ética, y
- › proporcionar la seguridad a sus socios comerciales, particularmente a grandes organizaciones, de que son una empresa ética.

Las pymes también deben desarrollar robustos procedimientos de ética y cumplimiento contra la corrupción para asegurarse de que minimizan el riesgo de corrupción y se adhieren a estándares internacionales anticorrupción. Comprensiblemente, muchas pymes se encuentran desbordadas ante las copiosas legislaciones internacionales anticorrupción y los complejos procedimientos de ética y cumplimiento dispuestos por las grandes empresas

⁷ La edición de 2015 está disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-anti-corruption-third-party-due-diligence/>

multinacionales. Sin embargo, el cumplimiento y la ética no necesariamente precisan de grandes magnitudes, ni contar con el apoyo de un departamento jurídico en exclusiva. Hay medios factibles de que las pequeñas empresas puedan protegerse gestionando mejor los riesgos de corrupción. Un elemento clave para un simple pero efectivo programa de ética y cumplimiento es la diligencia debida.

El objetivo de esta Guía es establecer qué es la diligencia debida, por qué es necesaria, cuándo es necesaria y cómo puede implantarse para proteger a la empresa del riesgo de corrupción tanto como sea posible.

La Guía aconseja, de forma práctica, sobre la manera como las pymes pueden llevar a cabo, con eficiencia de costos, procesos de diligencia debida sobre los terceros que contratan para realizar servicios en su nombre. Se centra en los riesgos de corrupción asociados a la contratación de terceros proveedores, contratistas y consultores, en entornos nacionales e internacionales, y en cómo pueden gestionarse dichos riesgos.

Esta herramienta también ayudará a las pymes a crear un procedimiento eficaz de diligencia debida que encaje en un programa global de ética y cumplimiento. Para las pymes sin ningún procedimiento en curso de ética y cumplimiento, puede considerarse un buen punto de arranque. La Guía puede ser utilizada por cualquier pyme con independencia de su tamaño (incluso las muy pequeñas) y del sector al que pertenezca, y puede adaptarse de manera que los programas de diligencia debida se ajusten a las necesidades específicas y sectoriales en las que opera la empresa.

La adopción de esta Guía por parte de las pymes aportará seguridad a los potenciales clientes y puede ser utilizada como evidencia de un compromiso general de cumplimiento cuyos beneficios comerciales no deberían subestimarse.

POR QUÉ LAS PYMES DEBEN REALIZAR DILIGENCIAS DEBIDAS SOBRE TERCEROS

La corrupción es “el abuso del poder delegado para el beneficio propio” y es “el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social en todo el mundo”.⁸ Tanto en el ámbito de los negocios como en el sector público, la corrupción se utiliza para inducir a una de las partes a actuar de forma impropia a cambio

8 *Clean Business is Good Business*, publicación conjunta de la Cámara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la Iniciativa Alianza Contra la Corrupción del Foro Económico Mundial.

de alguna ventaja. Puede tomar la forma de extorsión, soborno, incitación al soborno⁹, comisiones ilícitas, obsequios lujosos y hospitalidad, o donaciones políticas y benéficas. Es condenada universalmente y es ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, y el alcance de las legislaciones anticorrupción nacionales e internacionales, así como su aplicación, va en aumento.

La corrupción cuesta a las economías billones cada año y obstaculiza el crecimiento económico. La corrupción es insidiosa y erosiona no sólo las economías nacionales, sino también la rentabilidad de los negocios individuales.

Tanto las empresas que operan a nivel internacional como las que planean expandir su negocio a jurisdicciones extranjeras o aquellas que operan a nivel nacional requieren a menudo de terceros que les prestan servicios. Es esta implicación de terceros la que presenta significativos riesgos de corrupción debido a que la empresa tiene poco control sobre las acciones de éstos, pero hay algo crucial: puede ser considerada responsable de los sobornos pagados por dichos terceros. Por esta razón, es imperativo que todas las empresas se aseguren de conocer los antecedentes de los terceros que contratan con el fin de minimizar el riesgo de relacionarse con un tercero corrupto.

La diligencia debida es clave para manejar los riesgos de corrupción asociados con la contratación de terceros. Es un proceso de investigación de sus antecedentes. Será particularmente necesario cuando se plantee contratar los servicios de un agente o de otro intermediario, que podrían tener la tentación de pagar sobornos para obtener negocios y, de ese modo, conseguir más fácilmente la comisión.

Muchas empresas internacionales de gran tamaño cuentan con procedimientos anticorrupción y de ética y cumplimiento que incluyen la diligencia debida. De hecho, a las pequeñas empresas es a quien se requiere a menudo que respondan a esas exigencias, pero muchas pymes no tienen procedimientos internos de cumplimiento contra la corrupción ni realizan diligencias debidas a los terceros que contratan.

Las empresas que se involucran activamente en la diligencia debida y en procedimientos anticorrupción y de ética y cumplimiento son las que se benefician de las ventajas comerciales que aportan. Principalmente, las empresas que tienen procedimientos anticorrupción reducen el costo de hacer negocios, ya que la corrupción no sólo drena las economías nacionales, sino también las microeconomías de los negocios.

9 "El acto de pedir o incitar a alguien a que cometa soborno". <https://iccwbo.org/global-issues-trends/responsible-business/combating-corruption/>

Las empresas pueden esperar otros beneficios comerciales de implicarse activamente en prácticas anticorrupción, tales como:

REFERENCIA

ASEGURARSE DE QUE EL TERCERO:

- › Tiene las habilidades y la experiencia necesarias para prestar los servicios para los que se le contratará;
- › Es un socio comercial de buena reputación y fiable, con una buena trayectoria;
- › Actúa de buena fe y es poco probable que su intención sea defraudar;
- › Cobra un precio de mercado justo por sus servicios (la empresa que paga sobornos puede, a menudo, cobrar más por sus servicios con el fin de crear un fondo ilícito para pagar sobornos);
- › No estar asociado con proveedores de dudosa reputación;
- › Ser capaz de responder fácil y eficientemente a los requisitos de la diligencia debida de grandes empresas, siendo más atractiva como contraparte potencial;
- › Tener ventaja competitiva sobre los competidores que no están comprometidos en procedimientos de ética y cumplimiento y, por consiguiente, convertirse en la opción preferida para los clientes.

En términos generales, las pymes aún no han sido objetivo de la justicia y por ello no han tenido una necesidad urgente de implantar procedimientos contra la corrupción y de cumplimiento. Esta situación está cambiando, ya que las fuerzas del orden no sólo investigan y procesan a las grandes empresas multinacionales, sino que centran su atención cada vez más en las pymes con presencia internacional.

En particular, las fiscalías de los Estados Unidos, el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Valores y Bolsa (SEC) tienen cada vez más recursos para investigar a las empresas.

Tras un reciente proceso judicial, la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos (SEC) formuló la siguiente advertencia: “Esta es una llamada de atención para las pequeñas y medianas empresas que quieren entrar en mercados de alto riesgo y expandir sus ventas internacionales. Cuando una compañía toma la decisión estratégica de vender sus productos en el extranjero, debe asegurarse de que sus controles internos son adecuados y operan de forma eficiente.”

Fundamentos: la Ley

A los efectos de esta Guía, no es necesario detallar la abundancia de leyes¹⁰ nacionales e internacionales que combaten la corrupción. Será suficiente destacar los siguientes puntos clave:

- › En muchas jurisdicciones, el soborno y la corrupción están tipificados en la legislación local y en términos generales se prohíbe el soborno de personas que ejercen cargos públicos. El soborno comercial (es decir, el que no implica a una persona con cargo público) es también un delito en la mayoría de las jurisdicciones.
- › El soborno y la corrupción de personas que ejercen cargos públicos y que ocupan posiciones de influencia constituye la forma de corrupción más común y dañina. Por ejemplo, el soborno es muy común en el ámbito de la contratación pública. Éste es el principal objetivo de las legislaciones internacionales, específicamente el soborno de “funcionarios públicos extranjeros”.
- › La legislación anticorrupción internacional tiene un alcance extraterritorial, lo que significa que las empresas que operan en jurisdicciones diferentes de la suya propia pueden ser potencialmente enjuiciadas al amparo de la ley local.
- › Esto significa, por ejemplo, que una empresa que opere principalmente en Europa y se encuentre involucrada en un caso de corrupción en Europa, pero que también cotice en la bolsa norteamericana, puede ser perseguida en los Estados Unidos, en virtud de la ley de este país¹¹, por dicha actividad corrupta.

5

¿QUÉ ES LA DILIGENCIA DEBIDA?

La diligencia debida es un término utilizado para describir la investigación de los antecedentes, realizada sobre un tercero que una empresa se plantea contratar. Es el proceso que consiste en examinar los antecedentes de un potencial socio comercial con la finalidad de evaluar y mitigar los riesgos de

¹⁰ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC), de 2003; la Convención Anticorrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de 1999; la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), de los Estados Unidos, de 1977; la Ley contra el soborno, del Reino Unido; la Convención Interamericana en Contra de la Corrupción (CICC), adoptada por miembros de la Organización de Estados Americanos en 1996, y los Convenios del Consejo de Europa sobre Derecho Penal y Derecho Civil en materia de corrupción, de 1999.

¹¹ Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), de 1977.

corrupción¹². El objetivo es asegurarse de que se identifican estos riesgos, pero (como se ha descrito) también proporciona un beneficio comercial. Al realizar la diligencia debida, la empresa puede averiguar si existen o no riesgos de corrupción asociados con el potencial socio comercial, mitigar cualquier riesgo identificado y, a continuación, tomar una decisión fundamentada sobre la celebración o no del contrato. En el contexto de la diligencia debida, los riesgos reciben la denominación de señales de alarma (*red flags*) en los diferentes sectores, y este es el término que se utilizará en esta Guía.

La diligencia debida no es un mero ejercicio de marcar casillas: es un proceso comparativo y reflexivo. Cualquier señal de alarma que se detecte ha de ser considerada en el contexto del sector y de la jurisdicción en los que opera el tercero. Las pymes no han de considerar las señales de alarma necesariamente como un impedimento para la contratación de potenciales socios. A menudo puede identificarse una manera de mitigar los riesgos, directa y eficiente en costos, que permita el curso de la colaboración y proteja, simultáneamente, a la empresa. Toda señal de alarma identificada debe ser valorada por personas de la empresa con experiencia en el sector y en su jurisdicción para que puedan emitir un juicio con cautela.

La diligencia debida puede ser llevada a cabo de diversas maneras y con diferentes grados de profundidad y detalle. La Guía proporciona varios enfoques. Para cualquier empresa, el medio más eficaz para llevar a cabo una investigación de antecedentes sobre un tercero es dirigirse directamente a él y formularle una serie de preguntas cuidadosamente preparadas. Puede hacerse en persona y, de hecho, en algunas circunstancias será prudente hacerlo así, aunque también puede hacerse de forma virtual dependiendo de los recursos disponibles. Puede emplearse un cuestionario estándar para estructurar la entrevista (ver anexo B). Si no es posible llevar a cabo la entrevista, en persona o virtual, puede enviarse el cuestionario al tercero y evaluar las respuestas escritas, a las cuales se dará seguimiento con el tercero. Las respuestas a las preguntas no sólo proporcionarán la información que la empresa está buscando, sino que también darán una idea de la actitud del tercero ante la corrupción y su conocimiento de la legislación anticorrupción internacional aplicable. El Anexo B de la Guía es una propuesta de cuestionario, que pretende ser universal, de manera que pueda ser enviado a cualquier tercero al que la empresa desea contratar (o a terceros ya contratados).

12 La diligencia debida también es una evaluación de otros riesgos empresariales como los conflictos de interés, el riesgo de crédito, el fraude, la marca, la infracción de la propiedad intelectual y otros. Con frecuencia, esta conducta puede ser deshonestas y puede indicar un riesgo potencial de corrupción. Esta Guía está dedicada a la lucha contra la corrupción y, por lo tanto, no analiza estos riesgos.

La diligencia debida no se realiza de forma aislada, sino que forma parte de un programa global de ética y cumplimiento. Estos son el resto de componentes normales en un programa habitual de estos ámbitos:

REFERENCIA

- › Un Código de Conducta, incluyendo políticas anticorrupción proporcionadas
- › Compromisos al más alto nivel o pautas de ejemplaridad
- › Formación del personal
- › Evaluación de potenciales riesgos de corrupción
- › Un programa para denunciantes (*whistleblowers*)
- › Supervisión y examen interno
- › Creación de la función de ética y cumplimiento, con un empleado a tiempo completo o parcial

Aunque esta Guía no asesora sobre todos los aspectos de ética y cumplimiento relacionados, es conveniente hacer notar que muchos pueden ser fácilmente alcanzados e implantados por cualquier empresa. Por ejemplo, la política interna anticorrupción no necesita ser extensa ni gravosa. Los empleados de la empresa encargados de la contratación de terceros no necesitan recibir una formación exhaustiva sobre la ley; necesitan saber simplemente lo que la empresa les exige.

5

¿POR QUÉ ES NECESARIA LA DILIGENCIA DEBIDA?

Tal vez la razón más importante por la que la empresa realiza la diligencia debida es asegurarse de que no está haciendo negocios, involuntariamente, con personas implicadas en actividades corruptas. Alcanza también a las cadenas de suministro y, por lo tanto, si un tercero subcontrata servicios que se prestarán al amparo del contrato, la empresa debe asegurarse, ya sea con una disposición contractual o utilizando su influencia, de que el tercero está realizando la diligencia debida proporcional al subcontratista.

La razón por la cual las empresas pueden ser consideradas responsables de los actos de terceros es que las normas internacionales buscan prevenir que las empresas paguen sobornos de manera indirecta a través de intermediarios. Esta forma de conducta fue prevista por los legisladores y, por lo tanto, la normativa internacional pretende asegurarse de que la empresa no elude

el enjuiciamiento gracias a haberse implicado en actividades corruptas a través de un tercero. Por ejemplo, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, de los Estados Unidos, de 1977, (FCPA) impone responsabilidad no sólo a las empresas con “conocimiento real de irregularidades”, sino también a aquellas que deliberadamente evitan tal conocimiento real por “ignorancia deliberada” o “desconocimiento injustificado” cuando la empresa debería haber advertido la probabilidad de que hubiera actividades corruptas realizadas por el tercero¹³. En estas circunstancias, y en muchas jurisdicciones, no será defensa para la empresa alegar que no tenía conocimiento de las acciones del tercero.

Una correcta diligencia debida será crucial para ayudar a la empresa a evaluar si existen riesgos de corrupción asociados a un tercero antes de su contratación.

REFERENCIA

LA DILIGENCIA DEBIDA LOGRARÁ LO SIGUIENTE:

- › Confirmación de que no hay riesgos identificables de corrupción asociados con el tercero; o
- › Aportar un conocimiento real de los riesgos de corrupción, o de las señales de alarma, asociados con el tercero, y la oportunidad de evaluar y mitigar esos riesgos al principio –para más información, ver las secciones “Realización de la diligencia debida” (pág. 130) y “Qué hacer con el resultado” (pág. 140)–, lo que reducirá el riesgo de enjuiciamiento por corrupción, y
- › Disminuir el riesgo de enjuiciamiento individual o corporativo por corrupción.

¿CUÁNDO HAY QUE LLEVAR A CABO LA DILIGENCIA DEBIDA?

Evaluación basada en riesgos

No sería proporcional realizar procesos de diligencia debida a todos los terceros a los que la empresa esté considerando contratar, ya que la magnitud del riesgo de corrupción variará. Por lo tanto, deben evaluarse los riesgos de corrupción con el fin de dirigir la diligencia debida a aquellas contrapartes que representen el mayor riesgo. Esto permitirá el uso más eficiente de recursos limitados.

¹³ FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (2012), pág. 22.

El riesgo de corrupción de un tercero será determinado basándose en factores clave (ver más adelante) y es un proceso comparativo que requiere tener juicio. No existe una única fórmula que sea apropiada para todos los sectores y empresas y, por lo tanto, la empresa debe aportar su conocimiento y experiencia al proceso. Esta sección proporcionará el conocimiento de los factores a considerar en una evaluación basada en riesgos y cómo dicho conocimiento puede ser utilizado para determinar si un tercero representa un alto o bajo riesgo de corrupción. El resultado de la evaluación advertirá a la empresa del alcance necesario de la diligencia debida (se discute en la sección “Realización de la diligencia debida”).

Es posible crear una herramienta de evaluación de riesgos simple, basada en los factores más relevantes para la empresa y el sector en el que opera, lo que permitirá determinar fácilmente si el tercero y los contratos habituales de la empresa representan un riesgo bajo o alto. Al final de esta sección hay un ejemplo sencillo de cómo puede lograrse.

