

EL DELITO CORPORATIVO DE INCUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN DE SOBORNOS (*BRIBERY ACT 2010*)*

Dulce M. Santana Vega

Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SANTANA VEGA, Dulce M. El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (*Bribery Act 2010*). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-15, pp. 1-32. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-15.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-15 (2015), 27 nov]

RESUMEN: El presente trabajo aborda el análisis sistemático del delito de incumplimiento en la prevención de sobornos por parte de las empresas, recogido en el artículo 7 del *Bribery Act* de 2010, así como las pautas establecidas en la *Guidance* de 2011 para la elaboración por aquellas de los programas de cumplimiento (*compliance*) de cara a prevenir sobornos.

PALABRAS CLAVE: Delito corporativo, programas de cumplimiento, omisión de programas de cumplimiento, sobornos, Reino Unido.

ABSTRACT: This paper addresses the systematic analysis of offence of failure of commercial organisations to prevent bribes, set out in Section 7 of the Bribery Act 2010 and the guidelines established in the Guidance 2011 for development by companies of programs of compliance in order to prevent bribes.

KEYWORDS: Corporate offence, programmes of compliance, omission of compliance, bribes, United Kingdom.

Fecha de publicación: 27 noviembre 2015

SUMARIO: I. El marco general: la Ley Antisoborno de 2010. II. El marco específico: el delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos: 1. Tipo positivo. 1.1. Bien jurídico-penal protegido. 1.2. Sujetos del delito. 1.3. Conductas típicas. 1.4. Objeto material. 1.5. Parte subjetiva del tipo positivo. 2. Consecuencias jurídicas. 3. Cuestiones concursales. III. Defensa excluyente de la responsabilidad penal de la empresa. IV. Pautas para la articulación de los programas de prevención de sobornos en las empresas. La Guía de 2011: Principios rectores. 1. Principio de proporcionalidad. 2. Compromiso al más alto nivel. 3. Análisis de riesgos. 4. Diligencia debida. 5. Comunicación. 6. Seguimiento y evaluación-revisión. V. Conclusiones.

I. EL MARCO GENERAL: LA LEY ANTISOBORNO DE 2010

La legislación antisoborno del Reino Unido se recoge en el denominado *Bribery Act*, ley aprobada en 2010¹. Esta Ley se propone clarificar el panorama normativo en la lucha contra la corrupción en el Reino Unido, el cual estaba caracterizado por una maraña normativa que se había ido creciendo poco a poco a lo largo de los siglos², sustituyéndolas por una sola ley que ha sido calificada como una de las más rigurosas en la lucha contra la anticorrupción del mundo³, con independencia de que sea pública o privada, y de que afecte a funcionarios nacionales o extranjeros.

De entre los delitos que se encuentran recogidos en la Ley Antisoborno británica se halla el delito regulado en el artículo 7 de la Ley que castiga a la organización empresarial que, a través de una persona vinculada a ella, incurra en un delito de soborno en beneficio de la empresa, siempre que la organización comercial haya incumplido el establecimiento de medidas de prevención de los mismos, bien por no haber establecido ningún programa de prevención de sobornos, o bien porque su articulación fue defectuosa⁴.

El artículo 9 de la Ley Antisoborno prevé la publicación de una “Guía sobre la prevención de sobornos por parte de las organizaciones comerciales” con la finali-

* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación: “Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción” del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-28122).

¹ O’SHEA, *The Bribery Act 2010. A practical Guide*, Jordans, Bristol, 2011, p. 20, considera más acertado, tal como ha hecho el *Bribery Act*, hacer uso del más preciso término de *bribery*, en lugar de al de *corruption*, utilizado por otras normas previas británicas (como por ejemplo, la *Corruption Act* de 1906), ya que este último es más vago, amplio y, por tanto, más difícil de concretar.

² Cfr. McCONNELL, *The Bribery Act 2010*, LexisNexis, 2011, p. 8. Por su parte, la OCDE en su Informe de marzo de 2005 ponía de manifiesto que la legislación sustantiva vigente en el Reino Unido “estaba caracterizada por la complejidad y la incertidumbre”. En la misma línea, el Informe de la Comisión Legislativa (Nº 313), de 2 de octubre de 2008, afirmaba que: “El Derecho Común y la Ley de Prevención de la Corrupción emplean diferentes formulaciones sobre el soborno, dando lugar a una considerable inseguridad sobre la adecuada aplicación de los delitos”.

³ Cfr. LAWLER, *Frequently Asked Question in Anti-bribery and Corruption*, John Wiley & Sons Publication, Chichester, 2012, p. 145, en donde compara la Ley Antisoborno de 2010 del Reino Unido y el *Foreign Corrupt Practices Act* de los Estados Unidos de 1977. Reconocen también la mayor amplitud de miras de la Ley británica, DOGRA/ARMAO, “Anti-bribery enforcement: FCPA vs Bribery Act – A Practical Comparison”, en *Bloomberg Finance*, V.3, N. 1, 2011, p. 1, si bien advierten que las autoridades británicas se enfrentan a un delito –el del artículo 7- que no es sencillo, sobre todo si quieren seguir los pasos –de mayor efectividad- de sus “primos estadounidenses”. En contra, considerando que ha habido un estancamiento del FCPA en la evitación de los sobornos en el mercado global, WEIMANN, M; BUSCAGLIA, C.A.; PETERSON, J., “The Foreign Corrupt Practices Act: Why It Fails to Deter Bribery as a Global Market Entry Strategy”, *Journal of business ethics*, Vol. 123, nº 4, 2014, p. 591 y ss.

⁴ En efecto, dispone el artículo 7.1. del *Bribery Act* que: “Una organización comercial (“C”) será culpable del delito recogido en este artículo si una persona (“A”) vinculada a C soborna a otra persona intencionadamente: (a) para obtener o mantener un negocio para C, o (b) para obtener o mantener una ventaja en el ejercicio de los negocios para C”. Como se puede observar, este delito, al igual que el resto de los tipos que contiene la Ley, se formula de manera casuística y ejemplificativa y con un lenguaje llano, lo que le da a la ley un cariz casi pedagógico, siendo numerosas las interpretaciones auténticas utilizadas en la Ley, algunas de ellas concatenadas, para así aclarar los términos utilizados en la formulación típica. No contiene el *Bribery Act* previsión alguna respecto a las infracciones contables que se pudieran cometer como consecuencia del soborno, las cuales se encuentran recogidas en el *Companies Act* de 1989.

dad de no sólo ayudar a interpretar la Ley, sino, sobre todo, para establecer las líneas o principios de los procedimientos que se considerarían adecuados para su prevención en el ámbito de las empresas. Así mismo, consciente la Ley de la dinamicidad del mundo de los negocios, dispone, en el apartado 2 del citado artículo 9, que esta Guía habrá de ser objeto de actualización cada cierto tiempo por parte de la Secretaría de Estado, aunque no se especifica con qué periodicidad, mediante la publicación, de la manera que se estime más apropiada, de modificaciones o, en su caso, de versiones revisadas de la misma.

Hay que destacar que el ámbito de aplicación territorial de este delito está regido por el principio de extraterritorialidad, disponiendo el artículo 12.5 que: “*Se entenderá cometido el delito recogido en el artículo 7 con independencia de si las acciones u omisiones que forman parte del mismo tuvieron lugar en el Reino Unido o en otro lugar*”⁵.

Así pues, a diferencia del resto de los delitos recogidos en la Ley, regidos por un principio general de territorialidad y, como excepción, por un principio de extraterritorialidad condicionado a que la empresa tenga “una estrecha conexión con el Reino Unido” (artículo 12.4), en el caso del delito del artículo 7 la extraterritorialidad rige como principio general y único, y sin condicionamiento alguno a los efectos de aplicar la Ley Antisoborno⁶.

Aclara la Ley que en los casos en los que ninguna acción u omisión, constitutivas del delito del artículo 7, fuera ejecutada en el Reino Unido, el órgano judicial competente lo podrá ser cualquiera, esto es, aquél ante el cual se interponga la denuncia (artículo 12.6).

En consecuencia, el estudio de este delito cobra especial relevancia actualmente no solo para las empresas extranjeras que operen en o con el Reino Unido, ya que estas no se pueden exculpar, afirmando que su Derecho nacional carece de una disposición como la recogida en el artículo 7 de la Ley de Antisoborno del Reino Unido de 2010, sino que también se ha convertido en un motivo decisivo de contraste con otras legislaciones sobre la materia a lo largo del mundo⁷.

⁵ Así, por ejemplo, una filial extranjera de una empresa del Reino Unido puede hacer que la matriz se convierta en responsable por el delito del artículo 7, cuando la filial comete un soborno en el contexto de la realización de los servicios para la matriz del Reino Unido y esta no hubiera articulado el programa debidamente. Si por el contrario hubiera actuado de forma completamente independiente, no sería responsable la matriz. Así mismo, una empresa extranjera que lleve a cabo una parte de su negocio en el Reino Unido podría ser perseguida en el mismo por no prevenir el soborno, incluso cuando el soborno se lleve a cabo totalmente fuera del Reino Unido, incluso cuando la empresa tenga la intención de obtener el beneficio o ventaja fuera del Reino Unido.

⁶ BEAN/MACGUIDWIN, “*Expansive Reach—Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010*”, ILSA Journal of International & Comparative Law, 10-07, p. 18, califican a este delito como un “*reestablecimiento del dominio británico sobre el planeta*”.

⁷ Así, LEE, “*Exclusivism, inclusivism and pluralism in the UK Bribery Act 2010. A UK-Taiwan anti-corporate bribery perspective*”, *Journal of International Trade Law and Policy*, V. 12, 2013, p. 169 y ss., realiza un estudio comparado entre el *Bribery Act* y la legislación taiwanesa, poniendo a aquélla como referente para la actualización de esta. Si bien, hace notar la importancia que tiene para hacer efectivo este

El Proyecto de Código penal español, dentro del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recoge una figura similar, la cual, lejos de seguir el modelo de antijuridicidad material británico, parece inspirarse y haber apostado por el modelo italiano⁸.

II. EL MARCO ESPECÍFICO: EL DELITO CORPORATIVO DE INCUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN DE SOBORNOS

La introducción de la figura típica separada o independiente de incumplimiento del establecimiento de programas de prevención de sobornos por parte de las empresas, recogido en el artículo 7 de la Ley, persigue:

- a) combatir el desenvolvimiento antiético de las empresas, intentando promover una cultura de hacer negocios en el Reino Unido en la que no se tolere ningún tipo de soborno, pero, al mismo tiempo, sin que esta normativa obstaculice la competitividad y el desarrollo económico⁹;
- b) llevar a cabo tal cometido, partiendo más de una mentalidad preventiva que represiva, a cuyo efecto se pretende estimular a las empresas a desarrollar programas de prevención en el ámbito de la empresa para así evitar que los sobornos puedan ser instados o causados por empleados, agentes, filiales o por cualquiera otro que preste servicios en nombre de aquéllas, mediante la articulación de programas que tiendan a evitar sobornos en la contratación¹⁰.

Uno de los principales inconvenientes alegados por los autores y las asociaciones de empresarios fue el relativo a los elevados costes de la implantación y articulación de los programas antisobornos, debido a la necesidad de contratación de

principio y la aplicación de la legislación contra el soborno, la asistencia judicial recíproca, ya que las pruebas para el enjuiciamiento sólo se podrían obtenerse por esta vía, -sobre todo fuera del ámbito europeo comunitario-; PÖRNBACHER/MARK, "Auswirkungen des UK Bribery Act 2010 auf deutsche Unternehmen", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, nº 35, 2010, p.1378 y ss., analizan igualmente el impacto del *Bribery Act* en las empresas alemanas; a este respecto, cfr. el § 87.1 de la IRG y artículo 5.1 de la Decisión marco 2005/214/JI del Consejo de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

⁸ El Decreto Legislativo italiano 231/2001 prevé una responsabilidad –impropiamente- denominada administrativa de las personas jurídicas, derivada de la comisión por una persona física de una lista cerrada de delitos, en los casos que la persona física que cometa el delito actúe en su nombre. De dicha responsabilidad quedará exenta la persona jurídica, si: el órgano dirigente de esta, antes de la comisión del delito por la persona física, hubiera implementado un modelo de organización idóneo, destinado a prevenir los citados delitos; y si la función de vigilancia del citado modelo se le hubiera conferido a un órgano de vigilancia independiente; cfr. por todos, PALIERO, "La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici", en *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Palazzo (Dir.), Padova, 2003, p. 27 y ss.

⁹ McCONNELL, *The Bribery... cit.*, 2011, p. 8, considera que la Ley es muy amplia y carente de líneas claras, lo que supondría en la práctica de los negocios que las empresas del Reino Unido estarían en desventaja en el nivel y desarrollo competitivo de los negocios, criticando también la propia oportunidad de su publicación en un momento de recuperación económica.