REFERENCIA

UNA EVALUACIÓN DE RIESGOS DEBE INCLUIR LOS SIGUIENTES FACTORES:

- › ¿Es el tercero un funcionario público (incluyendo entidades que sean propiedad o estén controladas por el gobierno/un funcionario del gobierno) o interactuará con funcionarios públicos para ejecutar el contrato?
- › El país en el que está establecida la contraparte y el país donde van a prestarse los servicios;
- › El sector;
- › El valor del contrato, y
- › La naturaleza del trabajo/servicios a prestar.

5

¿ES EL TERCERO UN FUNCIONARIO PÚBLICO O INTERACTUARÁ CON FUNCIONARIOS PÚBLICOS PARA EJECUTAR EL CONTRATO?

Los terceros que presentan el mayor riesgo de corrupción o de percepción de corrupción son aquellos que son funcionarios públicos, tienen vínculos con funcionarios públicos o son susceptibles de interactuar con funcionarios públicos en el marco del cumplimiento de los contratos. Esto se debe a que un funcionario público se encuentra en una posición de influencia y podría usar

esa influencia en relación con el contrato, o bien el contrato podría afectar la toma de decisiones en su función oficial. El funcionario público y el tercero podrían estar trabajando de manera concertada, con pagos corruptos hechos a favor del primero. Aun cuando no existan pruebas de actividades corruptas, la simple asociación de un funcionario público podría crear la percepción de una relación de corrupción. Como se ha hecho notar anteriormente, la legislación internacional generalmente prohíbe de manera expresa el soborno de funcionarios públicos extranjeros.

En consecuencia, los contratos con terceros que son funcionarios públicos, que tienen vinculación o son susceptibles de interactuar con funcionarios públicos, son de alto riesgo y siempre debe realizarse el procedimiento de diligencia debida.

REFERENCIA

UN FUNCIONARIO PÚBLICO (EXTRANJERO) PUEDE INCLUIR, ENTRE OTROS, A:

- › Un funcionario o empleado de cualquier gobierno, o cualquier agencia, ministerio o departamento del gobierno (de cualquier nivel).
- › Cualquier individuo actuando con carácter oficial para un gobierno, sin importar su rango o posición.
- › Funcionario o empleado de una empresa total o parcialmente estatal.
- › Un partido político o un funcionario de un partido político.
- › Un candidato a un cargo político.
- › Un funcionario o empleado de cualquier organización internacional pública, tal como las Naciones Unidas o el Banco Mundial.
- › Un pariente de cualquiera de los anteriores.

LOS TERCEROS VINCULADOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS O LOS TERCEROS SUSCEPTIBLES DE INTERACTUAR CON FUNCIONARIOS PÚBLICOS PUEDEN INCLUIR, ENTRE OTROS, A:

- › Agentes tramitadores: transportistas, agentes aduaneros, mensajeros, gestores de visados o personas que presten servicios similares.

.../...

.../...

- Agentes comerciales: consultores, agentes de negocios u otras personas, como empresas conjuntas o socios en empresas conjuntas, que ayuden a obtener contratos gubernamentales, concesiones, permisos u otros derechos emitidos por el gobierno.
- Agentes profesionales: abogados, contadores, miembros de grupos de presión u otras personas contratadas con carácter profesional para representar a la empresa en negocios del gobierno (incluyendo la entrega de documentos a órganos de gobierno) o para presionar para la reforma de las leyes.

Una empresa estatal representa un riesgo adicional porque todos sus empleados son funcionarios públicos. Una compañía será considerada estatal si es propiedad o está controlada, en su totalidad (100%) o parcialmente (50% o más), directa o indirectamente por un gobierno.¹⁴

EL PAÍS DONDE LA CONTRAPARTE TIENE LA SEDE Y EL PAÍS DONDE SE PRESTARÁN LOS SERVICIOS

El factor más indicativo es el país donde la contraparte tiene la sede y, si es diferente, el país donde realmente presta el servicio. Transparencia Internacional publica anualmente un Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) que ordena los países del mundo de “muy corruptos” a “muy limpios”. Un enfoque común es dividir los resultados del índice entre riesgos altos y bajos y utilizarlos como base para la evaluación de riesgos.

Cuando se ha alcanzado una resolución sobre riesgos altos y bajos, la empresa necesita pasar a evaluar los factores restantes y realizar un juicio comparativo general sobre si es necesario un procedimiento de diligencia debida y, en caso positivo, determinar su alcance.

SECTOR, VALOR DEL CONTRATO Y NATURALEZA DEL MISMO

El valor del contrato debe ser un factor importante a tener en cuenta. Cuanto más valor tenga, más posibles riesgos potenciales estarán asociados a él y más graves serán las potenciales implicaciones si se producen actividades corruptas.

¹⁴ Se puede tener la propiedad o el control de la empresa a través de la participación accionarial, el derecho a voto o el nombramiento de consejeros.

El sector en el que opera el tercero también será un indicador importante del riesgo asociado con él, pues algunos sectores requieren más interacción con funcionarios públicos que otros.

SECTORES QUE SE CONSIDERAN DE ALTO RIESGO:¹⁵

REFERENCIA	
› Obras públicas y construcción	› Armamento, defensa y militar
› Servicios públicos	› Transporte y almacenamiento
› Sector inmobiliario, de propiedades y servicios empresariales y jurídicos	› Telecomunicaciones
› Petróleo y gas	› Servicios para el consumidor
› Minería	› Silvicultura
› Generación y transmisión de energía	› Banca y finanzas
› Sector farmacéutico y atención de la salud	› Tecnologías de la información
› Industria pesada	› Sector aeroespacial civil
› Pesca	› Industria ligera
	› Agricultura

La naturaleza del contrato puede ser también una herramienta útil para determinar los riesgos de corrupción. Por ejemplo, los contratos con agentes de ventas que vendan a funcionarios públicos o a agencias gubernamentales serán de alto riesgo (por las razones explicadas anteriormente), mientras que un contrato de servicios básicos de mantenimiento, en el que las tareas realizadas por el tercero dejan poco espacio a la aparición de actividades corruptas, será de bajo riesgo.

Aunque el hincapié se haga en los nuevos contratos con entidades que la empresa no ha contratado anteriormente, también existe un posible riesgo de corrupción en los contratos ya existentes con terceros. Si la diligencia debida no se realizó desde el inicio, puede haber cuestiones desconocidas de la contraparte; existe el riesgo de que la empresa sea, de forma inconsciente, cómplice de un comportamiento corrupto sin haber realizado la evaluación inicial de su socio comercial.

¹⁵ Informe *Índice de Fuentes de Soborno*, de 2011, de Transparencia Internacional, que clasifica a 19 sectores económicos de más a menos propensos al pago de sobornos.

Por lo tanto, como parte del proceso de la implantación del sistema para determinar riesgos, deben inventariarse todos los contratos existentes. Esto permitirá a la empresa determinar y analizar las actividades que ya están realizando los terceros, el tipo de terceros ya contratados y la exposición que pueden representar. Esta información ayudará a definir qué terceros y contratos presentan el mayor riesgo para la empresa.

REFERENCIA

EJEMPLOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS:

- › Un contrato con un tercero cuya sede se encuentra en un país de bajo riesgo, pero que conlleva contratar a un agente que interactuará con un funcionario público, será de alto riesgo con independencia del valor del contrato.
- › Un contrato en una jurisdicción de alto riesgo, y en un sector de alto riesgo, pero con un valor bajo de contrato, seguirá siendo de alto riesgo. Si la jurisdicción es de bajo riesgo, el contrato puede seguir siendo de alto riesgo, dependiendo de si existe o no interacción con funcionarios públicos y del riesgo asociado al sector.
- › Un contrato en un país de alto riesgo, y en un sector de alto riesgo, en ciertas circunstancias puede ser de bajo riesgo. Por ejemplo, si la naturaleza de los servicios a prestar implica que el riesgo de corrupción es muy poco probable combinado con el hecho de que el valor del contrato sea bajo.

EJEMPLO DE UNA HERRAMIENTA SIMPLE DE EVALUACIÓN DE RIESGO:

	País de alto riesgo	País de bajo riesgo
Sector de alto riesgo	Alto	Alto
Sector de bajo riesgo	Alto/Bajo	Bajo
Contrato de alto valor	Alto	Alto/Bajo
Contrato de bajo valor	Alto/Bajo	Bajo
Cualquier contrato que implique a funcionarios públicos (o tenga conexión con ellos. Para la definición de funcionario público, ver la sección “Fundamentos: la Ley”)	Alto	Alto
RESULTADOS		
Alto = Se requiere diligencia debida		
Bajo = No se requiere diligencia debida		
Mezcla de alto y bajo: se requiere diligencia debida y la empresa ha de determinar su alcance (ver la sección siguiente “Realización de la diligencia debida”).		

Realización de la diligencia debida

¿CÓMO REALIZAR UNA DILIGENCIA DEBIDA?

La diligencia debida puede ser efectuada de forma económica y no es necesario encargarla a agentes externos. Existen seis pilares esenciales que debe cubrir. No es un proceso tan arduo como pueda parecer de entrada. Una gran cantidad de información sobre los antecedentes puede recabarse del propio tercero, y la evaluación puede llevarse a cabo basándose no sólo en la información proporcionada, sino también en el tono y la manera como

se comunicó. De nuevo, no es un ejercicio de rellenar casillas, sino un proceso meditado.

LOS SEIS PILARES

Los seis amplios temas o pilares de la diligencia debida sobre los que debe obtenerse información de los antecedentes son:

REFERENCIA

- › Propiedad efectiva
- › Antecedentes financieros y pago del contrato
- › Competencia del tercero
- › Registros públicos: historial de corrupción y noticias adversas
- › Reputación: consulta de referencias comerciales
- › Actitud en cuanto a ética y cumplimiento

1. Propiedad efectiva

El término “propiedad efectiva” o “titularidad real” (*beneficial ownership*) se refiere al individuo o entidad que en último término es propietario y tiene el control, o derechos, sobre una empresa. Es crucial que la propiedad de un tercero potencial esté definida, porque la propiedad no identificada presenta riesgos de corrupción. También plantea riesgos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, pero éstos se hallan fuera del ámbito de esta Guía.

Las empresas tienen que conocer a quién están contratando y cómo dirige sus negocios, lo que no pueden saber a menos que todos los principales accionistas (aquellos con participaciones superiores al 5% – ver más abajo) estén identificados. Si no es posible determinar quién es el propietario efectivo final, no se sabrá quién tiene el control de la empresa. Las personas ocultas representan un riesgo de corrupción, ya que pueden estar implicadas en prácticas corruptas, prácticas que serían justamente la razón por la que en apariencia se esconden.

La propiedad efectiva puede determinarse pidiendo a la contraparte la documentación de registro de la empresa pertinente en su jurisdicción. La documentación proporcionada por el potencial tercero que pretende probar

la propiedad efectiva ha de ser verificada de manera independiente. Por ello la documentación oficial de registro de la empresa constituye la manera más efectiva de determinar la propiedad. Dichos documentos confirmarán que la entidad existe y quién tiene la propiedad.

La documentación generada por el propio tercero cuya exactitud no haya sido verificada oficialmente no probará la propiedad efectiva. A menudo, las empresas facilitarán una lista de los miembros del consejo o de los administradores e indicarán que es la prueba de la propiedad. Como no hay manera de saber si la información es exacta, si esto ocurriera debería reiterarse la solicitud de la documentación de registro.

Al identificar a los propietarios de una entidad, es importante que todos los individuos que tengan una participación accionarial significativa sean identificados, pues disponen del control del negocio. Habitualmente, en todos los sectores, todos los accionistas que cuenten con una participación de entre el 5% y el 10%, o más, deben ser identificados. Los accionistas con una participación inferior al 5% tendrán una aportación o una influencia limitadas en las operaciones de la sociedad y, por lo tanto, no representan un riesgo significativo de corrupción.

Si un tercero parece reacio a proporcionar esta información, podría tratarse de una señal de alarma. Debe actuarse con precaución respecto de terceros cuya propiedad se encuentra registrada en una “jurisdicción de baja divulgación”. Aunque habrá muchas compañías que operen de forma legal y ética en estas jurisdicciones, se recomienda precaución, pues aquellas con intenciones delictivas pueden usar los requisitos de esta “baja divulgación” en beneficio propio.

También, dependiendo de cada jurisdicción, pueden existir otras maneras de determinar la propiedad efectiva mediante fuentes públicas. Por ejemplo, puede que haya información disponible en la agencia gubernamental que regula las inscripciones registrales de las empresas, y puede que estén disponibles en línea, por correo, o en persona. El sitio web del tercero también podría aportar información útil respecto a los propietarios efectivos de la empresa, aunque esta información no estará verificada de forma independiente y, por lo tanto, no será fidedigna.

Si se encuentran dificultades para determinar la propiedad efectiva última y el tercero es reacio a facilitar dicha información, o éste da motivos por los que no puede hacerlo, o bien proporciona documentación pretendiendo que es la prueba de la propiedad efectiva última, pero se analiza y no lo es, se

considerará que todos estos hechos son señales de alarma y se recomienda cautela. Llegados a este punto, puede analizarse la oportunidad de encargar a investigadores externos que determinen quién es el propietario efectivo.

2. Antecedentes financieros y pago del contrato

Los antecedentes financieros de un tercero pueden ser útiles para determinar si existen riesgos de corrupción (y de blanqueo de capitales). La forma más simple es solicitar a la contraparte sus últimas cuentas o estados financieros anuales.

Los estados financieros del potencial tercero proporcionarán un registro formal de sus actividades financieras. Hay que asegurarse de que los estados financieros hayan sido elaborados por un auditor/contador de buena reputación y que son suficientemente detallados. Puede realizarse una evaluación básica de la coherencia y proporcionalidad de los estados en relación con el presunto tamaño de la empresa, los servicios que presta, el sector en que opera y cómo se promociona en el mercado.

No es necesario llevar a cabo un análisis detallado, ni abordar los estados financieros como si se tratara de una auditoría. Simplemente hay que buscar discrepancias y pagos que puedan parecer inusuales o incoherentes.

REFERENCIA

ALGUNOS EJEMPLOS:

- › ¿Hay pagos que no son transparentes, donde no está claro a quién se paga o por qué? Por ejemplo, ¿hay pagos imprecisos o no específicos tales como “gastos de consultoría”?
- › ¿Hay algo inusual en la frecuencia de los pagos?
- › ¿Hay algo inusual en el valor de los pagos?
- › También deben tenerse en consideración los gastos, particularmente si son excesivos. Esto puede ser un indicador de sobornos.
- › ¿Las tarifas del tercero han sido proporcionales a los servicios prestados?

Las cuentas anuales del tercero también pueden proporcionar detalles del propietario efectivo, que pueden contrastarse con la documentación de registro de la empresa (ver la sección anterior, “Propiedad efectiva”).

Internet también puede ser una herramienta útil para determinar si ha habido noticias adversas relacionadas con las actividades financieras de la empresa. Esta información también permitirá evaluar la viabilidad financiera de la sociedad, algo que, dependiendo del contrato, puede ser un asunto importante, aunque no necesariamente relacionado con la corrupción. Las búsquedas en publicaciones comerciales en línea también pueden ser útiles para determinar el estado financiero del tercero. De forma más general, también puede evaluarse si la presencia en Internet del tercero se corresponde con su tamaño y con los servicios que ofrece.

En la diligencia debida también es clave considerar las remuneraciones y, en particular, las tarifas de éxito (*success fees*), que conllevan riesgos de corrupción. Esto es así porque estas tarifas pueden motivar a la entidad o individuo a incurrir en sobornos para asegurarse de que cumplirán los objetivos que originan el cobro de dichas tarifas. Fundamentalmente, debe actuarse con extrema precaución si el tercero propone tarifas condicionadas al éxito, porque podría ser un indicador de su intención de pagar sobornos o de crear un fondo ilícito para pagarlos.

De igual modo, la ubicación de la cuenta bancaria que el tercero designa para los pagos es también un aspecto clave. Las sociedades o individuos que participan en actividades corruptas a menudo canalizan el dinero procedente de la corrupción a cuentas bancarias situadas en jurisdicciones fuera del país donde la empresa tiene la sede o fuera del país donde opera, en un esfuerzo de ocultar los fondos ilícitos y evitar que se detecten. Una vez más, debe procederse con extrema precaución si el tercero sugiere una cuenta bancaria en otra jurisdicción, y esto exigirá una investigación más a fondo sobre él.