¹⁰ Así, RÜHMKORF, *The Promotion of Corporate Social Responsibility in English Private Law* (Thesis submitted to the University of Sheffield, School of Law, for the degree of Doctor of Philosophy), June 2013, p. 257 y ss.

asesores, abogados, contables o empresas especializadas en programas de cumplimiento. Se critica que estos profesionales hayan generado tal nivel de miedo y alarma, como estrategia para la captación de clientes y asegurarse una nueva y lucrativa área de negocios, de tal manera que hacen aparecer a los reiterados programas de cumplimiento como un instrumento imprescindible para ayudar a mantener “al lobo detrás de la puerta”¹¹. Sin embargo, tales críticas, como se contestó desde el gobierno británico que la impulsó –el laborista–, serían ciertas solo en el corto plazo, ya que tales programas reportarán a las empresas beneficios a medio y largo plazo, siendo compatibles con un modelo de negocios sostenibles¹².

Aunque las categorías dogmáticas empleadas por el Derecho penal continental no son utilizadas por el Derecho inglés¹³, para una mejor comprensión y exégesis del delito se ha optado por seguir el esquema de análisis dogmático con las necesarias adaptaciones.

1. Tipo positivo

1.1. *Bien jurídico penal protegido*

Como tal podría señalarse el normal desenvolvimiento de las transacciones comerciales nacionales e internacionales por las empresas, de acuerdo con las reglas de la leal competencia o el desenvolvimiento ético en la práctica de los negocios¹⁴.

A diferencia de lo que sucede en el Doctrina penal española en la que se prefiere hacer referencia a la competencia leal, la referencia a la ética en el desempeño de los negocios se utiliza sin reparo alguno en el Derecho y en la Doctrina penales anglosajones, por lo que no es de extrañar que se aluda a la ética en la configuración de lo protegido en este delito¹⁵.

¹¹ Así, KIRK, “Serious about fraud?”, *The Journal of Criminal Law*, V. 75, nº 3, 2011, p. 158.

¹² Así lo considera también el CHARTERED INSTITUTE OF MANAGEMENT ACCOUNTANTS; ST. PAUL'S INSTITUTE: “The UK Bribery Act: how will you act?: briefing on Bribery Act seminar: 12 April 2011”, CIMA, 2011, p. 2, sobre todo porque en esta lucha, como se resalta en las conclusiones del citado Seminario, son ya muchas las organizaciones nacionales, supranacionales e internacionales, gubernamentales o no gubernamentales, que se encuentran en la lucha contra la corrupción, al ser un problema global que no afecta solo al Reino Unido.

¹³ Cfr. por todos: ASHWORTH, A.; HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p. 83 y ss.; WILSON, *Criminal Law*, 4. ed., 2011, p. 69 y ss.

¹⁴ Así, MACAULEY, “Bribery Act implementation Manager”, en “The UK Bribery Act: how will you act? Briefing on Bribery Act Seminar: 12 April 2011”, CIMA, London, 2011, p. 3. En palabras de la Guía 2011, p. 2, publicada por el gobierno: “Está en juego el principio de la libre y leal competencia, la cual se ve menoscabada por cada soborno que es ofrecido o aceptado”.

¹⁵ Cfr. LAW COMMISSION, “Consultation Paper N° 185. Reforming Bribery”, en <http://www.lawcom.gov.uk/bribery.htm>, los términos *ethical* o *unethical* o similares, se repiten a lo largo del texto: p. 20, n.1; pp. 35, 42, 60, 279, 289, 306; o informa la Ley el Instituto de Ética Empresarial de Londres (p. 306), institución sin ánimo de lucro que tiene como finalidad fomentar las prácticas éticas en los negocios.

1.2. *Sujetos del delito*

El sujeto activo de este delito es la organización comercial, siempre que la persona a la que la Ley denomina “persona vinculada” soborne a un tercero¹⁶. Por “persona vinculada” se entenderá, a los efectos de este delito, aquélla que presta sus servicios para o en nombre de la organización comercial, con independencia de la calidad en que la persona vinculada realice sus servicios para o en nombre de la organización comercial (artículos 7.4 y 8 de la Ley), y de que la persona vinculada tenga o no una estrecha conexión con el Reino Unido (artículos 7, 12.2 (c) y 4), requisito este que redundará en el carácter extraterritorial de este delito. La Ley cita como ejemplos de personas vinculadas, sin ánimo exhaustivo, a: los *empleados, los agentes o las filiales*.

En todo caso, para determinar si la persona vinculada realiza servicios para o en nombre de la organización comercial, se acude a un criterio abierto, material y flexible, consciente de la multiplicidad de organizaciones que operan en los negocios y, en consecuencia, de la variedad de relaciones que aquéllas pueden entablar con las personas físicas o jurídicas de las que se vale para actuar en el tráfico jurídico-mercantil.

Por ello, en línea de principio, dispone la Ley que *se atenderá a todas las circunstancias que sean relevantes y no solo a la naturaleza de la relación entre la persona vinculada y la organización comercial* (artículo 8.4)¹⁷. De hecho, en la práctica, tal como ha puesto ya de manifiesto algún autor, la Ley será también de aplicación a: proveedores, contratistas, o socios, personas todas ellas con las que se tiene una relación contractual directa¹⁸.

Sin embargo, si la persona vinculada es empleado-a de la organización comercial, la ley acude al establecimiento de una presunción *iuris tantum*, consistente en establecer, salvo prueba en contrario, que éste es el que realiza servicios para o en nombre de la organización comercial (artículo 8.5).

No obstante estos intentos de precisión, en la práctica habrán supuestos en los que será complicado la identificación de la persona vinculada que ha actuado mediante un soborno como serían los casos de utilización de una cadena de subcontratistas para ejecutar una obra o llevar a cabo un servicio, lo que servirá, en muchas ocasiones, de escudo a la empresa frente a su responsabilidad¹⁹. SENTENCIAS

En suma, la responsabilidad corporativa se podrá establecer de dos formas:

¹⁶ En este sentido, el artículo 15 especifica, en lo relativo al régimen procesal, que para proceder por este delito, cuando presuntamente haya sido cometido por una sociedad, deberá ejercerse la acción contra la sociedad (y no contra cualquiera de sus miembros).

¹⁷ Con relación a esta enumeración, que no es taxativa, considera SULLIVAN, “Legislative Comment: The Bribery Act 2010: Part 1: an overview”, *Criminal Law Review* (Abril), 2011, pars. 37-43, que esta podría quedar muy restringida si la única prueba que se tiene de la prestación de servicios por parte de la persona asociada es el soborno o los sobornos, los cuales constituyen, ante todo, la base de la infracción.

¹⁸ Cfr. McCONNELL, *The Bribery... cit.*, 2011, p. 11.

¹⁹ LAWLER, *Frequently...cit.*, p. 146.

- a) mediante la prueba de que la persona que ha cometido el delito de soborno representa la “mente dirigente” de la compañía; o
- b) mediante la constatación de que una “persona vinculada” soborna a otra persona o a un funcionario público extranjero.

En el primer caso, esto es, en el supuesto en el que el que actúa sea la “mente dirigente” de la empresa habrá que demostrar y evaluar la concurrencia de tal condición en la persona física que ha cometido el soborno, lo cual puede ser una prueba de muy difícil realización en el caso de empresas grandes, sobre todo, cuando la persona física que así actúe no se encuentre entre las que tienen asignadas la toma de tales decisiones. De esta manera, este tipo de responsabilidad solo podrá ser establecida en los casos de pequeñas empresas en las que, de manera más fácil, se puede demostrar quiénes constituyen la “mente dirigente” de la compañía²⁰.

En el segundo caso, se estará ante la nueva figura delictiva introducida por la *Ley Antisoborno*, la cual se incorpora para evitar los problemas probatorios antes indicados, dando una mayor amplitud y facilidad en la imputación de la empresa, motivada, entre otros aspectos, por el uso del término de “persona vinculada”. Esta mayor amplitud hace prever que sea más usado este nuevo delito en el enjuiciamiento de los sobornos cometidos por una empresa.

La reiterada Ley Antisoborno prevé la responsabilidad penal de un "alto cargo" de una empresa si esa empresa comete uno de los delitos de soborno, pero nada se dice en relación a la comisión por estos del nuevo delito corporativo que introduce la Ley Antisoborno de la que parece hacer responsable sólo a la organización comercial.

De todos modos, para que los directivos de las empresas respondan de los delitos de soborno realizados por personas vinculadas será necesario que tuvieran conocimiento o estuvieran en connivencia con la persona que los cometiera, en lugar de adoptar criterios mas amplios como el utilizado por el FCPA de Estados Unidos de la “ceguera voluntaria” (*wilful blindness*)²¹.

En cuanto a las personas que estarían incluidas dentro del concepto de personal directivo (*senior officer*), se podría citar a los directores, gerentes, administradores, secretarios y otros cargos similares, lo que dependerá de la organización de la empresa en cuestión, pudiendo esto, en ocasiones, acarrear como consecuencia que sean incluidos personas de categorías inferiores.

Establece también la Ley una interpretación legal de organización comercial, a los efectos de este delito, entendiendo por tal, según el artículo 7.5: (a) al organismo constituido en virtud de la ley de cualquier parte del Reino Unido y que lleve a cabo un negocio (ya sea en el Reino Unido o en otro lugar); (b) cualquier otra persona jurídica (siempre que esté legalmente constituida) que lleve a cabo un

²⁰ McCONNELL, *The Bribery... cit.*, 2011, p. 13.

²¹ LAWLER, *Frequently...cit.*, p. 169.

negocio o parte del mismo en el Reino Unido²²; (c) una sociedad constituida de acuerdo con la ley de cualquier parte del Reino Unido, que lleve a cabo negocios en el Reino Unido o en otro lugar; o (d) cualquier otra asociación (siempre que esté legalmente constituida) que lleve a cabo un negocio o parte del mismo en cualquier parte del Reino Unido²³.

El último inciso del artículo 7 cierra el círculo de las interpretaciones legales, precisando que, a los efectos de este delito, constituye negocio, con motivo del cual se puede cometer el mismo, cualquier actividad comercial, industrial o profesional, por lo que en este delito se incluiría desde el incumplimiento llevado a cabo por una multinacional, pasando por una pequeña o mediana empresa y acabando por cualquier actividad empresarial individual o autónoma, incluyendo la ejercida por profesionales²⁴.

Por lo que respecta a los **sujetos pasivos**, lo serán el conjunto difuso de empresas que operan en un determinado sector de la economía y/o en un determinado ámbito territorial²⁵.

1.3. *Conductas típicas*

Este delito se estructura sobre la base de la suma de una conducta comisiva alternativa de la persona vinculada, alguna de las cuales ha de concurrir conjuntamente, con un comportamiento omisivo de la organización empresarial.

Las conductas de soborno que se requerirán de la persona vinculada para que cualquier empresa resulte responsable del reiterado delito corporativo serán cualquiera de las siguientes:

²² No aclara la Ley ni la Guía qué ha de entenderse por llevar a cabo “parte de un negocio”, por lo que habrá que estar a lo que determinen los tribunales, si bien tal concepto genera inseguridad en la realización de aquéllos, por lo que entidades como Transparencia Internacional ha aconsejado cautela. De hecho, abrir en el Reino Unido una oficina de representación o tener un agente podría incardinarse dentro de este concepto.

²³ En la dinámica de la Ley de concatenar interpretaciones auténticas de manera exhaustiva, el apartado 5 del artículo 7 señala qué es lo que debe entenderse por asociación, a los efectos de aplicar el delito corporativo de soborno: (a) una sociedad en los términos establecidos por la Ley de Asociaciones de 1890, o (b) una sociedad de responsabilidad limitada registrada en los términos establecidos en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1907, o una empresa o entidad de similares características constituida según la ley del país o territorio de fuera del Reino Unido.

²⁴ LISSACK, “The LIBOR scandal: what if a bank faced prosecution under the Bribery Act 2010?”, *Journal of International Banking and Financial Law*, V. 28, 2013, p. 215 y ss., a colación del análisis del escándalo del libor, en el que estuvieron implicados tres bancos: Barclays, UBS y RBS, estima que no habría inconveniente técnico alguno en considerar sujetos activos y, en consecuencia, aplicar el artículo 7 y, en general, la ley antisoborno a los bancos. Por su parte, YEOH, “Bribery Act 2010: implications for regulated firms”, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 269, considera que las empresas, cuyo objetivo principal es benéfico, educativo o social, pero que también están dedicadas a actividades comerciales para financiar sus actividades sociales están también incluidas en el artículo 7.

²⁵ Distinto del concepto de sujeto pasivo es el de víctima. Con relación a ellas, las palabras del prefacio de la Guía de 2011 indican que: “Los sobornos arruinan la vida de la empresa. Sus víctimas directas son las empresas que salen perdiendo injustamente. En un sentido más amplio son también víctimas el gobierno y la sociedad, minadas por el debilitamiento del Estado de Derecho y el daño del desarrollo social y económico”.

A) Que la persona vinculada haya cometido un delito de los comprendidos en el artículo 1 (“Soborno a otra persona” o soborno activo), esto es:

(a) que la persona vinculada haya ofrecido, prometido o entregado dinero u otra ventaja a otra persona (física o jurídica privada o funcionario público nacional);

(b) que la persona vinculada haya inducido a otra persona a ejecutar indebidamente una actividad o función;

(c) que la persona vinculada haya recompensado a una persona por la ejecución indebida de tal actividad o función, o

(d) que la persona vinculada sepa o crea que la aceptación de la ventaja por sí misma constituiría ejecución indebida de una actividad o función.

A estos efectos, será indiferente que la persona a quien le es ofrecida, prometida o entregada la ventaja sea la misma persona que la que va a ejecutar o ha ejecutado la función o actividad en cuestión, o si la ventaja ha sido ofrecida, prometida o entregada directamente o a través de un tercero.