3. Competencia del tercero

Existe un riesgo significativo de corrupción cuando los terceros ofrecen un servicio que no están capacitados para prestar, especialmente cuando han de interactuar con funcionarios del gobierno. Esto responde a que el funcionario gubernamental y el tercero podrían estar trabajando de forma concertada, haciendo pagos corruptos al funcionario. Las empresas también deben tener en cuenta la percepción de corrupción cuando haya funcionarios públicos asociados a una operación. Con el fin de mitigar el riesgo de actividades corruptas reales y la percepción de actividades corruptas, es crucial que exista una justificación comercial clara para contratar al tercero. El Portal Empresarial contra la Corrupción puede ser utilizado como referencia en este tema.¹⁶

16 El Portal Empresarial contra la Corrupción es un sitio web que contiene información completa acerca de la corrupción e instrumentos para evitarla, de carácter gratuito. Puede consultarse en la dirección <http://www.business-anti-corruption.com/>

La empresa debe tener en cuenta lo siguiente:

REFERENCIA

¿EL TERCERO...

- › tiene experiencia en el sector y en el país donde se prestarán los servicios?
- › tiene la cualificación y experiencia necesarias para proporcionar los servicios requeridos en el contrato?
- › ha presentado un presupuesto competitivo para el trabajo?
- › tiene presencia empresarial en el país donde se prestarán los servicios?
- › ha sido recomendado por un funcionario público?
- › ha exigido pagos urgentes o comisiones inusualmente elevadas?
- › ha exigido pagos en efectivo, a un tercero o a otro país?
- › ha insinuado que conoce a la “gente adecuada” para asegurar el contrato?
- › ha sido seleccionado con transparencia?
- › Finalmente, ¿existen suficientes razones de negocio para adjudicar el contrato a este tercero? En particular, ¿son necesarios los servicios?

5

Los pasos anteriores minimizarán el riesgo de contratar a un tercero por las razones equivocadas y también, si surgen preguntas sobre la legitimidad de la contratación, la justificación comercial de dicha selección será clara.

4. Registros públicos: historial de corrupción y noticias adversas

Un paso fundamental en el proceso de diligencia debida es descubrir si hay noticias adversas asociadas con el tercero y, de manera especial, si existen antecedentes de prácticas comerciales poco éticas, de corrupción, otras actividades delictivas, o investigaciones o denuncias al respecto.

La investigación debe hacerse para descubrir si existe algún tipo de información pública que sugiera antecedentes de dichas actividades. Esta investigación puede ser llevada a cabo mediante simples búsquedas en Internet.

REFERENCIA

LAS BÚSQUEDAS POR INTERNET PUEDEN LLEVARSE A CABO SOBRE INFORMACIÓN PÚBLICAMENTE DISPONIBLE, COMO SIGUE:

- › Búsquedas generales de Internet en los medios, incluyendo noticias locales y nacionales
- › Blog de FCPA¹⁷
- › Publicaciones comerciales
- › Listas de casos en los tribunales

TÉRMINOS DE BÚSQUEDA SUGERIDOS:

“Nombre del tercero Y”:

- › “corrupción”
- › “soborno”
- › “condena”
- › “investigación”
- › “denuncias”
- › “acusación”
- › “delito”/ “delictivo”
- › “comisiones ilícitas”
- › “comentarios de los clientes”

¹⁷ www.fcpablog.com

Para búsquedas más detalladas, cuando se trate de terceros de alto riesgo, existen diversas fuentes públicas disponibles que pueden ser consultadas:

REFERENCIA

- › Sitio web del Departamento de Justicia (EEUU)¹⁸
- › Sitio web de la Comisión de Valores y Bolsa (EEUU)¹⁹
- › System for Award Management (SAM)²⁰
- › Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) Lista de Nacionales Especialmente Designados y de Personas Bloqueadas (SDN)
- › Lista de Partes en Cuestión²¹, de la Oficina de Industria y Seguridad (Departamento de Comercio de EEUU)
- › La Oficina de Grandes Fraudes (Reino Unido)²²
- › Lista del Banco Mundial de firmas inelegibles²³
- › Lista del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo de entidades inelegibles²⁴
- › Acción Exterior de la Unión Europea. Lista consolidada de personas, grupos y entidades sujetos a sanciones financieras de la UE²⁵
- › Interpol – Notificaciones rojas²⁶
- › Listas de inhabilitaciones y de sanciones – Los gobiernos pertinentes tendrán información disponible en línea

18 www.justice.gov/

19 www.sec.gov/

20 <https://www.sam.gov/>

21 <http://www.bis.doc.gov/complianceandenforcement/liststocheck.htm>

22 www.sfo.gov.uk/

23 http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984&sort_on=SUPP_CTRY_NAME&sort_order=ascending&sort_data=text

24 <http://www.ebrd.com/ineligible-entities.html>

25 http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/consol-list/index_en.htm

26 <http://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Notices>

Un recurso útil para descubrir los antecedentes del tercero puede ser la entrevista cara a cara (si es factible) o similar (por ejemplo, una llamada por teléfono) en la que se pregunte directamente al tercero sobre su historial. La entrevista puede hacerse al inicio de la diligencia debida, y puede ser útil para descubrir si existe alguna primera señal de alarma identificable en relación con actividades poco éticas o corruptas, o bien cualquier otro tipo de actividad delictiva.

Si se identifican señales de alarma relacionadas con una actividad irregular, no significará necesariamente que no se puede contratar a dicho tercero; a menudo será posible tomar medidas que mitiguen el riesgo. Muchas veces, mitigar el riesgo significa simplemente conseguir más información para entenderlo y cuantificarlo mejor; en muchas ocasiones, puede obtenerse directamente de la propia empresa. Por ejemplo, puede ocurrir que el tercero o uno de sus empleados fueran condenados por corrupción hace años y que desde entonces el tercero haya despedido a dicha persona, haya implantado un programa de cumplimiento anticorrupción y existan pruebas de ejemplaridad directiva y de buena cultura ética y de cumplimiento. En este caso, la señal de alarma puede considerarse mitigada. La mitigación de riesgos se trata más adelante, con más detalle, en la sección “Qué hacer con el resultado”.

5. *Reputación: consulta de referencias comerciales*

La reputación de un tercero está claramente vinculada al historial de la empresa y a la existencia de noticias adversas, pero la reputación también debe considerarse de una forma más general. El medio más directo de evaluar la reputación de un tercero es buscar referencias entre aquellos con quienes ha trabajado previamente. Puede solicitarse al tercero, directamente, que facilite los datos de contacto de quienes puedan dar referencias, ya sean verbales o por escrito. En el primer caso, debería guardarse el registro correspondiente de dicha conversación.

La empresa debe asegurarse de que a las referencias se les pregunta lo siguiente:

REFERENCIA

- › ¿Desde cuándo conoce al tercero?
- › ¿En calidad de qué conoce al tercero?
- › ¿Ha experimentado algún problema con el tercero?

... / ...

.../...

- › ¿Le ha preocupado alguna vez el riesgo de corrupción del tercero?
- › ¿Tiene conocimiento de alguna acusación de actividad delictiva contra el tercero o cualquiera de sus empleados?
- › ¿Considera que el tercero es honesto en sus relaciones comerciales?
- › ¿Sabe si el tercero tiene alguna conexión con funcionarios o agencias gubernamentales?
- › ¿Sabe si alguno de los empleados del tercero, o los familiares de éstos, tienen alguna conexión con funcionarios o agencias gubernamentales?

Con terceros que son sociedades nuevas y todavía carecen de relaciones comerciales, puede que no sea posible obtener referencias. En estos casos, hay que apoyarse en la investigación de los antecedentes de los propietarios y las búsquedas genéricas de noticias adversas.

6. *Actitud en cuanto a ética y cumplimiento*

A lo largo del proceso de ética y cumplimiento hay que evaluar el enfoque del tercero en cuanto a la diligencia debida y las preguntas realizadas. Será posible evaluar la actitud general de la entidad respecto a la diligencia debida y, de forma más general, respecto a su ética empresarial. Existen ciertos indicadores clave que muestran si existe una actitud positiva ante estos asuntos, que deben ser tenidos en cuenta a lo largo del proceso.

5

REFERENCIA

LOS INDICADORES CLAVE SON LOS SIGUIENTES:

- › ¿Tiene en marcha el tercero su propio programa de ética y de cumplimiento contra la corrupción? Si es así, aportará garantías de que se toma el asunto seriamente. Si no existe dicho programa, hay que preguntarle directamente cómo tiene previsto gestionar los riesgos de corrupción. En particular, se le puede preguntar cómo gestiona los obsequios y la hospitalidad, o los contratos en que intervienen intermediarios del Gobierno.

.../...

.../...

- › ¿Tiene en marcha el tercero su propio procedimiento de diligencia debida? Si utiliza a subcontratistas, ¿cómo evaluará y abordará los riesgos que pueden representar? Será imperativo que la empresa se asegure de realizar procesos de diligencia debida a los subcontratistas que llevan a cabo tareas para las que se ha contratado al tercero (ver la sección “Salvaguardias estándar”, más adelante, para más detalles).
- › El compromiso con los procedimientos de ética y cumplimiento implica que existen “pautas de ejemplaridad”. Esto significa que la alta dirección de la empresa apoya el programa de cumplimiento, e indica la prioridad que tienen la ética y el cumplimiento para el tercero.
- › Asimismo, si hay reticencias del tercero a involucrarse en el programa de diligencia debida, a proporcionar información, o si hay falta de transparencia en cualquier etapa, puede ser un indicio de riesgo de corrupción y de falta de comprensión.
- › Puede pedirse al tercero que proporcione sus políticas anticorrupción en curso y los requisitos de formación anticorrupción que reciben sus empleados. Este es un buen indicador de cultura en pautas de ejemplaridad.
- › La empresa puede compartir sus propias políticas anticorrupción y asegurarse de que el contrato incluya una cláusula que exija al tercero que cumpla con los requisitos contenidos en dichas políticas. La respuesta del tercero y su opinión sobre estas políticas también proporcionarán una perspectiva útil de su cultura.
- › En el caso de que existan señales de alarma sobre la actitud o la comprensión de los requisitos anticorrupción, que no sean tan significativos como para impedir que las negociaciones progresen, la empresa puede ofrecer formación anticorrupción al tercero. Esto puede ser útil para mitigar las señales de alarma identificadas.

Qué hacer con el resultado

El siguiente paso de la diligencia debida es analizar los resultados de las investigaciones realizadas. Puede hacerse de dos maneras:

REFERENCIA

- › Se han identificado señales de alarma que deben resolverse o mitigarse, o
- › No se han identificado señales de alarma durante el proceso de diligencia debida y la negociación puede proseguir.

Si no se ha identificado ninguna señal de alarma en ninguna etapa de las investigaciones de la diligencia debida, la empresa puede proceder con la contratación, confiando en que ha tomado las medidas razonables para comprobar el riesgo de corrupción del tercero. Lo ideal sería que la decisión de proseguir sea tomada por alguien de la empresa que no esté directamente implicado en el contrato y que pueda tomar una decisión imparcial. Al emitir el juicio, deben tenerse en consideración todas las etapas y compararlas cuidadosamente, prestando atención a la cultura general demostrada por el tercero durante el proceso.

Si se han detectado señales de alarma, es crucial que se emprenda un trabajo más exhaustivo antes de celebrar el contrato. Es necesario resolver o mitigar las señales de alarma. En muchas circunstancias, el medio más directo para resolverlas es ponerse en contacto con el tercero y solicitarle que facilite más información para aclarar la cuestión detectada por la diligencia debida. En particular, debe preguntarse al tercero acerca de las medidas que ha instaurado para prevenir que la misma actividad suceda de nuevo.

Si las señales de alarma no pueden resolverse, será necesario tomar medidas para mitigar los riesgos. A menudo, los riesgos pueden ser mitigados con simples medidas de sentido común, como en los siguientes ejemplos.

REFERENCIA

ACUSACIÓN O CONDENA PREVIA POR CORRUPCIÓN:

- › Si una señal de alarma se relaciona con una acusación o condena corporativa previas por corrupción, no significa necesariamente que el progreso en el acuerdo no sea posible. De hecho, muchas empresas mejoran significativamente sus procedimientos anticorrupción y de cumplimiento después de llegar a acuerdos con las autoridades por infracción de las leyes anticorrupción; en algunos casos, tal mejora puede ser una condición de dichos acuerdos.

.../...

.../...

- › Si la actividad corrupta es antigua (hace años que ocurrió) y se han instaurado procedimientos de ética y cumplimiento para hacer frente a las circunstancias que dieron lugar a la corrupción, como el despido de los empleados implicados, la señal de alarma se puede considerar irrelevante.
- › Si preocupa el hecho de que, a pesar de haber hecho frente a los casos históricos correctamente, el tercero mantenga la falta de comprensión de las leyes anticorrupción, la ética y el cumplimiento (aún sin intención corrupta), la empresa puede exigir, como condición del contrato, que se proporcione formación anticorrupción a los empleados relevantes.
- › Asimismo, la empresa puede imponer una condición en el contrato por la que el tercero adopte una política anticorrupción aprobada por una organización no gubernamental reconocida.

REFERENCIA

INVESTIGACIÓN DE ACTIVIDADES CORRUPTAS

- › Si las señales de alarma están relacionadas con una investigación antigua sobre actividades corruptas, en la que no hubo condena, dicha señal de alarma puede considerarse mitigada, aunque sería prudente buscar información sobre las circunstancias y los antecedentes de la investigación. La empresa también puede tener en cuenta la imposición de condiciones para reducir los riesgos percibidos, como la formación o las políticas anticorrupción; lo que debe reforzarse con disposiciones contractuales.
- › Asimismo, si una investigación está en marcha, no necesariamente impide avanzar en la negociación del contrato, pero se debe actuar con especial cuidado y analizar cuidadosamente la respuesta del tercero a la investigación: ¿Están relacionadas la investigación y las acusaciones con los servicios que la empresa espera recibir y en el país o países donde se prestarán? Otra consideración relevante será: ¿Están siendo abiertos y transparentes, están colaborando en la investigación, buscan tomar medidas correctivas para las cuestiones identificadas?
- › Puede ser que la señal de alarma sean rumores infundados que no han sido investigados formalmente por las autoridades o las fuerzas del orden ni han sido probados en un juzgado, un tribunal o un organismo equivalente. Bajo estas circunstancias, es posible proseguir con el contrato, pero es recomendable hacer un seguimiento por si la situación cambia.

REFERENCIA

SEÑAL DE ALARMA RELACIONADA CON LA CONDUCTA DE UN EMPLEADO CONCRETO

Las señales de alarma relacionadas con un empleado concreto podrían ser también un caso de identidad equivocada y esto siempre debe tenerse presente. Debe prestarse especial atención a los nombres de persona que puedan ser más frecuentes en las jurisdicciones respectivas. En este caso, la señal de alarma a menudo puede ser mitigada verificando la identidad del empleado y comparándola con la información incluida en la publicación donde se detectó.

El resto de pasos en el proceso de diligencia debida, y el cuestionario en particular, pueden proporcionar la comodidad suficiente para mitigar una señal de alarma y permitir el progreso de la negociación sin tener que plantear el tema al potencial tercero. Cuando esto no sea posible, o cuando las acusaciones sean más graves, será necesario recabar las observaciones de la contraparte.

Se anima a las empresas a que confíen en la experiencia y el conocimiento del negocio y del sector que poseen sus altos directivos. Un conocimiento profundo del sector ayudará a evaluar los riesgos identificados y a descifrar si deben o no mitigarse. También ayudará a concebir soluciones sólidas y de sentido común. Lo ideal sería que un miembro de la alta dirección que no esté involucrado directamente en la adjudicación del contrato analice la mitigación.

**Antes de contactar al potencial tercero por cualquier señal de alarma, debe tenerse en cuenta la siguiente nota sobre precauciones:*

REFERENCIA

PRECAUCIÓN AL ACERCARSE AL POTENCIAL TERCERO CON NOTICIAS ADVERSAS

En circunstancias en las que se juzgue necesario recabar directamente las observaciones del tercero, el acercamiento debe hacerse con precaución y diplomacia, pues existe un riesgo potencial de difamación. Si este acercamiento se va a realizar, la señal de alarma debe ser expuesta de manera que el tercero no se sienta acusado y de modo que quede muy claro que la empresa no comparte la opinión de la publicación, no se ha formado una opinión formal al respecto y simplemente llama la atención del tercero sobre las noticias adversas, de manera que tenga la oportunidad de comentarlas.

... / ...

.../...

El enfoque más prudente será concertar una reunión presencial con el tercero y facilitarle una copia de la publicación para que pueda leerla. Si no es factible, o asequible, la reunión presencial, la empresa puede facilitar los detalles de dónde se encontraron las noticias adversas, como el sitio web, el autor y la fecha de publicación. Al hacer esto, el tercero puede encontrar la publicación y hacer llegar sus comentarios por correo o teléfono. Se recomienda buscar asesoría jurídica sobre difamación si este paso es motivo de preocupación. La información anterior no constituye una asesoría jurídica sobre difamación sino, simplemente, una recomendación.

En circunstancias en las que las señales de alarma son tan graves que no pueden mitigarse con las medidas mencionadas anteriormente, o hay una preocupación incesante al respecto y la empresa dispone de los recursos financieros necesarios, puede ser necesario encargar la diligencia debida a un proveedor externo. También existen suscripciones a bases de datos, que pueden utilizarse, si la empresa tiene recursos disponibles, para identificar señales de alarma tales como la aparición del tercero en listas de sanciones, siendo de propiedad estatal, o en investigaciones o actividades ilícitas²⁷.

Salvaguardias estándar

Después de la diligencia debida, si se ha decidido continuar con la contratación, hay que tomar algunas medidas de salvaguardia antes de la adopción definitiva de la decisión de contratar, a fin de asegurarse de que la empresa está suficientemente protegida.

SUPERVISIÓN INDEPENDIENTE

La empresa debe asegurarse de que existe una supervisión independiente del proceso de diligencia debida. Es necesario que exista una rendición de cuentas independiente y, por lo tanto, un miembro de la alta dirección que no esté implicado directamente en el contrato debería supervisar el proceso. El empleado que ha propuesto el contrato quizá no sea capaz de evaluar objetivamente la información recopilada en la diligencia debida ni de tomar una decisión imparcial. Dependiendo de los recursos con los que cuente la empresa, puede ser conveniente nombrar a una persona para la función de ética y cumplimiento para que asuma este papel.

²⁷ Por ejemplo, World Check, World Compliance o Dow Jones Risk & Compliance.

CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN DEL CONTRATO

La empresa debe asegurarse de que el contrato contiene las cláusulas anticorrupción que exigen al tercero que cumpla las leyes anticorrupción aplicables. Esto puede proporcionar una cierta protección. Para más información, consulten la *Cláusula ICC contra la corrupción*.²⁸

DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTRO

Los riesgos asociados al contratar a un tercero para que preste servicios en nombre de la empresa se transmiten a la cadena de suministro. Esto significa que una empresa puede ser considerada responsable por las acciones de un subcontratista contratado por el tercero y de quien se descubre que ha participado en una actividad corrupta. Si el tercero va a subcontratar servicios que deben prestarse al amparo del contrato, es necesario realizar la diligencia debida al subcontratista. Su alcance dependerá del tamaño tanto del tercero como del subcontratista.

La empresa debe asegurarse de que exista una cláusula en el contrato escrito que obligue al tercero a solicitar permiso para subcontratar. Si se subcontratan servicios, debe realizarse una diligencia debida proporcional al subcontratista. Dependiendo del tamaño del tercero, la empresa puede ayudar a llevar a cabo la diligencia debida al subcontratista, con el fin de protegerse a sí misma. La empresa ha de considerar y juzgar esta posibilidad basándose en los riesgos asociados al subcontratista y los recursos disponibles. Dependiendo de la naturaleza de los servicios a prestar y el alcance del contrato, el subcontratista puede desempeñar un papel limitado, con lo que la diligencia debida puede ser sencilla y requerir recursos mínimos. La subcontratación de una gran parte del contrato puede ser una señal de alarma en sí misma, que exigiría que la empresa investigara al respecto.

SUPERVISIÓN

Una vez se contrata al tercero para prestar los servicios, la diligencia debida no ha acabado. La conducta y la actividad del tercero deben supervisarse de forma continuada. La empresa debe continuar vigilándole.

Una manera de hacerlo, simple pero eficaz, es mantener un diálogo continuo con el tercero en el que se planteen cuestiones relacionadas con la corrupción. En la práctica, puede ser un elemento de la agenda, que forme parte de

28 <https://icwbo.org/publication/icc-anti-corruption-clause/>

los encuentros regulares y rutinarios propios de la gestión del contrato. Otro método efectivo en costos consiste en solicitar documentación clara al tercero por los servicios prestados con anterioridad al pago o, al menos, tener el derecho contractual a hacerlo. Las facturas deben ser revisadas y aprobadas por un empleado cualificado y adecuado. Debe prestarse atención si surge algo inusual en el requerimiento de pago y valorar si el importe es proporcional a los servicios prestados y acorde con el contrato original. Si se identifica cualquier señal de alarma, hay que suspender el pago hasta que dicha señal se mitigue o se resuelva.

En los casos de contratos por largos periodos de tiempo, y dependiendo del alcance del riesgo (como se habrá identificado en el proceso de diligencia debida original), puede ser necesario actualizar el proceso de diligencia debida. Dependerá de la empresa determinar la frecuencia de la misma. Debería ser más frecuente para contratos que conllevan riesgos mayores, dependiendo de las circunstancias y de los recursos disponibles.

GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS REGISTROS

Es vital que cada etapa del proceso de diligencia debida se encuentre claramente documentada, de manera que existan pruebas claras de las medidas que la empresa ha tomado para mitigar los riesgos asociados con la contratación de terceros. Si surgiera alguna cuestión en el futuro, como, por ejemplo, que se acusara al tercero de actividades corruptas vinculadas al cumplimiento de su trabajo para la empresa, ésta sería capaz de demostrar que había adoptado todas las medidas razonables para evitar verse implicada en dicha actividad. Si esto proporciona una defensa en el caso de que el tercero sea enjuiciado dependerá de la ley aplicable en la jurisdicción y de las circunstancias concretas. Incluso sin ser una defensa expresa, es probable que sea un poderoso factor atenuante.

Los registros de la diligencia debida, como ocurre con la mayoría de registros, pueden ser guardados de forma electrónica, pero deberán ser guardados por la empresa durante un período de tiempo suficientemente largo. Las investigaciones sobre corrupción pueden prolongarse durante años desde que se inician hasta que se concluyen. Además, muchas no comienzan hasta años después de que la actividad ocurriera. Se recomienda un plazo de 10 años, pero este periodo debe ser determinado por la empresa y puede depender de sus recursos y de la legislación local sobre privacidad. De hecho, en algunas circunstancias puede ser necesario solicitar asesoramiento jurídico en relación con dicha legislación.

REFERENCIA

DEBEN RECORDARSE LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS:

- › La empresa necesita mantener registros por escrito que prueben que se ha llevado a cabo la diligencia debida y que todo riesgo identificado se ha tomado en consideración y se ha mitigado tanto como sea factible.
- › Los documentos deben ser conservados durante un periodo de tiempo significativo; esto puede depender de la ley local y de las políticas y recursos de la empresa.
- › Si no existen registros de la diligencia debida, no habrá forma de probar que se llevó a cabo.

Anexo A

CUESTIONARIO INTERNO DE DILIGENCIA DEBIDA

Este documento es una herramienta que han de emplear internamente quienes, en la empresa, sean los responsables de llevar a cabo las diligencias debidas, para asegurarse de que cada etapa del proceso se haya completado. Es una lista de verificación que ha de utilizarse cada vez que se realice una diligencia debida. También servirá como documento de resumen que confirma las conclusiones de la misma.

REFERENCIA

DETALLES DEL TERCERO

- › Nombre del potencial tercero
- › Contacto del potencial tercero
- › Actividad de la empresa
- › Tamaño del potencial tercero (es decir ¿cuántos empleados tiene aproximadamente?)

REFERENCIA

RIESGO

- › ¿En qué país tiene la sede el tercero?
- › ¿En qué país se ejecutará el contrato?
- › ¿Cuál es el valor del contrato?

REFERENCIA

FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES

- › ¿Es el tercero una entidad estatal o parcialmente estatal? Si lo es, proporcione detalles y considere que los empleados son funcionarios públicos.
- › ¿Alguno de los propietarios, administradores, directivos o cualquier empleado del tercero es o ha sido funcionario público? Si lo es, proporcione detalles.

.../...

.../...

- › ¿Alguno de los propietarios, administradores, directivos o cualquier empleado del tercero tiene vínculos personales, familiares o de cualquier otro tipo con funcionarios públicos? Si es así, proporcione detalles.

REFERENCIA

PROPIEDAD EFECTIVA

Obtenga de la empresa la documentación registral y responda lo siguiente:

- › ¿Se ha verificado la propiedad efectiva final de la entidad con la documentación proporcionada? Si no así, diríjase a la entidad para obtener más información.
- › ¿La documentación proporcionada de manera independiente constata la propiedad? Tenga en cuenta que la documentación facilitada por la propia entidad puede no ser fiable, ya que no es independiente.
- › ¿Se ha identificado a todos los accionistas que tienen una participación significativa (habitualmente, el 5% o más), confirmando el porcentaje de propiedad? Inserte los detalles más abajo.

REFERENCIA

ANTECEDENTES FINANCIEROS

Obtenga las últimas cuentas anuales del potencial tercero y responda lo siguiente:

- › ¿Las cuentas han sido elaboradas por un auditor de buena reputación?
- › ¿Ha identificado el auditor alguna cuestión como las siguientes?
 - Pagos repetidos hechos a un tercero no identificado, o a un tercero identificado, pero por razones poco claras;
 - Un pago significativo hecho a un tercero no identificado, o a un tercero identificado, pero por razones poco claras;
- › ¿Los ingresos y beneficios son proporcionales al tamaño de la entidad?
- › ¿Cuál es la ubicación de la cuenta bancaria?

5

REFERENCIA

JUSTIFICACIÓN EMPRESARIAL DEL CONTRATO

- › ¿Qué servicios prestará el tercero?
- › ¿Por qué se requieren esos servicios?

REFERENCIA

COMPETENCIA DEL TERCERO

- › ¿Con qué experiencia, cualificaciones y habilidades cuenta el potencial tercero para cumplir el contrato?
- › ¿Cómo se eligió al potencial tercero?

HISTORIAL DE CORRUPCIÓN Y DE NOTICIAS ADVERSAS

- › ¿Hay pruebas de antecedentes de corrupción? (es decir, condenas). Si las hay, incluya el detalle.
- › ¿Existe alguna acusación de corrupción o investigaciones por corrupción?
- › ¿Hay alguna prueba de cualquier otra noticia adversa relacionada con el tercero?

REFERENCIA

REPUTACIÓN

- › Obtenga tres referencias satisfactorias de las contrapartes actuales del potencial tercero.
- › Hágales las siguientes preguntas clave:
 - ¿Desde cuándo conoce al tercero?
 - ¿En calidad de qué conoce al tercero?
 - ¿Ha experimentado algún problema con el tercero?
 - ¿Le ha preocupado alguna vez el riesgo de corrupción del tercero?
 - ¿Tiene conocimiento de alguna acusación de actividad delictiva contra el tercero o cualquiera de sus empleados?

... / ...

.../...

- ¿Considera que el tercero es honesto en sus relaciones comerciales?
 - ¿Sabe si el tercero tiene alguna conexión con funcionarios públicos o agencias gubernamentales?
 - ¿Sabe si alguno de los empleados del tercero, o bien los familiares de éstos, tienen alguna conexión con funcionarios públicos o agencias gubernamentales?
- › Asegúrese de preguntar a quienes hayan facilitado las referencias si han tenido alguna preocupación en cuanto a la corrupción o a la falta de comportamiento ético.
- › Resuma las tres referencias.

REFERENCIA

CULTURA DE CUMPLIMIENTO

- › ¿Cómo ha respondido el potencial tercero al proceso de diligencia debida? (positivamente o de forma reacia)
- › ¿Se ha mostrado evasivo en algún momento?
- › ¿Ha existido alguna dificultad para obtener la información requerida del tercero?

5

Anexo B

CUESTIONARIO ANTICORRUPCIÓN PARA ENVIAR AL TERCERO

Este documento es el cuestionario, descrito a lo largo de esta Guía, que hay que enviar al tercero como parte del proceso de diligencia debida. Si van a hacerse entrevistas con el tercero (ya sea de forma virtual o presencial) puede ser utilizado como base para estructurar la entrevista.

REFERENCIA

DETALLES DE LA EMPRESA

- › Nombre de la persona/entidad
- › Domicilio social
- › Fecha de constitución
- › Ciudad, país, código postal, número de teléfono, correo electrónico, sitio web de la empresa
- › Detalles de la cuenta bancaria, incluyendo la ubicación
- › Denominaciones previas u otros nombres comerciales
- › Empresas filiales (Incluyendo subsidiarias)
- › Actividad o actividades de la empresa
- › País donde se ejecutará el contrato
- › País de constitución/ubicación de las oficinas centrales
- › Relación con nuestra empresa
- › Explique cómo ha surgido el contrato propuesto ¿Tiene alguna relación vigente con nuestra empresa?
- › ¿Cómo ha sido seleccionada su empresa para este contrato?

REFERENCIA

CONTRATO PROPUESTO

Naturaleza del contrato propuesto, esto es, contrato para servicios puntuales, contrato de retención o contrato marco.

REFERENCIA

SERVICIOS A PRESTAR

¿Cuánto hace que usted/su empresa realiza/n el servicio que prestarán al amparo de este contrato?

Describa su experiencia y cualificaciones para prestar este servicio.

CONTRATOS PREVIOS

¿Ha tenido una relación de negocios previa con nuestra empresa? En caso afirmativo:

- › Describa el contrato o contratos
- › Facilite la fecha del contrato o contratos
- › ¿Quiénes fueron sus contactos clave en la empresa para los contratos previos?

Proporcione detalles de clientes actuales o pasados.

5

REFERENCIA

PROPIEDAD

Enumere todos los accionistas o propietarios que mantienen intereses financieros en su negocio del 5% o más. (Si un propietario es una persona jurídica que no cotiza en bolsa, proporcione información verificada de forma independiente para identificar la propiedad efectiva final).

Propietario	Cargo en la compañía	País donde reside	Porcentaje de participación
-------------	----------------------	-------------------	-----------------------------

REFERENCIA

DIRECCIÓN Y EMPLEADOS CLAVE, INCLUYENDO DIRECTORES GENERALES, DIRECTORES DE VENTAS, GESTORES DE CONTRATOS (NO PROPIETARIOS)

Enumere todas las personas con funciones directivas en la empresa

Nombre del directivo
o empleado clave

Cargo

Función

REFERENCIA

LA SECCIÓN SIGUIENTE SE REFIERE A FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES - CONSULTE LA DEFINICIÓN COMO ORIENTACIÓN:

Definición de funcionarios gubernamentales (nacionales o extranjeros)

Un funcionario gubernamental puede incluir, entre otros, a:

- › Un funcionario o empleado de cualquier gobierno, o cualquier agencia, ministerio o departamento del gobierno (de cualquier nivel).
- › Cualquier individuo actuando con carácter oficial para un gobierno, sin importar su rango o posición.
- › Funcionario o empleado de una empresa total o parcialmente estatal.
- › Un partido político o un funcionario de un partido político.
- › Un candidato a un cargo político.
- › Un funcionario o empleado de una organización internacional pública, como las Naciones Unidas o el Banco Mundial.
- › Un familiar directo de cualquiera de los anteriores.

La OCDE define al “servidor público extranjero” como cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional.”

REFERENCIA

PROPIETARIOS, DIRECTIVOS, EMPLEADOS QUE SON FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES (INCLUYENDO A CUALQUIER REPRESENTANTE DE LA EMPRESA)

¿Alguno de los propietarios, directivos o empleados son funcionarios públicos?
En caso de ser así, por favor detalle:

Nombre	Cargo	Función e influencia en la actividad cotidiana	Cargo oficial	Funciones oficiales
--------	-------	--	---------------	---------------------

REFERENCIA

RELACIONES DE LA EMPRESA CON EL GOBIERNO Y CON FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES

¿Realiza algún trabajo para el gobierno?

Si la respuesta es sí, ¿podría causar algún conflicto de interés con sus obligaciones para con nuestra empresa al amparo de este contrato?

¿Necesita interactuar con funcionarios públicos para cumplir este contrato?

Si la respuesta es sí, proporcione detalles y explique el alcance de la relación que su empresa tiene con los funcionarios del gobierno.

¿Hace donaciones su empresa a partidos políticos? Si es así, proporcione detalles que las explique.

5

FAMILIARES QUE SON FUNCIONARIOS DEL GOBIERNO

¿Tiene alguno de los propietarios, directivos, o empleados parientes que sean funcionarios del gobierno? Si es así, detalle:

Nombre del empleado y cargo	Función e influencia en la actividad cotidiana	Nombre del familiar y relación	Cargo oficial del familiar	Funciones oficiales del familiar
-----------------------------	--	--------------------------------	----------------------------	----------------------------------

.../...

.../...

¿Tiene el familiar algún tipo de influencia o conexión con el negocio de su empresa? Proporcione detalles:

¿Existe algún riesgo de percepción de que el familiar pueda influir en los negocios de su empresa o en este contrato? Proporcione detalles:

REFERENCIA

CONCIENCIA DE ANTICORRUPCIÓN

¿Puede explicar qué es la corrupción?