B) Que la persona vinculada haya cometido un delito de soborno a un funcionario público extranjero del artículo 6.

La expresión “haber cometido” no conlleva, en ambos casos (artículos 1 ó 6), que la persona vinculada haya sido o no condenada o acusada por estos delitos

Cualquiera de estas conductas comisivas habrá de concurrir conjuntamente y ser consecuencia de una de estas conductas omisiva que tienen como denominador común la no realización de la conducta debida, a saber:

a) que la empresa no haya articulado un programa de prevención de sobornos,
o

b) articular el programa antisoborno de manera defectuosa o inadecuada, de tal manera que cualquiera de estas conductas omisivas hayan sido la causa de la conducta de soborno por parte de la persona vinculada. Se condiciona así la responsabilidad penal de la empresa u organización comercial a un requisito de antijuridicidad material. Esto es, no se castiga la mera omisión de no articular un programa de prevención de sobornos o su articulación defectuosa, sino que lo que se castiga es que se haya producido un soborno en el seno de la organización empresarial y no tener establecido el programa o tenerlo establecido de manera defectuosa.

1.4. *Objeto material*

Por lo que respecta al objeto material de este delito, habría que distinguir entre:

- el objeto material directo: los planes de prevención de sobornos (vid. infra, apartado IV) y
- el objeto material indirecto o mediato: los sobornos, los cuales pueden consistir en cualquier ventaja, sea en dinero u otra contraprestación, aunque en

este ámbito lo habitual será que tengan una traducción económica.

No obstante, con relación a las conductas de soborno llevadas a cabo por las empresas, tanto en la Comisión Parlamentaria, encargada de la elaboración del Proyecto de la Ley Antisoborno, como posteriormente por la Doctrina, han sido objeto de especial debate varios supuestos controvertidos y muy extendidos en la práctica de los negocios.

En primer lugar, habría que hacer referencia al pago de comisiones, habituales sobre todo en determinados sectores de la contratación como los seguros o a la denominada “hospitalidad corporativa de buena fe” (gastos de viaje, alojamiento, entradas a espectáculos diversos, etc.²⁶), o los gastos promocionales o de representación. Estos son considerados una forma lícita de desenvolver negocios legítimos, a diferencia de los pagos de facilitación, a los que haremos referencia a continuación, aunque también, a veces, se da el caso, sin embargo, de que los sobornos se disfrazan como gastos de negocios legítimos, por lo que los tribunales tienen facultades discrecionales, en virtud de la Ley, para determinar cuando dichos pagos dejan de ser de buena fe²⁷.

En todo caso, no se establece en la Ley, y sería difícil establecerlo, un límite superior o inferior materializado en una cuantía de lo admisible en relación a estos gastos, lo que estaría en función de la entidad de la empresa, el sector de los negocios, etc. Lo determinante es que lo ofrecido o solicitado opere con entidad suficiente para lograr la inducción. En definitiva, el factor relevante es la motivación existente en ambas partes de la contratación, y no tanto la traducción económica de la ventaja. Por ello, cuando la motivación sea puramente comercial: un dar las “gracias” a un fiel consumidor durante el año anterior; servir de estímulo para mantener la relación durante el próximo; atender a un cliente ocasional a modo de recordatorio; tener la oportunidad de eclipsar a sus competidores de una manera pequeña, presentando un regalo más interesante o imaginativo que costoso, no habría que considerar que existe “mala práctica”²⁸. Sin embargo, la cuestión no es

²⁶ *Sobre las incertidumbres que creó la Ley Antisoborno de 2010 y la Guía de 2011 en las empresas, en relación a los gastos relativos a la hospitalidad corporativa, en vísperas de la celebración de las Olimpiadas de Londres 2012, cfr. HETHERINGTON, “Corporate hospitality, bribery and the Olympics”, (8-6-2012), www.halsburyslawexchange.co.uk.*

²⁷ ALEXANDER, “The *Bribery Act 2010*: time to stand firm”, *Journal of Financial Crime*, Vol. 18 N. 2, 2011, p. 125 (editorial), ha argumentado que es simplemente inverosímil que los ejecutivos corporativos no sean capaces de diferenciar las actividades que tengan la intención de influir en el ejercicio de sus funciones de una manera impropia, de aquellas otras que verdaderamente tratan de mantener una buena relación de negocios a través de medios inofensivos.

²⁸ BROWN, “*The Bribery Act: a tip for Christmas*”, 2011, <http://www.halsburyslawexchange.co.uk/the-bribery-act-a-tip-for-christmas/>, relata como “esta ley perfectamente sensata se ha convertido un poco en una farsa en su primera Navidad, tras entrar en vigor, en gran parte porque alguien del Royal Mail consideró oportuno proporcionar orientación a los carteros, bien intencionadas, sin duda, pero tremendamente engañosa, sugiriendo que los carteros podrían enfrentarse a 10 años de prisión si aceptaban un regalo por Navidad de valor superior a 30 £”. Lo que fue ampliamente ridiculizado en la prensa. Menos difusión tuvo el comunicado remitido por la Unión Escocesa de Defensa de Médicos y Dentistas a los médicos para que no aceptaran regalos por los mismos motivos, si bien, en este caso, no superiores a 100 £”. Esta autora

pacífica, ni fácil de trazar la línea divisoria.

Pero, sin duda, la modalidad de soborno más debatida son los pagos de facilitación, singularmente cuando estos son de escasa entidad. El término (*facilitation payments*) se empieza a generalizar hacia 1988, a colación de la *USA Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA), a los efectos de considerarlos como exceptuados del ámbito de aplicación de la citada Ley. Estos pagos también denominados “pequeños sobornos” (*small bribes*, para así distinguirlos de los *major bribes* y considerar a estos los auténticos sobornos), o “pagos de engrase” (*grease payments*) o “pagos de agilización” (*speed money*), se definen como aquellos que son realizados en algunos países para “animar” a que los empleados públicos o gubernamentales lleven a cabo o aceleren el ejercicio de sus funciones, den a la empresa un trato prioritario, obvien el cumplimiento de ciertos requisitos o una documentación incompleta, etc²⁹.

En los últimos años se abre paso una nueva filosofía en contra de los pagos de facilitación, incluso de los denominados pequeños pagos de facilitación. Es más, desde TRACE, empresa destinada hacer programas de cumplimiento para evitar sobornos, o TRANSPARENCIA INTERNACIONAL del Reino Unido se señalan como ventajas de incluir la prohibición de los pagos de facilitación o pequeños sobornos en el *Bribery Act* y, por tanto, en los programas antisoborno, las siguientes³⁰:

- a) Evitan que se planteen dilemas contables sobre como proceder a realizar los asientos de los mismos; las compañías que hacen estos pagos deben elegir entre: la falsificación de sus registros, violando sus propias leyes contables, o anotar el pago con precisión, documentando así la violación de la ley estatal (el *Bribery Act*).
- b) Impiden que se dañe la reputación de las compañías, sobre todo con relación a los empresarios locales, lo que sucede cuando estos saben que una empresa foránea está pagando por eliminar los obstáculos que ellos deben soportar, ya que cuando un proceso se retrasa y por medio del pago se acelera la gestión de la empresa que paga, a los empresarios locales se les retrasa aún más sus asuntos, viendo, al mismo tiempo, como a las citadas empresas foráneas tienen un trato de favor y la resolución de sus gestiones motivan que a ellos se les posterguen las suyas.

concluye en su artículo afirmando que: “un regalo de Navidad no es un soborno y un soborno no es un regalo de Navidad”.

²⁹ TRACE (Anti-Bribery Compliance Solutions), “The high cost of the small bribes”, www.TRACEinternational.com, 2009, p. 3; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, UK, Countering Small Bribes: Principles and good practice guidance for dealing with small bribes including facilitation payments, <http://www.transparency.org.uk/publications/15-publications/1096-countering-small-bribes>, 2014, p. 5 y ss.

³⁰ Cfr. TRACE, www.TRACEinternational.com, 2009, pp. 5 y ss.; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, UK, 2014, <http://www.transparency.org.uk/publications/15-publications/1096-countering-small-bribes>, p. 4 y ss.

- c) Con la prohibición de los pagos de facilitación se intenta también impedir que se practique una doble moral en la realización de los negocios, según se realicen en el propio país o en el extranjero, sobre todo, en países de economías emergentes, bajo el fundamento de que “es así como se hacen negocios en ciertos países”, aunque, en realidad estos pagos corroen los estándares de legalidad internacional. De hecho, estos mismos pagos de hacerse en el respectivo país supondrían la comisión de un delito, y, por ende, su ilegalización evita un mensaje confuso sobre el absoluto cumplimiento de las normas de y en todos los países.
- d) Por otra parte, los pequeños sobornos dañan más a la pequeña y mediana empresa que a las grandes corporaciones, ya que aquellas son más vulnerables a las exigencias de sobornos y tiene menos fuerza para oponerse a ellos, a diferencia de las grandes que pueden acceder a las altas esferas políticas para que sus funcionarios no incurran en la petición de sobornos, además de tener más recursos para afrontarlos o para adiestrar a su personal.
- e) Evitan alimentar una cultura de corrupción en el seno de las empresas, transmitiendo a los empleados el mensaje confuso de que el pago de grandes sobornos a funcionarios de gobiernos extranjeros les costará, probablemente, su puesto de trabajo y su libertad, pero que el pago de pequeños sobornos es aceptable; es mas, algunos empleados, bajo la presión de asegurar el cierre del contrato en fecha, pagan pequeños sobornos a funcionarios por servicios claramente no rutinarios. Muchas veces la petición de que se pague un soborno se realiza, bajo el pretexto de la urgencia, por lo que la falta de asesoramiento y apoyo, conduce al agente al error de pagarlo.
- f) Otra ventaja es la de impulsar un cambio de situación con relación a los sobornos no solo en los países occidentales, sino también en aquellos países en los que por la falta de recursos, voluntad política no existe interés en perseguir y castigar los pagos de facilitación, dando lugar a que se persigan y se castiguen, lo que a su vez motiva una mayor preocupación en las empresas de evitar tales pagos³¹.
- g) Si no se eliminara el uso de pequeños sobornos por completo, se tendría que llevar a cabo diferentes programas de cumplimiento en función no solo de la ubicación de cada oficina, sino también de la nacionalidad de las personas que trabajen en un lugar. Esto es sensiblemente visible a la hora de establecer la cuantía permitida en cada caso y lugar. Así, mientras pagar 20 euros o libras

³¹ ALDERMAN, “Speech”, en TRACE Anti-Bribery Compliance Solutions, Partner Firm Symposium, 30-06-2011, www.TRACEinternational.com, p. 2, llama la atención de como antes (por la influencia de FCPA) y durante el proceso de aprobación de la ley en el Reino Unido, ya se estaba generando el proceso de que muchas grandes empresas estaban ejerciendo un labor de policía sobre otras del sector, interesándose si estas estaban incursas en algún proceso por la FCPA o en cualquier otra caso de corrupción. Esto significa que la cultura anti-corrupción se construye a través de la presión de un enfoque ético y comercial combinado.

para el ejecutivo de una compañía que viaja a ciertas zonas es poco dinero, en muchos países, para el mal pagado funcionario de pasaportes o aduanas que lo recibe es una cantidad importante en relación al promedio de su salario diario. Sin olvidar que estos, no tan pequeños, sobornos regularmente recibidos se terminan convirtiendo en sensibles cantidades mensuales. Sin olvidar que en muchos casos estos pequeños sobornos son sistémicos, esto es, están enraizados en la propia cultura del país³².

- h) El aumento de la amenaza del terrorismo y de la criminalidad organizada han puesto una nueva cara a la práctica de pagar pequeños sobornos, detectándose que compañías estadounidenses que habían pagado sistemáticamente a funcionarios extranjeros en determinadas áreas por permisos de trabajo y visas, habían probablemente puesto en peligro la seguridad nacional, ya que si se pueden comprar visas, las fronteras no estarán a salvo: en definitiva, la práctica de sobornar a los funcionarios de inmigración puede conducir a graves enredos con las leyes de seguridad del país de origen de la compañía.
- i) Frente a la alegada y pretendida eficacia de los pagos de facilitación, pequeños o grandes, para hacer negocios, la experiencia demuestra lo contrario, ya que los generalizados pequeños sobornos establecen un tono permisivo, que, a su vez, genera una espiral creciente de demanda de sobornos, invitando a más y mayores exigencias: las empresas los suelen calificar de “impuesto oculto e irritante”, que motivan retrasos, incertidumbre y riesgos. Además, frente al argumento de que las empresas que pagan sobornos son más eficientes, esto es, realizan más negocios, se alzan los datos de una investigación empírica que convierten a esta afirmación en una anécdota. En efecto, según afirman en su estudio dos investigadores del Banco Mundial, frente a la concepción del “engrasamiento eficiente” (*bribes “grease the wheels of commerce”*), las empresas que pagan sobornos no tardan menos en gestiones burocráticas y, sin embargo, se enfrentan a mayores costes de capital, ya que se ven envueltas en la presión de los sobornados a pagar más y más dinero, lo que motiva que los emprendedores tengan que superar cada vez más obstáculos de cara a conseguir beneficios³³.