El Índice de Percepción de la Corrupción, de Transparencia Internacional [2011], clasifica a [indique el país] en el número [mencione el lugar] de 178 países. ¿Cree usted que es justo? Explíquese.

¿Están al corriente de las leyes internacionales contra la corrupción?

¿Puede dar ejemplos de leyes internacionales contra la corrupción?

¿Existen leyes similares en su país?

¿Tiene alguna pregunta sobre la política anticorrupción de nuestra empresa?

REFERENCIA

CUMPLIMIENTO

¿Dispone su empresa de una política propia anticorrupción y de un programa propio de ética y cumplimiento? Proporcione detalles.

¿Se han formado sus empleados en prácticas anticorrupción? Si es así, proporcione detalles (incluyendo la frecuencia).

¿Tiene su empresa cualquier otro tipo de comunicación sobre corrupción?

REFERENCIA

ANTICORRUPCIÓN - INVESTIGACIONES Y ACUSACIONES

¿Ha habido investigaciones o acusaciones por corrupción en relación con su empresa o con cualquiera de sus empleados o representantes? Si es así, proporcione detalles.

Si la respuesta es sí, señale qué medidas correctivas adoptó su empresa.

¿Han sido alguna vez sus subcontratistas objeto de investigaciones o acusaciones relativas a corrupción? Si es así, proporcione detalles.

Si la respuesta anterior es sí, indique qué medidas correctivas adoptó su empresa.

Directrices ICC para la denuncia de irregularidades²⁹

Introducción

LA CORRUPCIÓN Y EL FRAUDE ECONÓMICO NO DISMINUYEN

El fraude continúa siendo una de las cuestiones más problemáticas para las empresas en todo el mundo, con independencia del país donde operan, el sector o su tamaño. En una extensa encuesta llevada a cabo en 2007 a 5.428 empresas de 50 países, más del 43% de los participantes afirmaron que habían sido víctimas de uno o más delitos económicos relevantes. A pesar de la atención prestada por los reguladores y de la inversión de las empresas en controles, el nivel real de los delitos económicos, y los daños financieros y no financieros que conllevan, no han disminuido significativamente.

El fraude económico destruye valor para los accionistas, amenaza el desarrollo de la empresa, pone en peligro las oportunidades laborales y socava el buen gobierno corporativo. En consecuencia, las empresas han de valorar la puesta en marcha de herramientas internas, eficientes y adecuadas, para luchar contra el fraude económico y la corrupción. Los estudios indican que las que utilizan directrices y programas de cumplimiento eficaces son mucho menos vulnerables al delito económico³⁰.

Los defraudadores potenciales han de ver que, debido al uso de herramientas internas de gestión del riesgo, existe una alta posibilidad de ser detectados, y que aquellos que incumplan las directrices éticas, reguladoras o jurídicas de la empresa serán objeto, sistemáticamente, de sanciones acordes a la infracción³¹. El fraude puede detectarse a través de las auditorías internas o externas, la gestión del riesgo, la seguridad corporativa... pero también, en gran medida, gracias a la denuncia de irregularidades (*whistleblowing*).

La fuerza laboral de la empresa representa una valiosa fuente de información que puede utilizarse para identificar un problema potencial, y para gestionarlo,

29 Disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-on-denuncia-de-irregularidades/>

30 PricewaterhouseCoopers, Investigations and Forensic Services, "Economic crime: people, culture and controls", 4th biennial Global Economic Crime Survey, 2007, pág. 22.

31 Ibídem, pág. 4.

antes de que cause un daño significativo a la reputación de la empresa o a sus grupos de interés³².

LA DENUNCIA DE IRREGULARIDADES — UNA HERRAMIENTA EFICAZ DE DETECCIÓN DEL FRAUDE

Investigaciones internacionales recientes muestran que la denuncia de irregularidades, añadida a otros mecanismos como la gestión de las personas y los controles internos y externos, constituye la fuente principal de detección de comportamientos fraudulentos en las empresas. Un estudio llevado a cabo por una auditora internacional³³ revela que no menos del 25 % de los casos de fraude descubiertos en las empresas encuestadas salieron a la luz gracias a un sistema de denuncia de irregularidades implantado por ellas.

Con todo, existen ciertas reticencias en algunos sectores del mundo empresarial de recurrir a la denuncia del fraude interno realizada por los propios empleados de la empresa, como muestra otra encuesta a profesionales realizada en 13 países europeos³⁴, según la cual sólo el 33% de los encuestados indica que su empresa dispone de una línea directa a tal efecto. Las diferencias culturales, los requisitos legales y las barreras psicológicas todavía hacen que resulte problemática la introducción de la denuncia de irregularidades en algunas jurisdicciones.

LAS REGLAS DE CONDUCTA Y RECOMENDACIONES DE ICC

Desde el convencimiento de que la autorregulación proporciona una protección eficaz de los intereses corporativos, ICC ha desarrollado, a lo largo de los años, reglas que tienen como objetivo luchar contra la corrupción y contra otras formas de fraude económico. En particular, ICC ha animado a las empresas a instaurar políticas eficientes de prevención que puedan protegerlas de las graves consecuencias que entraña el fraude económico.

Las *Reglas de conducta y recomendaciones de ICC* para combatir el soborno y la extorsión, de 2005, recomendaban que las políticas y códigos anticorrupción adoptados por las empresas ofrecieran “canales para plantear preocupaciones,

32 Institute of Chartered Accountants in England and Wales, “Guidance for audit committees”. Marzo de 2004.

33 KPMG Forensic, “Profile of a Fraudster”, Encuesta, 2007, pág. 26.

34 Ernst & Young, *A Survey into Fraud Risk Mitigation in 13 European Countries*.

buscar consejo o reportar infracciones sin temor a sufrir represalias”³⁵. Esta recomendación de ICC se comenta ampliamente en el capítulo 10 del manual de ICC de prácticas corporativas *Fighting Corruption*, escrito por Michael N. Davies.

ICC Francia ha tomado la iniciativa de publicar directrices sobre una cuestión tan importante como es el implantar mecanismos de denuncia de irregularidades en las empresas.

OBJETIVO DE LAS DIRECTRICES ICC PARA LA DENUNCIA DE IRREGULARIDADES

El objetivo de estas Directrices es ayudar a las empresas a establecer e implantar programas internos de denuncia de irregularidades, dando indicaciones prácticas que pueden servir como útil punto de referencia al tiempo que responden, lo máximo posible, a las objeciones formuladas en algunos países sobre determinados aspectos de estos sistemas de denuncia. Las Directrices se basan en la amplia experiencia y práctica de las empresas miembros de ICC, procedentes de los más diversos sectores y jurisdicciones. También se inspiran en un gran número de disposiciones jurídicas nacionales e internacionales.

FUENTES DE DERECHO NACIONALES E INTERNACIONALES SOBRE LA DENUNCIA DE IRREGULARIDADES

Las disposiciones jurídicas que contemplan la denuncia de irregularidades, ya sea interna o externa, se relacionan a continuación, ya que sirven como valiosa referencia para la organización de esta herramienta en el seno de las empresas:

Convenios internacionales

La Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996, requiere a las partes, en el artículo 8 del capítulo III, que analicen la adopción de *sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad*.

³⁵ Comisión de ICC de Lucha contra la Corrupción. *Combatiendo la extorsión y el soborno: Reglas de conducta y recomendaciones de ICC*. Edición de 2005, art. 7.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 9 de diciembre de 2003, exige en su artículo 33 a cada Estado Parte que considere la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno *medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

El Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999, en su artículo 22, exige a cada parte que adopte *las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar una protección efectiva y apropiada a las personas que proporcionen información relativa a los delitos tipificados de conformidad con* [las disposiciones relevantes del Convenio.]

El Convenio civil del Consejo de Europa sobre la corrupción, de 4 de noviembre de 1999, en su artículo 9, exige que cada parte establezca *en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables.*

La Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de 11 de julio de 2003, en su artículo 5, exige a los Estados Parte que adopten *medidas que garanticen que los ciudadanos denuncian casos de corrupción sin miedo a represalias posteriores.*

Legislación nacional seleccionada

- A.** Reino Unido. La Ley de divulgación de información de interés público, de 1998, (PIDA) garantiza protección al denunciante para las personas que revelan determinada información de buena fe y en interés público, y les permite interponer demandas por hostigamiento.
- B.** EE.UU. La Ley Sarbanes-Oxley, de 2002, en su artículo 806, garantiza protección al denunciante, para los empleados de empresas cotizadas, contra el hostigamiento en casos de fraude.

El Manual de cotización de la Bolsa de Nueva York (NYSE), en su artículo 303A.10³⁶ dispone que las empresas cotizadas deben adoptar un código ético para los administradores, directivos y empleados. En él se hace

36 Consulten también el artículo 4350 del manual de cotización de NASDAQ.

hincapié en que cada código ético debe incluir normas y procedimientos de cumplimiento que faciliten el funcionamiento eficaz del código y, entre otros, los procedimientos de denuncia de irregularidades y la protección del denunciante.

- C. Francia. La Ley 2007-1598, de 13 de noviembre de 2007, en su artículo 9, modifica el Código del trabajo y prohíbe toda discriminación contra la persona que haya denunciado o aportado un testimonio sobre corrupción ante el empleador o ante las autoridades. Todo acto discriminatorio será nulo de pleno derecho.

Recomendaciones de organismos públicos internacionales

Las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, del 2000, (capítulo II, art. 9), recomiendan a las empresas *“abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley, a las Directrices o a las políticas de la empresa”*³⁷.

Directrices

Se alienta a las empresas a establecer en sus organizaciones, como parte fundamental de sus programas de integridad, un sistema de denuncia de irregularidades acorde con su tamaño y recursos.

- A. Este sistema de denuncia de irregularidades deberá tener por objeto:

- › Recibir y considerar, con absoluta confidencialidad, todas las peticiones razonables de consejo y guía sobre las cuestiones de conducta empresarial y las preocupaciones éticas que plantee la plantilla de la empresa y la de sus sucursales y filiales (el grupo), pero también, en la medida de lo posible, por cualquiera de los agentes, proveedores y clientes del grupo, y

³⁷ El comentario sobre esta disposición es el siguiente: Como consecuencia de las prácticas autorreguladoras efectivas, es de esperar que las empresas fomenten el conocimiento de las políticas de la compañía entre los empleados. Se recomienda también la implantación de salvaguardias para proteger la denuncia de irregularidades de buena fe, como la protección de los empleados que, en ausencia de las oportunas medidas correctivas o ante el riesgo de un impacto laboral negativo, denuncien ante las autoridades competentes aquellas prácticas que infrinjan la ley. Además de ser particularmente relevantes en las iniciativas contra el soborno y las medioambientales, dicha protección también es relevante para otras recomendaciones incluidas en estas directrices.

- › Recibir y gestionar, en la fase más temprana posible, de las mismas categorías de personas, todos los reportes presentados por cualquier hecho, comprobado o bajo sólida sospecha, de incumplimiento de las leyes y reglamentos aplicables, del código de conducta de la empresa o de las Reglas de conducta y recomendaciones de ICC para combatir el soborno y la extorsión, que podría perjudicar gravemente a la empresa o al grupo si no se toman medidas correctivas.

- B.** Las empresas deberán nombrar a personas de alto rango, de indudable reputación y con amplia experiencia laboral, como responsables de la gestión y administración de las unidades de denuncia de irregularidades o del servicio de mediación. Este personal deberá disponer de una gran autonomía en la empresa y reportar al más alto nivel posible del grupo.

En el marco de estas medidas, la empresa puede designar a una sociedad, externa al grupo, que esté especializada en la recepción y gestión de reporte de irregularidades. Esta sociedad deberá ser independiente, de indudable reputación, y ofrecer las debidas garantías de profesionalidad y confidencialidad.

- C.** Corresponde a cada empresa definir el tipo de canales de comunicación que desea utilizar para la denuncia de irregularidades: comunicación oral o escrita, comunicación telefónica (llamadas gratuitas o líneas directas), comunicación informática (intranet) o cualquier otra herramienta que considere adecuada.

Las empresas deberán procurar que en estos canales de comunicación puedan emplearse tantas lenguas habladas en los diferentes países donde opera como sea razonablemente posible.

- D.** El sistema de denuncia de irregularidades, siendo parte integrante de los programas voluntarios de integridad de la empresa, sólo tendrá éxito si no está excesivamente regulado desde el exterior.

Sin embargo, las empresas deben tener en cuenta que, en determinadas jurisdicciones y entornos culturales, y debido, entre otras causas, a la preocupación por la protección de datos y el derecho laboral, se han impuesto restricciones legales a los procedimientos de denuncia de irregularidades, que tendrán que cumplir.

E. Cada empresa puede decidir individualmente, y teniendo en cuenta la ley aplicable en cada país, qué tipo de sistema de denuncia de irregularidades adoptará:

- › si reportar bajo el sistema de denuncia de irregularidades será obligatorio o voluntario, y
- › si puede reportarse de forma anónima o pública.

Si opta por un sistema anónimo de denuncia de irregularidades, la empresa puede tener en cuenta el entorno cultural, así como las cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y el riesgo de recibir reportes improcedentes.

Si la empresa considera que se ha de reportar de forma voluntaria, sus empleados pueden optar por reportar los sucesos graves, tal como se definen en el apartado A, mediante cualquier otro procedimiento interno o externo que esté disponible.

F. Deberán efectuarse con diligencia tanto la confirmación de recepción como el registro y el examen de todos los reportes de los denunciantes.

El denunciante cuyo reporte no se considere de buena fe deberá ser informado de esta circunstancia de inmediato, y dicho reporte se desestimarán.

Si se producen abusos en el proceso, pueden contemplarse medidas disciplinarias.

Todos los reportes de buena fe deberán ser investigados por la unidad de denuncia de irregularidades de la empresa, que los remitirá, bajo normas estrictas de confidencialidad, a las personas o departamentos correspondientes en la empresa o el grupo.

Tan pronto como sea razonablemente posible, los principales resultados del examen de diligencia debida deberán ser comunicados de forma apropiada como respuesta al denunciante.

La persona cuyo comportamiento se ha reportado también deberá ser informada del objeto principal del procedimiento en curso, para permitirle que presente sus objeciones.

- G.** Todos los empleados deberán estar en condiciones de reportar sucesos graves, tal como se han definido anteriormente, sin miedo a represalias o a medidas discriminatorias o disciplinarias. Por lo tanto, el empleo, la remuneración y las oportunidades profesionales del denunciante deberán ser protegidas por la empresa durante un período razonable de tiempo.

Las empresas deberán mantener, al máximo posible y en todo momento, la confidencialidad de los datos revelados mediante la denuncia de irregularidades y la identidad del denunciante, sujetas a los requisitos legales imperativos, y deberán proteger dichos datos con los medios más adecuados.

Directrices ICC sobre obsequios y hospitalidad³⁸

Introducción

En el desarrollo de su actividad comercial habitual, a las empresas a menudo se les pide, exige o incluso se las coacciona para que hagan obsequios o proporcionen diferentes formas de hospitalidad. Las empresas, por propia iniciativa, quizá deseen ofrecer a sus clientes, reales o potenciales, o a sus contactos de negocios, regalos u otros beneficios para mejorar su imagen comercial, presentar mejor sus productos y servicios, desarrollar sus relaciones, crear un clima de negocios favorable, o bien como deferencia.

Estas prácticas son bastante comunes y se consideran parte de las políticas comerciales habituales o una fórmula habitual de cortesía en muchas regiones y países del mundo. A pesar de que los obsequios y la hospitalidad no son en sí mismos contrarios a las normas éticas y jurídicas actuales³⁹, en algunos casos sí pueden, debido al cargo del donante o del receptor, la frecuencia, el valor o la importancia, el contexto en el que se ofrecen o incluso sólo por la percepción de terceros, crear la sospecha de irregularidades y ser considerados un soborno.

El soborno es la oferta, promesa, entrega, autorización o aceptación de cualquier beneficio indebido, económico o de otro tipo, a o de cualquier persona (en particular, funcionarios públicos) a fin de obtener o mantener un negocio u otro beneficio indebido⁴⁰.

Al examinar las legislaciones nacionales, parece que no existan normas estándar, sino que más bien cada jurisdicción tenga sus propias normas, reglamentos y métodos de aplicación en materia de obsequios y hospitalidad.

ICC recomienda que las empresas instauren procedimientos estrictos que abarquen la oferta o recepción de obsequios y hospitalidad para garantizar

38 La edición de 2014 está disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-on-gifts-and-hospitality/>

39 Puede consultarse *Guidance to the UK Bribery Act 2010* (página 12): "La hospitalidad y la promoción de buena fe, u otros gastos empresariales encaminados a mejorar la imagen de una organización comercial, presentar mejor sus productos y servicios o establecer relaciones cordiales, se reconocen como una parte importante y consolidada de la forma de hacer negocios y no es intención de la Ley tipificar dicho comportamiento como delito." y *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (página 16): "La FCPA no prohíbe hacer obsequios. Más bien, como ocurre con sus contrapartes nacionales en cuanto al soborno, la FCPA prohíbe los pagos de sobornos, incluyendo a los que se encubre como obsequios".

40 Se basa en el artículo 1 de las *Reglas ICC para combatir la corrupción* de 2011.

que (i) cumplen con la legislación nacional y los instrumentos internacionales aplicables; (ii) se limitan a gastos razonables y de buena fe; (iii) no afectan indebidamente, ni pueden ser percibidas como que afecten indebidamente, a la independencia de juicio del receptor hacia el donante; (iv) no son contrarios a las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor, y (v) no se ofrecen ni se reciben con demasiada frecuencia ni en un momento inadecuado⁴¹.

Basándose en un amplio intercambio de buenas prácticas entre sus miembros, de muy diferentes países y de diferentes sectores, y en un exhaustivo análisis comparativo de sus enfoques, ICC formula estas Directrices, que tienen en consideración las normas más recientes, nacionales, regionales e internacionales, así como las mejores prácticas y orientaciones comerciales hasta la fecha.

Las Directrices pueden ser aplicadas por igual, *mutatis mutandis*, por todas las organizaciones, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro.

Definición de los términos empleados en estas directrices

“Obsequio” (*gift*) significa todo pago, gratuidad, gratificación, regalo o beneficio, pecuniario o no, ofrecido, prometido, dado o recibido, sin ninguna compensación material o inmaterial directa o indirecta.

“Hospitalidad” (*hospitality*) significa toda forma de atención social, entretenimiento, viajes o alojamiento, o invitaciones a actos deportivos o culturales ⁴².

“Beneficios” (*advantages*) significa obsequios y hospitalidad, como se definen anteriormente y cuando se les designa colectivamente.

“Política” significa principios, reglas o procedimientos, efectivos en el ámbito de la empresa, relacionados con los obsequios y la hospitalidad, incluyendo las prácticas que los apliquen.

⁴¹ Reglas ICC para combatir la corrupción de 2011, artículo 5.

⁴² Que puede referirse a su oferta, promesa, entrega o recepción.

DIRECTRICES

A. Se recomienda que las empresas establezcan una política en materia de obsequios y hospitalidad que disponga que los beneficios:

- › cumplen con la ley aplicable y con los instrumentos internacionales aplicables;
- › están limitados a gastos que son razonables, proporcionados y relacionados con el negocio, como gastos promocionales de buena fe o gastos de negocio similares;
- › se hacen de forma transparente, no afectan indebidamente, y no tendrían que percibirse, de forma razonable, como una influencia indebida en el desempeño de las obligaciones del receptor;
- › no son contrarios a las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor;
- › no se ofrecen ni se reciben con demasiada frecuencia ni en un momento inadecuado⁴³;
- › no se ofrecen a fin de obtener o mantener indebidamente un negocio u otro beneficio;
- › se registran de forma fiel y exacta en los libros y registros de la empresa, y
- › son adecuados teniendo en cuenta la cultura y el nivel de vida del país o región en los que se da o se recibe el beneficio.

B. Aunque el buen juicio es importante al dar o aceptar obsequios u hospitalidad, las políticas deberían ser lo suficientemente específicas y pueden ir acompañadas de ejemplos fácilmente comprensibles o de mejores prácticas con el fin de proporcionar la orientación adecuada.

C. Teniendo en cuenta la complejidad de la cuestión de los obsequios y la hospitalidad y el riesgo de que cualquier beneficio se considere soborno, deberá implantarse adecuadamente una política y comunicarla a toda la empresa. Esto significa que ha de ser vinculante para todos los administradores, directivos y empleados de la empresa y ha de ser fácil de consultar, por ejemplo, en el sitio web y las oficinas de la empresa.

⁴³ Se refiere, por ejemplo, a la oferta o recepción de beneficios, que involucran a las partes interesadas en una fase de licitación, procedimientos legales pendientes, procesos de concesión/autorización, o negociaciones delicadas.

Todos los administradores, los directivos y los empleados designados⁴⁴ deberán recibir formación periódica, basada en red o presencial, y debería invitárseles a pedir asesoramiento, siempre que tengan inquietudes o preguntas en materia de obsequios u hospitalidad, a su dirección o a los directivos o departamentos especialmente designados.

- D. Varios países prohíben los beneficios para funcionarios públicos⁴⁵, mientras que otros permiten esta práctica sólo bajo condiciones estrictas. Por consiguiente, las empresas pueden entregar estos beneficios a los funcionarios públicos sólo en la medida que lo permitan las leyes y reglamentos (nacionales) aplicables.
- E. Es probable que las empresas estén infringiendo las leyes anticorrupción si entregan beneficios a terceros tales como miembros de la familia de un funcionario público, si estos beneficios pretenden ser una manera indirecta de influir, de forma corrupta, al funcionario^{46, 47}.
- F. Un obsequio u hospitalidad para una persona del sector privado sólo debería permitirse si cumple con las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor. Las empresas no están obligadas a buscar proactivamente información sobre dicho código de conducta en todos los casos. En su lugar, las empresas deben tomar en consideración qué saben del código del receptor y, en los casos apropiados, pueden solicitar información adicional si carecen de este conocimiento.
- G. No se entregarán ni se recibirán obsequios ni hospitalidad en forma de dinero en efectivo ni equivalentes como vales, tarjetas de prepago o servicios gratuitos de la empresa.
- H. Los obsequios de valor simbólico (bajo) pueden ofrecerse o recibirse en cantidades razonables.
- I. Son ejemplos los obsequios promocionales como bolígrafos, camisetas, tazas y agendas con el logo de la empresa⁴⁸.

44 Aquellos que, a la vista de su cargo y función, están expuestos al riesgo de soborno.

45 Puede consultarse el significado de funcionario público, funcionario extranjero y funcionario público extranjero en *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (pág. 19), la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (art. 1, párrafo 4.a) y la Ley contra el soborno, del Reino Unido, de 2010 (Art. 6.5).

46 *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (pág. 16).

47 Las contribuciones benéficas quedan fuera del ámbito de estas Directrices. Para más orientación, consulten, entre otros, *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (pág. 16).

48 Sin embargo, en el caso de obsequios para funcionarios públicos, consultar el apartado D.

J. La hospitalidad de bajo valor (por ejemplo, bebidas o un simple almuerzo), que se ofrece como cortesía, está, en principio, permitida⁴⁹.

K. Las empresas deberían de promover sus productos, servicios y tecnología basándose en su competitividad y calidad, no en beneficios ocultos.

La hospitalidad en forma de pago de gastos razonables de viaje y hospedaje⁵⁰ para clientes o funcionarios del gobierno que visitan las instalaciones de la empresa con propósitos comerciales legítimos de promoción o de otro tipo está, en principio, permitida^{51,52}

L. La política de la empresa puede prever que la entrega o la recepción de obsequios o de hospitalidad, cuyo valor supera un valor simbólico, han de ser reportados, y que, si el valor supera un nivel determinado, han de ser aprobados por un directivo o por el responsable designado. Se recomienda que ambos niveles monetarios, el de reporte (en un nivel inferior) y el de aprobación (en un nivel superior) se estipulen en la política⁵³.

M. Las empresas de alcance internacional o global que hayan incluido en sus políticas un sistema de reporte y aprobación pueden evaluar si establecen diferentes valores monetarios por país o región, en función de las diferencias culturales o de nivel de vida.

N. Las empresas que desean poner en marcha un sistema de reporte y/o aprobación pueden evaluar si instauran un registro central (automatizado) y un proceso de liquidación junto con límites cumulativos anuales y excepciones limitadas para estos beneficios, aprobados por la dirección o el responsable designado⁵⁴.

O. Siempre que sea posible, los agentes, intermediarios u otros terceros que representan a la empresa o hacen negocios en su nombre deberán ser informados de la política de la empresa y deberá exigírseles que cumplan con sus disposiciones o con normas equivalentes y que las apliquen correctamente.

49 Sin embargo, en el caso de hospitalidad para funcionarios públicos, consultar el apartado D.

50 La razonabilidad puede medirse basándose en la duración del viaje, la frecuencia, la cantidad de personas que forman la delegación y el papel de cada invitado, que deberían ser proporcionales al alcance de la visita.

51 Consultar la nota al pie 1 y *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (pág. 7) para más orientación.

52 Sin embargo, en el caso de hospitalidad para funcionarios públicos, consultar el apartado D.

53 En algunos países, las empresas usan diferentes valores (respecto a los generales) para la alta dirección o el personal directivo. Esta práctica no se recomienda, ya que la diferencia en los valores es contraria al principio de ejemplaridad e incrementan el riesgo de que el valor superior del obsequio o la hospitalidad se consideren un soborno.

54 *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* (pág. 16).

- P. Además de las recomendaciones de la sección “Directrices”, se recomienda incluir los siguientes elementos en las políticas:
- › Objetivo — evitar obsequios u hospitalidad que puedan considerarse sobornos o prácticas corruptas;
 - › Ámbito — aplicables y vinculantes para todos los administradores, directivos y empleados de la empresa y, en la medida de lo posible, sus socios comerciales;
 - › Definiciones — definiciones claras de obsequios y hospitalidad;
 - › Disposiciones generales — aplicables tanto a obsequios como a la hospitalidad, incluyendo una disposición para prohibir la instigación al delito o la inducción, y disposiciones por las que estos beneficios no deberán darse con frecuencia, y han de ser todos registrados de forma fiel y exacta en los libros y registros de la empresa;
 - › Disposiciones específicas para los obsequios, que pueden incluir un procedimiento claro de reporte y autorización;
 - › Disposiciones específicas para la hospitalidad, que pueden incluir un procedimiento claro de reporte y autorización;
 - › Una disposición sobre la comunicación y la formación en materia de obsequios y hospitalidad, y
 - › Una disposición que explique dónde obtener asesoramiento en caso de que se planteen preguntas o inquietudes.

Cláusula ICC contra la corrupción

La Cláusula ICC contra la corrupción (la “Cláusula”) ha de incluirse en los contratos en que las partes se comprometen a cumplir las Reglas ICC para combatir la corrupción o a instaurar y mantener un programa de cumplimiento corporativo contra la corrupción.

La Cláusula ayuda a mantener la confianza entre las partes y a prevenir la corrupción tanto en la negociación como en el cumplimiento de los contratos.

Nota introductoria sobre la aplicación y el propósito general y estructura de la Cláusula

La Cláusula está concebida para su aplicación en todo contrato que la incorpore, ya sea por remisión o completamente. Aunque se anima a las partes contratantes a incorporar la Cláusula en los contratos por su nombre completo, se prevé que toda referencia en el contrato a la Cláusula o a las variaciones conexas se considerará, salvo evidencia en contra, una referencia a la Cláusula ICC contra la corrupción.

El propósito general de la Cláusula es proporcionar a las partes una disposición contractual que les garantice la integridad de sus contrapartes durante la etapa precontractual, mientras dure el contrato e incluso posteriormente.

Hay tres opciones posibles: un breve texto con la técnica de incorporación por remisión de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011 (**Opción I**); la incorporación en el contrato del texto completo de dicha Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011 (**Opción II**), o una referencia a un programa de cumplimiento corporativo, como se describe en el Artículo 10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción (**Opción III**).

Cuando se opte por las opciones I y II, si una de las partes no cumple sustancialmente o no cumple repetidamente las disposiciones contra la corrupción incorporadas en el contrato, la parte que las incumple tendrá la oportunidad de corregir el incumplimiento. También tendrá la oportunidad de alegar, en su defensa, que ha instaurado medidas preventivas adecuadas contra la corrupción. En ausencia de tales acciones correctoras de la parte que ha incumplido, o si tal acción no es posible y no se invoca efectivamente ninguna defensa, la parte contraria podrá suspender o resolver el contrato a su discreción.

Cualquier entidad, ya sea un tribunal arbitral u otro organismo de resolución de controversias, que se pronuncie de conformidad con las disposiciones de resolución de controversias del contrato, estará facultada para determinar las consecuencias contractuales de cualquier presunto incumplimiento de la Cláusula.

Cláusula ICC contra la corrupción

OPCIÓN I. INCORPORACIÓN POR REMISIÓN DE LA PARTE I DE LAS REGLAS ICC PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN, DE 2011

Párrafo 1: Las partes se comprometen a que, en la fecha de entrada en vigor del contrato, ni ellas, ni sus administradores, directivos o empleados habrán ofrecido, prometido, entregado, autorizado, solicitado o aceptado ningún beneficio indebido, económico o de otro tipo (o insinuado que lo harán o podrían hacerlo en algún momento futuro) relacionado de algún modo con el contrato y que habrán adoptado medidas razonables para evitar que lo hagan los subcontratistas, agentes o cualquier otro tercero que esté sujeto a su control o a su influencia determinante.

Párrafo 2: Las partes acuerdan que, en todo momento en relación con el contrato, y a lo largo de su vigencia y posteriormente, cumplirán, y adoptarán medidas razonables para asegurarse de que sus subcontratistas, agentes u otros terceros sujetos a su control o a su influencia determinante también lo hagan, la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, que aquí se incorpora por remisión en el contrato como si se escribiera en el contrato en su totalidad.

Párrafo 3: Si una de las partes, como resultado del derecho a realizar una auditoría acordado contractualmente, si lo hubiera, de los libros de contabilidad y los registros financieros de la otra parte, o de otra forma, aporta pruebas de que esta última ha participado en un incumplimiento material o repetitivo de las disposiciones de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, lo notificará a esta última parte en consecuencia y le exigirá que adopte las acciones correctoras necesarias en un plazo razonable y que le informe de dichas acciones. Si esta última parte no adopta las acciones correctoras necesarias, o si éstas no son posibles, puede invocar su defensa probando que en el momento en el que surgió la prueba del incumplimiento o incumplimientos había instaurado las adecuadas medidas preventivas contra la corrupción, como se describen en el Artículo 10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, adaptadas a sus circunstancias particulares y

capaces de detectar la corrupción y de fomentar una cultura de la integridad en su organización. Si no se adoptan acciones correctoras o, según sea el caso, no se invoca de manera eficaz la defensa, la primera parte puede, a su discreción, suspender el contrato o resolverlo, entendiéndose que todos los importes contractualmente debidos en el momento de la suspensión o la resolución del contrato continuarán siendo pagaderos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.

Párrafo 4: Cualquier entidad, ya sea un tribunal arbitral u otro organismo de resolución de controversias, que se pronuncie de conformidad con las disposiciones de resolución de controversias del contrato, estará facultada para determinar las consecuencias contractuales de cualquier presunto incumplimiento de esta Cláusula ICC contra la corrupción.

OPCIÓN II. INCORPORACIÓN COMPLETA DE LA PARTE I DE LAS REGLAS ICC PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN, DE 2011

Párrafo 1: Las partes se comprometen a que, en la fecha de entrada en vigor del contrato, ni ellas, ni sus administradores, directivos o empleados habrán ofrecido, prometido, entregado, autorizado, solicitado o aceptado ningún beneficio indebido, económico o de otro tipo (o insinuado que lo harán o podrían hacerlo en algún momento futuro) relacionado de algún modo con el contrato y que habrán adoptado medidas razonables para evitar que lo hagan los subcontratistas, agentes o cualquier otro tercero que esté sujeto a su control o a su influencia determinante.

Párrafo 2: Las partes acuerdan que, en todo momento en relación con el contrato, y a lo largo de su vigencia y posteriormente, cumplirán, y adoptarán medidas razonables para asegurarse de que sus subcontratistas, agentes u otros terceros sujetos a su control o a su influencia determinante también lo hagan, las disposiciones siguientes:

Párrafo 2.1: Las partes prohibirán las siguientes prácticas en todo momento y bajo cualquier forma, en relación con funcionarios públicos a nivel internacional, nacional o local, con partidos políticos, funcionarios de un partido o candidatos a un cargo político, y con administradores, directivos o empleados de una parte, tanto si se participa en dichas prácticas directa como indirectamente, e incluso a través de terceros:

A. Soborno es la oferta, promesa, entrega, autorización o aceptación de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otro tipo, a, por o para cualquiera de las personas listadas anteriormente, a fin de obtener o mantener un negocio u otro beneficio indebido, por ejemplo, en relación con la adjudicación de un contrato, público o privado, permisos reglamentarios, impuestos, aduanas o procedimientos judiciales y legislativos.