³² Así, LEE, *Journal of International Trade Law and Policy*, V. 12, 2013, p. 184, considera que el *Bribery Act* incurre en un “exclusivismo legal”, que se manifiesta “en el desprecio de la Ley hacia las costumbres y la cultura de Taiwán, por ejemplo, la importancia etnográfica y antropológica del intercambio de regalos continuamente”. Si bien reconoce que: “El propósito de este exclusivismo legal es reforzar el principio de que un sistema comercial debe basarse en un sistema jurídico con obligaciones claras y transparentes”.

³³ WEI/KAUFMANN, “Does ‘Grease Money’ Speed Up the Wheels of Commerce?”, World Bank Institute and Development Research Group, Public Economics, World Bank, <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-2254>, diciembre, 1999, pp. 15 y 16.

1.5. Parte subjetiva del tipo positivo

El delito de incumplimiento en el establecimiento de programas de prevención de sobornos establece una responsabilidad objetiva para la organización comercial, condicionada a que la persona física cometa el soborno dolosamente, tal como se deduce no sólo del adverbio “intencionadamente”, sino también por la especificación de los motivos finalistas con los que se han de efectuar su conducta:

- (a) para obtener o mantener un negocio para la organización empresarial; o
- (b) para obtener o mantener una ventaja en el ejercicio de los negocios de la organización empresarial (artículo 7.1).

Por lo que este delito se configura como un delito de tendencia interna intensificada o trascendente³⁴.

2. Consecuencias jurídicas

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas habría que distinguir entre las previstas para la persona vinculada que comete el soborno y las previstas específicamente para la organización empresarial.

En el caso de que una persona física vinculada sea declarada culpable por las conductas recogidas en el artículo 1 (delito activo de soborno) o 6 (soborno a un funcionario público extranjero), será castigada, según la entidad del delito, con:

- a) la pena privativa de libertad de hasta un máximo de 12 meses³⁵, la cual puede ser impuesta de forma alternativa o cumulativa con la multa;
- b) la pena privativa de libertad de hasta los 10 años de prisión³⁶, la cual, como en el caso anterior, puede ser impuesta alternativa o conjuntamente con una multa.

Por el contrario, cuando se trate del delito de incumplimiento por parte de una organización comercial de los programas de prevención de sobornos, recogido en el artículo 7 de la Ley, la única pena que está prevista que se imponga es la de multa.

Al no existir criterio alguno en la ley para modular el marco punitivo de las penas privativas de libertad, se deja al aplicador de la norma un amplio margen de arbitrio para su individualización.

Por lo que respecta a las penas pecuniarias, no establece la Ley Antisoborno cuantía o proporción alguna en la que se puede imponer la multa, limitándose a referir que ésta no puede exceder del máximo legal, por lo que las multas podrán ser fijadas discrecionalmente en el proceso penal, esto es, en la cantidad que se

³⁴ Cfr. por todos, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, Reppetor, 9ª ed., 2011, p. 231.

³⁵ Esta pena está prevista que se imponga mediante el denominado *summary conviction*, juicio sumario, el cual es un proceso celebrado ante un juez o tribunal, sin intervención de jurados, estando previsto para delitos de escasa entidad.

³⁶ En este caso *on conviction on indictment*, esto es por sentencia condenatoria en un procedimiento para delitos de mayor entidad ante el jurado.

considere pertinente, según el caso, hasta el citado máximo legal³⁷. Si especifica la Ley, en el artículo 15.3, que en el caso de que una sociedad sea condenada por el delito corporativo del artículo 7 a pagar una multa, esta será abonada con cargo a los activos de la sociedad³⁸.

Habría que observar, que dado que la persona vinculada puede ser también una persona jurídica, podría darse una doble sanción pecuniaria: la de la persona jurídica vinculada y la que tendría que abonar la persona jurídica que opera mediante aquélla y siempre sin perjuicio de las penas que corresponda a las personas físicas.

Aunque no vienen especialmente recogidas en el *Bribery Act*, en los casos de delitos de soborno, singularmente cuando se trate de sobornos cometidos por o en el seno de las empresas, tendrán frecuente aplicaciones otras consecuencias jurídicas como:

- la *civil recovery*: por medio de esta figura se permite a las autoridades ejecutivas (el Fiscal General, el Director de la SFO, o de la SOCA, o el Director de la Fiscalía de Aduanas y Tributos) recuperar cualquier propiedad, sea dinero o bienes ("propiedad recuperable"), siempre que se pruebe que éstos han sido obtenidos a través de o son el producto de una conducta ilícita, o que están destinados a ser utilizados en una conducta ilegal³⁹;
- el *debarment*: es una medida discrecional de inhabilitación para la contratación,⁴⁰ ; o

³⁷ Con frecuencia, el nivel máximo de una multa por un concreto delito será fijado por la ley en función de un determinado nivel que se halla en una "escala estándar". Esta escala, que sólo se aplica a los delitos de mediana o escasa entidad, está contenida en el *Criminal Justice Act* 1982, con las modificaciones de *Criminal Justice Act* 1991 (para Inglaterra y Gales), y el *Criminal Procedure Act* (en el caso de Escocia) de 1995. A veces, la multa máxima que puede imponerse por un delito se dice que "no puede ser superior al máximo legal". El máximo legal es de 5.000 libras (*Criminal Justice Act* 1982, modificada por el *Magistrates' Courts Act* 1980, para Inglaterra y Gales) o 10.000 libras (en el caso de Escocia, según el *Criminal Procedure Act* 1995).

³⁸ Este régimen de sanciones también contrasta con el establecido en la FCPA norteamericana, pues en tal cuerpo legal las corporaciones y otras entidades comerciales están sujetas a una multa de hasta 2.000.000 \$; los oficiales, directores, accionistas, empleados y agentes están sujetos a una multa de hasta 100.000 \$ y prisión de hasta cinco años.

³⁹ Esta institución se halla regulada en el *Proceeds of Crime Act* 2002 (*Legal Expenses in Civil Recovery Proceedings*), la cual fue modificada en 2008. Así mismo, El *High Court* en el caso *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2010] EWHC 3199 (Comm), estableció que cuando un director utiliza a un agente (que puede ser un empleado del principal) que acepta un soborno de un tercero, sin saberlo el principal, con el fin de asegurar un contrato para el tercero, surge una acción de derecho civil. La persona que recibe el soborno puede ser obligada a rendir cuentas al principal de la cantidad del soborno recibido y, en su caso, por los daños ocasionados. Por otra parte, el director tiene derecho a rescindir un contrato gestionado mediante el soborno y a negarse a cumplir con sus obligaciones en virtud del mismo, basándose en que se trata de un contrato ilegal.