El soborno a menudo incluye:

- › Una comisión ilícita, por una parte del pago del contrato, al gobierno o a funcionarios de un partido o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes cercanos, amistades o socios comerciales, o
- › el uso de intermediarios tales como agentes, subcontratistas, consultores u otros terceros, para canalizar pagos al gobierno o a funcionarios de un partido, o a empleados de la otra parte contratante, su parientes, amistades o socios comerciales.

B. Extorsión o instigación al delito es la exigencia de un soborno, vaya o no acompañada una amenaza si se rechaza. Las partes deberán oponerse a cualquier intento de extorsión o instigación al delito y se les exhorta a reportar tales intentos a través de los mecanismos de reporte formales o informales que estén disponibles, a menos que tal reporte se considere contraproducente según las circunstancias.

C. Tráfico de influencias es la oferta o la solicitud de un beneficio indebido para ejercer una influencia impropia, real o supuesta, con el fin de obtener de un funcionario público un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.

D. Blanqueo del producto de las prácticas corruptas antes mencionadas es ocultar o disimular el ilícito origen, fuente, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de los bienes, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Párrafo 2.2: En relación con terceros, sujetos al control o la influencia determinante de una parte, incluyendo, entre otros, a agentes, consultores para el desarrollo de negocios, representantes de ventas, agentes aduaneros, consultores generales, revendedores, subcontratistas, franquiciados, abogados, contadores o intermediarios similares, que actúan en nombre de la parte en relación con la mercadotecnia o las ventas, la negociación de

contratos, la obtención de licencias, permisos u otras autorizaciones, u otras acciones que benefician a la parte o como subcontratistas en la cadena de suministro, las partes deberán instruirles para que no participen ni toleren que ellas participen en ningún acto de corrupción; no utilizarlos como canal para cometer actos de corrupción; contratarlos sólo en la medida que sea apropiado para el desarrollo normal del negocio de la parte, y no pagarles más de la remuneración apropiada por los servicios legítimos proporcionados.

Párrafo 3: Si una de las partes, como resultado del derecho a realizar una auditoría acordado contractualmente, si lo hubiera, de los libros de contabilidad y los registros financieros de la otra parte, o de otra forma, aporta pruebas de que esta última ha participado en un incumplimiento material o repetitivo de los Párrafos 2.1 y 2.2 anteriores, lo notificará a esta última parte en consecuencia y le exigirá que adopte las acciones correctoras necesarias en un plazo razonable y que le informe de dichas acciones. Si esta última parte no adopta las acciones correctoras necesarias, o si éstas no son posibles, puede invocar su defensa probando que en el momento en el que surgió la prueba del incumplimiento o incumplimientos, había instaurado las adecuadas medidas preventivas contra la corrupción, como se describen en el Artículo 10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, adaptadas a sus circunstancias particulares y capaces de detectar la corrupción y de fomentar una cultura de la integridad en su organización. Si no se adoptan acciones correctoras o, según sea el caso, no se invoca de manera eficaz la defensa, la primera parte puede, a su discreción, suspender el contrato o resolverlo, entendiéndose que todos los importes contractualmente debidos en el momento de la suspensión o la resolución del contrato continuarán siendo pagaderos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.

Párrafo 4: Cualquier entidad, ya sea un tribunal arbitral u otro organismo de resolución de controversias, que se pronuncie de conformidad con las disposiciones de resolución de controversias del contrato, estará facultada para determinar las consecuencias contractuales de cualquier presunto incumplimiento de esta Cláusula ICC contra la corrupción.

OPCIÓN III. REFERENCIA A UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO CORPORATIVO CONTRA LA CORRUPCIÓN, COMO SE DESCRIBE EN EL ARTÍCULO 10 DE LAS REGLAS DE 2011

Párrafo 1: Las partes han instaurado, en la fecha de entrada en vigor del contrato, o se comprometen a hacerlo poco después, un programa de cumplimiento corporativo contra la corrupción, como se describe en el Artículo

10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, adaptado a sus circunstancias particulares y capaz de detectar la corrupción y de fomentar una cultura de la integridad en su organización.

Las partes mantendrán e implantarán dicho programa al menos durante la vigencia del contrato e informarán con regularidad a la parte contraria sobre la implantación del programa, mediante declaraciones preparadas por un representante corporativo cualificado, nombrado por ella y cuyo nombre se habrá comunicado a la parte contraria.

Párrafo 2: Si una de las partes aporta pruebas de que la declaración del representante corporativo cualificado de la parte contraria contiene deficiencias materiales, que minen la eficiencia del programa de la parte contraria, lo notificará a la otra parte en consecuencia y le exigirá que adopte las acciones correctoras necesarias en un plazo razonable y que le informe de dichas acciones. Si esta última parte no adopta las acciones correctoras necesarias, o si éstas no son posibles, la primera parte puede, a su discreción, suspender el contrato o resolverlo, entendiéndose que todos los importes contractualmente debidos en el momento de la suspensión o la resolución del contrato continuarán siendo pagaderos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.

Párrafo 3: Cualquier entidad, ya sea un tribunal arbitral u otro organismo de resolución de controversias, que se pronuncie de conformidad con las disposiciones de resolución de controversias del contrato, estará facultada para determinar las consecuencias contractuales de cualquier presunto incumplimiento de esta Cláusula ICC contra la corrupción.

Comentarios sobre la Cláusula ICC contra la corrupción

OPCIONES I Y II

Párrafo 1: Compromiso de no corrupción durante el período precontractual

La Cláusula ICC contra la corrupción tiene como objetivo generar confianza entre las partes

La integridad es un factor clave para crear un entorno empresarial que obtenga la máxima rentabilidad y premie las aptitudes y la competitividad. Los mejores resultados en los negocios se obtienen cuando la predictibilidad y la confianza prevalecen entre las partes. Luchar contra el soborno y contra otras prácticas

corruptas también es vital para proteger a los accionistas, a los contribuyentes y a otras entidades afectadas indirectamente por las transacciones comerciales.

Aparte de la necesidad de garantizar que las prácticas corruptas no fructifiquen, existe también la necesidad de mantener la confianza en la naturaleza vinculante de los compromisos contractuales (*Pacta sunt servanda*), ya que se trata de un componente esencial en el éxito de la vida empresarial. Debe haber, por tanto, un equilibrio entre el esfuerzo de la lucha contra la corrupción y la consideración de la corrupción como un motivo de incumplimiento de contrato que justifica su resolución.

La integridad debe prevalecer durante el ciclo de vida de la operación empresarial, desde la negociación hasta su ejecución y remuneración correspondiente. Muy a menudo, la operación contractual implica a multitud de partes y a una gran cantidad de personal. Puede que las prácticas corruptas no estén presentes en toda la estructura de la organización, y puede que los directivos responsables de la negociación o la ejecución del contrato no sean sus instigadores ni se les pueda atribuir tales prácticas.

Al preparar el contrato, las partes desean asegurarse de que, durante las negociaciones previas y durante su redacción (el periodo precontractual) ninguna de ellas pague o prometa sobornos, obsequios o ventajas indebidas (ni indique que tal cosa sucederá en el futuro), en relación con el contrato, a funcionarios públicos a escala internacional, nacional o local, partidos políticos, funcionarios de partidos políticos o candidatos a cargos políticos ni a administradores, directivos o empleados de la parte contraria, ya sea directa o indirectamente a través de un subcontratista, agente u otro tercero que esté sujeto al control o a la influencia determinante de una de las partes.

Las partes también desean cerciorarse de que la parte contraria ha instaurado medidas preventivas razonables para evitar que los subcontratistas, agentes u otros terceros de la parte contraria incurran en prácticas corruptas.

En suma, la Cláusula está redactada con el propósito de alcanzar el equilibrio entre el interés de las partes de evitar la corrupción y su necesidad de garantizar la consecución de los objetivos del contrato. La Cláusula se construye sobre la doctrina de la buena fe, la presunción de inocencia, la buena cooperación entre las partes y la idea de que muchas prácticas ilícitas pueden corregirse sin poner fin a la relación contractual.

¿Qué prácticas corruptas cubre el párrafo 1?

La redacción del párrafo 1 refleja la empleada en la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997) y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003). de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

Las prácticas corruptas cubiertas por el párrafo 1 incluyen: (i) la corrupción “activa” y la “pasiva” (a veces denominadas “extorsión” o “instigación al delito”); (ii) el soborno y el tráfico de influencias; (iii) la corrupción de funcionarios públicos y la corrupción dentro del sector privado; (iv) la corrupción en las esferas nacional y local, así como también la internacional; (v) la corrupción mediante intermediarios o sin ellos; (vi) el soborno con dinero o mediante cualquier otra forma de beneficio indebido, y (vii) el soborno con o sin dinero procedente del blanqueo de capitales.

¿Se refiere el párrafo 1 incluso a los más mínimos beneficios indebidos?

ICC recomienda a las empresas que no hagan “pagos de facilitación” (es decir, pequeños pagos no oficiales e impropios efectuados a funcionarios de bajo nivel para asegurar o agilizar la realización de una acción de rutina o necesaria a la cual el pagador tiene legalmente derecho), a menos que sus empleados se encuentren ante circunstancias apremiantes como coacciones, o cuando la salud, seguridad o protección de sus empleados estén en riesgo.

En la cuestión de obsequios y hospitalidad ofrecidos, por ejemplo, a socios comerciales existentes o potenciales, ICC recomienda que las empresas establezcan procedimientos para asegurarse de que (i) cumplen la ley; (ii) son razonables y de buena fe; (iii) no afectan (o parecen afectar) a la independencia de juicio del receptor hacia el donante; (iv) no son contrarios a las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor, y (v) no se ofrecen ni se reciben con demasiada frecuencia ni en un momento inadecuado.

¿Qué “medidas preventivas razonables” han de instaurar las partes respecto a sus intermediarios?

No se exige a las partes que prevengan por todos los medios que ninguno de sus subcontratistas, agentes o terceros, sujetos a su control o a su influencia determinante, cometan ningún tipo de práctica corrupta.

Sin embargo, las partes, basándose en una evaluación periódica de los riesgos a los que se exponen, instaurarán un programa corporativo de cumplimiento eficaz, adaptado a sus circunstancias particulares; ejercerán, basándose en un enfoque estructurado de gestión de riesgos, la apropiada diligencia debida en la selección de subcontratistas, agentes u otros terceros, sujetos a su control o influencia determinante; y formarán a sus administradores, directivos y empleados en consecuencia.

¿A qué circunstancias resulta aplicable el compromiso del párrafo 1?

Teniendo en cuenta la rápida evolución de las leyes y prácticas en el ámbito de la integridad empresarial, el compromiso del párrafo 1 debería estar relacionado con el contrato en sí, y no con otros contratos celebrados entre las mismas partes, o con cualquier otro contrato.

Párrafo 2: Compromiso de no corrupción durante el periodo posterior a la ejecución del contrato (periodos contractual y postcontractual)

Duración del compromiso de no corrupción

Las partes acuerdan que, durante el periodo posterior a la entrada en vigor del contrato y a su término, no cometerán prácticas corruptas en relación con el contrato.

Tendrán que asegurarse de que ninguna etapa del cumplimiento del contrato, como la obtención de las licencias pertinentes o de las autorizaciones oficiales, la superación de pruebas de funcionamiento o la inspección de mercancía o instalaciones se obtendrá por medios ilícitos. También se comprometen a adoptar medidas razonables para evitar que sus subcontratistas, agentes u otros terceros actúen así durante dicho periodo. El compromiso de no corrupción de las partes subsiste tras la vigencia del contrato.

Disposición del párrafo 2 para la incorporación por remisión o completa

Para dejar constancia de su compromiso mutuo contra la corrupción, las partes deciden incorporar el texto de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, en su contrato. Pueden optar por incorporarla mediante remisión o por completo. En el primer caso, escogerán el texto de la Opción I y, en el segundo, el texto de la Opción II.

La naturaleza del compromiso de las partes

El compromiso de las partes es absoluto, mientras que su compromiso en relación con sus subcontratistas, agentes u otros terceros sujetos a su control o influencia determinante se limita a la adopción de medidas razonables para evitar que estos últimos incurran en prácticas corruptas.

Esto incluirá, como mínimo, instruir a los subcontratistas, agentes y otros terceros para que no participen ni toleren que aquellas participen en ninguna práctica corrupta; no utilizarlos como canal para prácticas corruptas; contratarlos sólo en la medida necesaria para el desarrollo normal del negocio de la parte, y no pagarles más de la remuneración apropiada por los servicios legítimos proporcionados.

Párrafo 3: Incumplimiento, acciones correctoras y sanciones

No cumplimiento de la Parte I de las Reglas de ICC

Si una de las partes tiene conocimiento de que la parte contraria ha cometido incumplimientos materiales o repetitivos de las disposiciones de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, lo notificará a la parte contraria en consecuencia.

La parte que alegue corrupción debe aportar pruebas de ésta. A menudo es difícil encontrar pruebas, como lo es comunicarlas a la parte contraria sin perderlas o causarles daños que impidan su uso posterior. Por lo tanto, el requisito de aportar pruebas no significa necesariamente que deban aportarse pruebas corroborativas o que todas las pruebas tengan que comunicarse a la parte contraria en todos los casos. Sin embargo, las pruebas deben ser suficientes para demostrar que no se alegan sospechas de corrupción de forma vejatoria o injustificada.

La Cláusula no incluye requisitos formales sobre cómo deben comunicar las partes la notificación del presunto incumplimiento según dispone la Parte I de las Reglas, pero normalmente el sistema habitual aplicable a las comunicaciones contractuales entre las partes se aplicará también a esta notificación. Así, el contrato que estipule que toda notificación debe presentarse por escrito cubrirá también los avisos de presunta corrupción.

Acciones correctoras posibles

Para garantizar al máximo la continuidad del contrato, se permitirá a la parte presuntamente infractora que corrija la situación en la medida que sea

posible. Las acciones correctoras necesarias pueden incluir la cooperación en las acciones probatorias cuando se lleve a cabo una investigación o cuando se solicite una auditoría externa del incidente, la publicación de alertas, la reorganización del trabajo, la resolución de subcontratos o contratos de empleo con personas o empleados involucrados en actividades corruptas, o la corrección del perjuicio económico ocasionado a la parte contraria por todo incumplimiento probado, modificando, por ejemplo, el importe del contrato. La naturaleza y cantidad de las medidas correctoras exigidas a la parte sujeta a la alegación dependerán de las circunstancias del caso en cuestión como, por ejemplo, la gravedad de la infracción y el carácter concluyente de las pruebas. En algunas situaciones, la medida puede consistir, sencillamente, en la presentación de pruebas contrarias que demuestren la inexistencia del incumplimiento. La parte presuntamente infractora informará a la parte contraria, lo antes posible, de las medidas que ha adoptado para corregir la situación.

Resulta evidente, aun así, que no todas las infracciones de las disposiciones contra la corrupción pueden corregirse, pero se espera que la presunta parte infractora haga todo cuanto esté en sus manos para corregir al máximo la situación.

Alegación defendiendo la adecuación de las medidas preventivas contra la corrupción

Cuando la situación no se ha corregido o no puede corregirse, la parte presuntamente infractora puede invocar su defensa probando que había instaurado, en el momento en el que surgió la prueba del incumplimiento, medidas preventivas adecuadas contra la corrupción, como describe el Artículo 10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, adaptadas a sus circunstancias particulares y capaces de detectar la corrupción y de fomentar una cultura de la integridad en su organización. Tales medidas adecuadas de prevención de la corrupción deberían (i) reflejar las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, (ii) basarse en los resultados de una evaluación periódica de los riesgos existentes en el entorno empresarial de dicha parte, y (iii) estar adaptadas a sus circunstancias particulares.

Pruebas del no cumplimiento

Presentar pruebas de que se han infringido las disposiciones contra la corrupción establecidas en la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, no resultará una tarea fácil, ya que la corrupción en muy raras ocasiones sucede abiertamente.

Una de las pocas formas de presentar tales pruebas será facilitar las conclusiones de una auditoría de los libros de contabilidad y los registros financieros de la parte supuestamente infractora. A veces puede utilizarse la declaración de testigos (como resultado de un mecanismo de denuncia interna de irregularidades, o de otra índole). La legislación penal aplicable debe tenerse en cuenta al considerar la participación de los órganos encargados del cumplimiento de la ley.

Derecho a realizar una auditoría

La referencia en la Cláusula al derecho a realizar una auditoría, dispuesto contractualmente, no implica sin embargo que pueda obtenerse tal derecho fácilmente bajo todas las circunstancias ni que éste sea adecuado en todas las situaciones. Aunque algunos contratos otorgan a una o más partes el derecho de auditar a la parte o partes contrarias, la referencia en esta Cláusula al derecho de auditoría no significa que ICC defienda que otorgar a las partes el derecho de llevar a cabo una auditoría exhaustiva constituya una práctica empresarial recomendada.

Las partes tendrán que determinar si su relación comercial les permite acceder a este derecho y si las circunstancias específicas de la negociación, ejecución y futura implantación del contrato justifican la necesidad del derecho a realizar la auditoría.

Sanciones

Si la parte que presuntamente infringe las disposiciones de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, no corrige la situación en un plazo razonable, o si no es posible corregirla, y no se invoca defensa alguna de manera eficaz conforme se han adoptado medidas preventivas adecuadas contra la corrupción, la parte contraria tendrá el derecho, a su discreción, de suspender el contrato o de resolverlo, entendiéndose que los importes contractualmente debidos en el momento de la suspensión o resolución continuarán siendo pagaderos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.

Cuando la otra parte ejerce el derecho a la suspensión o resolución, recae en ella toda la carga de probar que ha tenido lugar el incumplimiento o incumplimientos de las disposiciones de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011.

La ley aplicable podrá determinar si la parte ha de rendir cuentas por el incumplimiento o incumplimientos de las disposiciones de la Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011.

Poner fin a un contrato importante o a largo plazo debido a una infracción puede ser desproporcionado. Esta circunstancia también debe tenerse en cuenta al aplicar el párrafo 3 de la Cláusula.

Párrafo 4. Resolución de controversias

Las partes remiten todas las controversias relacionadas con las consecuencias contractuales de cualquier presunto incumplimiento de la Cláusula al organismo que se haya establecido en las disposiciones sobre resolución de controversias del contrato, como puede ser un tribunal arbitral. Sin embargo, el incumplimiento puede ser objeto de un procedimiento judicial paralelo que podría resultar en sanciones penales u otras consecuencias civiles aparte de las contractuales, especialmente responsabilidades extracontractuales.

OPCIÓN III

Párrafo 1. Programas corporativos de cumplimiento

Programas corporativos de cumplimiento, como se describen en el Artículo 10 de las Reglas de ICC

Muchas empresas han instaurado programas corporativos de cumplimiento con la finalidad de evitar que su actividad empresarial se vea afectada por prácticas corruptas. Estos programas pueden adoptar diferentes formas y contenidos y tendrán que adaptarse a las circunstancias particulares de cada empresa para ser eficaces. También deben posibilitar que se detecte la corrupción y fomentar una cultura de la integridad en la organización. El Artículo 10 de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011, proporciona una lista extensa de medidas, no exhaustiva, que pueden incluirse en tales programas. Las empresas seleccionarán de la lista las medidas que consideren necesarias o adecuadas para organizar su propio sistema de prevención de la corrupción.

Instauración de un programa de cumplimiento corporativo

Cuando las partes celebran un contrato, ayuda a reforzar la confianza entre ellas el saber que su contraparte ha instaurado –o lo hará pronto– un programa de cumplimiento corporativo. Las partes se comprometerán a mantener su programa de cumplimiento y a implantar sus disposiciones al menos durante la vigencia del contrato, manteniendo así, durante dicho periodo, un ambiente de confianza entre ellas.

Designación de un representante corporativo cualificado

Para acreditar la eficacia de su programa y la continuidad en su implantación, las partes designarán, de entre sus empleados, a un representante corporativo cualificado, cuyo nombre se notificará a la parte contraria. Estos representantes corporativos cualificados emitirán, a intervalos regulares, declaraciones sobre la existencia e implantación continua del programa de la empresa.

Párrafo 2. Deficiencias en la declaración del representante corporativo cualificado, acciones correctoras y sanciones

Deficiencias en la declaración del representante corporativo cualificado

Si una de las partes tiene conocimiento de que la declaración del representante corporativo cualificado de la otra parte contiene deficiencias materiales, que minan la eficiencia del programa de la primera, lo notificará a la otra parte en consecuencia. Se considerará que la declaración es deficiente si incluye información sustancialmente no cierta, falsa o incompleta.

La parte que alegue deficiencias en la declaración del representante corporativo cualificado debe aportar pruebas de que faltan las declaraciones o bien de que incluyen información sustancialmente no cierta, falsa o incompleta.

A menudo es difícil encontrar pruebas, como lo es comunicarlas a la parte contraria sin perderlas o causarles daños que impidan su uso posterior. Por lo tanto, el requisito de aportar pruebas no significa necesariamente que deban aportarse pruebas corroborativas o que todas las pruebas tengan que comunicarse a la parte contraria en todos los casos. Sin embargo, las pruebas deben ser suficientes para demostrar que la sospecha de deficiencias en la declaración del representante corporativo cualificado no se alega de forma vejatoria o injustificada.

La Cláusula no incluye requisitos formales sobre cómo deben comunicar las partes la notificación de la presunta deficiencia en la declaración de un representante corporativo cualificado, pero normalmente el sistema habitual aplicable a las comunicaciones contractuales entre las partes se aplicará también a esta notificación. Así, el contrato que estipule que toda notificación debe presentarse por escrito cubrirá también los avisos de estas presuntas deficiencias.

Acciones correctoras

Para garantizar al máximo la continuidad del contrato, se permitirá a la parte que presuntamente haya emitido una declaración deficiente que corrija la situación en la medida que sea posible. Las acciones correctoras necesarias pueden incluir el facilitar una nueva declaración, precisa, completa y sincera, que proporcione una imagen completa y fiel de la implantación, llevada a cabo por la parte correspondiente, de las disposiciones de su programa de cumplimiento corporativo, así como toda acción correctora que dicha parte adopte para mejorar su implantación. La naturaleza y cantidad de las medidas correctoras exigidas a la parte sujeta a la alegación dependerán de las circunstancias del caso en cuestión como, por ejemplo, la gravedad de la deficiencia y el carácter concluyente de las pruebas. En algunas situaciones, la medida puede consistir, sencillamente, en la presentación de pruebas contrarias que demuestren la inexistencia de las deficiencias. La parte presuntamente infractora informará a la parte contraria, lo antes posible, de las medidas que ha adoptado para corregir la situación.

Resulta evidente, aun así, que no todas las deficiencias pueden corregirse, pero se espera que la presunta parte infractora haga todo cuanto esté en sus manos para corregir al máximo la situación.

Otros comentarios

Los comentarios expuestos anteriormente bajo los epígrafes “Pruebas del no cumplimiento” (pág. 183), “Derecho a realizar una auditoría” (pág. 184) y “Sanciones” (pág. 184), en relación con el párrafo 3 de las Opciones I y II, son aplicables, *mutatis mutandis*, al párrafo 2 de la Opción III.

Párrafo 3: Resolución de controversias

Las partes remiten todas las controversias relacionadas con cualquier presunto incumplimiento de la Cláusula al organismo que se haya establecido en las disposiciones sobre resolución de controversias del contrato, como puede ser un tribunal arbitral. Sin embargo, el incumplimiento puede ser objeto de un procedimiento judicial paralelo que podría resultar en sanciones penales u otras consecuencias civiles aparte de las contractuales, especialmente responsabilidades extracontractuales.

Parte I de las Reglas ICC para combatir la corrupción, de 2011

ARTÍCULO 1

Prácticas prohibidas

Las empresas prohibirán el soborno, la extorsión o la instigación al delito, el tráfico de influencias y el blanqueo del producto de las citadas prácticas corruptas, en todo momento y bajo cualquier forma, en relación con funcionarios públicos a nivel internacional, nacional o local, con partidos políticos, funcionarios de un partido o candidatos a un cargo político, y con administradores, directivos o empleados de una empresa, tanto si se participa en dichas prácticas directa como indirectamente, e incluso a través de terceros.

Las empresas se opondrán a todo intento de extorsión o instigación al delito y se las exhorta a reportar dichos intentos a través de los mecanismos de reporte formales o informales que estén disponibles, a menos que tal reporte se considere contraproducente en función de las circunstancias.

ARTÍCULO 2

Terceros

En relación con terceros, sujetos al control o la influencia determinante de la empresa, incluyendo, entre otros, a agentes, consultores para el desarrollo de negocios, representantes de ventas, agentes aduaneros, consultores generales, revendedores, subcontratistas, franquiciados, abogados, contadores o intermediarios similares, que actúan en nombre de la parte en relación con la mercadotecnia o las ventas, la negociación de contratos, la obtención de licencias, permisos u otras autorizaciones, u otras acciones que benefician a la parte o como subcontratistas en la cadena de suministro, las empresas deberán instruirles para que no participen ni toleren que ellas participen en ningún acto de corrupción; no utilizarlos como canal para cometer actos de corrupción; contratarlos sólo en la medida que sea apropiado para el desarrollo normal del negocio de la parte, y no pagarles más de la remuneración apropiada por los servicios legítimos proporcionados.

ARTÍCULO 10 DE LAS REGLAS ICC PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN, DE 2011

Elementos de un programa de cumplimiento corporativo

Cada empresa deberá implantar un programa de cumplimiento corporativo eficiente (i) que refleje estas Reglas, (ii) basado en los resultados de la evaluación periódica de los riesgos que existen en el entorno de negocios de la empresa, (iii) adaptado a las circunstancias particulares de la empresa y (iv) encaminado a prevenir y detectar la corrupción y promover la cultura de la integridad en la empresa.

Cada empresa tendrá que considerar si incluye todas o parte de las siguientes buenas prácticas en su programa. En particular, puede elegir, entre los elementos listados a continuación, las medidas que considere más adecuadas para asegurar una prevención apropiada contra la corrupción en sus circunstancias concretas, sin que tal medida sea de carácter obligatorio:

- A.** expresar un apoyo y compromiso firmes, explícitos y visibles con el programa de cumplimiento corporativo por parte del Consejo de Administración y el personal directivo de la empresa (“pautas de ejemplaridad”);
- B.** establecer una política claramente articulada y visible que refleje estas Reglas y que sea vinculante para todos los administradores, directivos, empleados y terceros y que se aplique a todas las filiales controladas, extranjeras y nacionales;
- C.** encomendar al Consejo de Administración, o a la comisión que corresponda, que realice evaluaciones de riesgo periódicas y revisiones independientes del cumplimiento de estas Reglas, y recomendar medidas o políticas correctivas, según sea necesario. Esto puede hacerse como parte de un sistema más amplio de revisiones del cumplimiento corporativo y/o evaluaciones del riesgo;
- D.** responsabilizar a las personas en todos los niveles de la empresa de cumplir con la política de ésta y de participar en el programa de cumplimiento corporativo;
- E.** designar a uno o más altos directivos (a tiempo total o parcial) para supervisar y coordinar el programa de cumplimiento corporativo, con el adecuado nivel de recursos, autoridad e independencia, que reporten periódicamente al Consejo de Administración o a la comisión que corresponda;

- F.** formular directrices, según proceda, para obtener el comportamiento requerido y para desalentar el comportamiento prohibido por las políticas y el programa de la empresa;
- G.** actuar con la adecuada diligencia debida, basándose en un enfoque estructurado de la gestión de riesgos, al seleccionar a sus administradores, directivos y empleados, así como a los socios comerciales que presenten riesgos de corrupción o de elusión de estas Reglas;
- H.** diseñar procedimientos financieros y contables para el mantenimiento fiel y preciso de los libros y registros contables, para asegurarse de que no pueden utilizarse para cometer u ocultar prácticas corruptas;
- I.** establecer y mantener sistemas apropiados de control y procedimientos de reporte, como las auditorías independientes;
- J.** asegurar la comunicación periódica interna y externa respecto a la política anticorrupción de la empresa;
- K.** proporcionar a sus administradores, directivos, empleados y socios comerciales, según proceda, orientación y formación documentada para identificar los riesgos de corrupción en las transacciones comerciales diarias de la empresa, así como formación en liderazgo;
- L.** incluir la revisión de las competencias en ética empresarial en la evaluación y promoción de la dirección y medir la consecución de objetivos no sólo según indicadores financieros, sino también según la forma en que se han alcanzado los objetivos y, específicamente, según el cumplimiento con la política anticorrupción de la empresa;
- M.** ofrecer canales para plantear, con absoluta confidencialidad, preocupaciones, buscar asesoramiento o reportar de buena fe infracciones existentes o sólidas sospechas de infracción sin temor a sufrir represalias o medidas discriminatorias o disciplinarias. El reporte puede ser obligatorio o voluntario, y puede hacerse de forma anónima o no. Todos los reportes de buena fe deberán ser investigados;
- N.** actuar ante infracciones reportadas o detectadas, adoptando las medidas correctivas y disciplinarias adecuadas, y analizando si se hace la apropiada divulgación pública de la aplicación de la política anticorrupción de la empresa.

- O. considerar la mejora del programa de cumplimiento corporativo mediante la certificación, verificación o control externos, y
- P. apoyar las acciones colectivas, tales como la propuesta o el apoyo de pactos contra la corrupción respecto a proyectos concretos o iniciativas anticorrupción a largo plazo con el sector público o con sus homólogos en los segmentos respectivos de negocio.



POLÍTICAS Y PRÁCTICAS EMPRESARIALES

COMISIÓN DE ICC DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Comisión fomenta la responsabilidad corporativa y la lucha contra la corrupción mediante la promoción de políticas y la creación de instrumentos prácticos para una conducta empresarial responsable. El enfoque de ICC en cuanto a la corrupción y la responsabilidad corporativa, basado en la diligencia debida y en la autorregulación, contribuye a equilibrar las condiciones con las que compiten los participantes en la cadena de valor global. La Comisión reúne a más de 300 empresas miembros, procedentes de 40 países, que representan a compañías multinacionales, despachos jurídicos, asociaciones comerciales y pequeñas y medianas empresas. La Comisión ha sido reconocida como líder por su experiencia, desde la óptica empresarial, en la responsabilidad corporativa y en la lucha contra la corrupción, y comparte la opinión empresarial periódicamente en foros intergubernamentales como el G20, la OCDE, las Naciones Unidas y los gobiernos nacionales.

CONTACTO:

Viviane Schiavi en viviane.schiavi@iccwbo.org

O visiten

<https://iccwbo.org/global-issues-trends/responsible-business/combatingcorruption/>

<https://iccwbo.org/global-issues-trends/responsible-business/corporateresponsibility/>

LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC)

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) es la mayor organización mundial empresarial, con una red de más de 6 millones de socios en más de 100 países. Trabajamos en pro del comercio internacional, de la conducta empresarial responsable y de un enfoque global de la regulación, mediante una singular combinación de actividades de apoyo y de elaboración de normas, junto con un servicio de resolución de controversias líder en el mercado. En nuestra membresía figuran muchas de las empresas más grandes del mundo, pymes, asociaciones empresariales y cámaras de comercio locales.

Somos la organización mundial de las empresas

Publicación ICC 887 | ES

ISBN: 978-84-89924-61-1



33-43 avenue du Président Wilson
75116 París, Francia
icc@iccwbo.org
www.iccwbo.org
[@iccwbo](https://twitter.com/iccwbo)

ICC SPAIN AGRADECE EL PATROCINIO DE:

Telefonica

ICC MÉXICO AGRADECE EL PATROCINIO DE:



www.sige.org.mx



SEPÚLVEDA
DÍAZ NORIEGA



COMPLIANCE
ANTICORRUPCIÓN

INSTITUTO MEXICANO
DE GESTIÓN POSITIVA
DEL CONFLICTO, S.C.



**Hacemos realidad lo más importante:
energía limpia para las generaciones
venideras.**

Ser líder mundial en el sector de las energías
renovables, impulsando la transición hacia
un mundo sostenible



SIEMENS

Ingenuity for life

Werner von Siemens

Inspiration that transcends borders and energizes generations. That's Ingenuity for life.

Changing the world for the better with engineering: to make cities more livable, the energy landscape sustainable, infrastructure more efficient, and industries fit for the future. That's what drives and energizes the people at Siemens until today. That's Ingenuity for life.

siemens.com/ingenuityforlife



LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC)

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) es la mayor organización mundial empresarial, con una red de más de 6 millones de socios en más de 100 países. Trabajamos en pro del comercio internacional, de la conducta empresarial responsable y de un enfoque global de la regulación, mediante una singular combinación de actividades de apoyo y de elaboración de normas, junto con un servicio de resolución de controversias líder en el mercado. En nuestra membresía figuran muchas de las empresas más grandes del mundo, pymes, asociaciones empresariales y cámaras de comercio locales.

Somos la organización mundial de las empresas.

Publicación ICC 887 | ES
ISBN: 978-84-89924-61-1



33-43 avenue du Président Wilson
75116 Paris, France
T +33 (0)1 49 53 28 28 E icc@iccwbo.org
www.iccwbo.org  [@iccwbo](https://twitter.com/iccwbo)