⁴⁰ Recogida en la Ley de Contratos Públicos de 2006. Esta medida pertenece a los denominados "sistemas de exclusión" como sanción, motivada por la comisión de infracciones de un operador económico incurrido en alguna de las situaciones típicas previstas en la Ley. Por virtud de esta medida la persona afectada por ella será excluida de determinados procedimientos o ventajas como, por ejemplo, la participación en licitaciones o contratos públicos.

- la *financial reporting order*: consiste en llevar a cabo un informe financiero por parte del que ha cometido el delito para evitar el riesgo de comisión de otro delito, siempre que el riesgo sea suficientemente elevado como para adoptar tal mandamiento. Esta orden habrá de ser dictada por un magistrado, quien podrá modificarla o revocarla. Esta institución constituye una entrada y registro en el estado financiero de una empresa⁴¹.

3. Cuestiones concursales

Aclara la Guía 2011 que para que la organización comercial incurra en la responsabilidad penal prevista en el artículo 7, ésta debe haber incumplido su deber de prevenir conductas que pudieran constituir la comisión de un delito de los previstos en los artículos 1 ó 6 del *Bribery Act*, pero será irrelevante a estos efectos, si una persona física ha sido o no ya declarada culpable de uno de esos delitos (par. 13).

En sentido contrario, cuando el Fiscal no pueda probar, más allá de toda duda razonable, que un delito de los comprendidos en los artículos 1 (soborno activo) ó 6 (soborno a funcionario público extranjero) ha sido cometido por la persona vinculada, el delito del artículo 7 no se activará. Esto es, la comisión de los delitos referidos por una persona vinculada a la organización comercial será condición necesaria pero no suficiente para aplicar el artículo 7, ya que se puede activar la “defensa” a la que se hará referencia más abajo.

Así mismo, se especifica en la Guía que de concurrir el delito del artículo 7, éste se añade y no desplaza a la responsabilidad que pudiera surgir por los delitos recogidos en los artículos 1 y 6 de la Ley cuando la organización comercial cometa por sí misma un delito, en virtud del “principio de identificación” de la ley común (par. 14)⁴².

⁴¹ La denominada Orden de Informe Financiero viene regulada por el artículo 76 de la Ley sobre Crimen Organizado Grave y Policía de 2005, el cual fue reformado para incluir en la misma los delitos regulados por la Ley Antisoborno de 2010.

⁴² Cfr. The Crown Prosecution Service, “Corporate Prosecution”, http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/corporate_prosecutions/, define el principio de identificación como aquel por el cual se determina si el delincuente-persona física era la mente dirigente y la voluntad de la empresa, en cuyo caso se hará responsable a la sociedad de todos los delitos que aquélla cometa, incluyendo los que requieran *mens rea*. Este principio de identificación reconoce la existencia de ejecutivos corporativos que son la encarnación de la empresa cuando actúa en su negocio. Sus actos y estados mentales se considerarán los de la empresa, ya que se consideran “agentes de control” de la empresa. Los actos criminales de estos funcionarios no sólo serán delitos por los que pueden ser procesados los individuos, sino también delitos por los que la empresa puede ser procesada debido a su situación dentro de ésta. Cfr. también *Tesco Supermarkets v. Natrass* [1972] AC 153, que establece que la responsabilidad corporativa surge sólo cuando el delito sea cometido por una persona natural que es la mente dirigente o la voluntad de la organización. Según el artículo 5 y el Anexo 1 de la Ley de Interpretación de 1978, que establece que la palabra “persona” incluye un grupo de personas con o sin personalidad jurídica.

III. DEFENSA EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

La Ley Antisoborno pone a disposición de las empresas una vía para poder excluir la responsabilidad penal de la empresa: la *defence* del artículo 7.2. Las defensas son causas procesales de oposición que podrán ser alegadas y probadas frente a la acusación, en caso de que se detecte un soborno en el seno de la empresa y que haya sido llevado a cabo por la persona vinculada en los términos expresados más arriba⁴³.

En concreto, la defensa que viene recogida en el artículo 7.2 de la Ley consiste en probar que la organización comercial llevó a cabo un “procedimiento adecuado” para prevenir que las personas vinculadas a la misma llevarán a cabo sobornos particulares, esto es, concretos y determinados y no una sucesión o multiplicidad de ellos, ya que a este último caso no hace extensivo la Ley el efecto de exclusión de la responsabilidad penal de la organización empresarial⁴⁴.

Lo que constituya procedimiento adecuado es una cuestión que ha sido y es objeto de amplios debates y es lo que intenta clarificar la Guía 2011, la cual ya desde su Prefacio establece que: “Las organizaciones que tienen procedimientos adecuados para prevenir el soborno se encuentran en una posición más fuerte si se han producido incidentes aislados, a pesar de sus esfuerzos”; añadiéndose en el párrafo 33 que: “... de acuerdo con la jurisprudencia establecida, la prueba que necesitaría la organización comercial para cumplir con el fin de probar la concurrencia de una exclusión de su responsabilidad penal, en caso de que fuera procesada, es un cálculo de probabilidades”.

⁴³ La Doctrina anglosajona, de forma mayoritaria y tradicional, considera a las defensas (*defences* o *defenses*, en el caso de USA) causas procesales de exclusión de la responsabilidad penal. En este sentido, autores como: DRESSLER, "New Thoughts About the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking." UCLA Law Review 32, n.º 1, 1984, p. 61 y ss.; GREENAWALT, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse" Columbia Law Review 84, n.º 8, 1984, p. 1897 y ss.; u ORMEROD, Smith&Hogan Criminal Law, Oxford University Press, 13^o ed., 2011, p. 284 y ss., consideran que las causas de justificación o exculpación son categorías que se basan en principio de la filosofía moral, mientras que al jurista le interesa los problemas prácticos, resolver cada caso concreto; se alega que son extrañas a la tradición del Derecho anglosajón, siendo consideradas como un intento de colonización por parte de sistemas jurídicos extraños, argumentándose también que tales categorías quitan libertad a los jurados y restringen el papel directivo del Juez en el proceso penal a la hora de orientar a los jurados sobre lo que es o no relevante con arreglo a criterios pragmáticos y utilitaristas. No obstante, no faltan autores que manejan tales categoría, en función de la naturaleza de cada defensa, como sería los casos de: WILSON, Criminal Law, Longman-Pearson, Edimburgo, 4. ed., 2011, p. 72 y ss., quien considera como “tercer elemento de la responsabilidad penal la ausencia de defensas” y distingue entre: las que excusan y las que justifican, si bien reconocen que tales categorías son ambiguas, no existiendo consenso sobre las mismas. Cfr. también sobre el tema con una visión general y amplia sobre el mismo: WELLS/QUICK, Reconstructing Criminal Law, 4^o ed., 2011, p. 120 y ss.; SIMESTER/SPENCER/SULLIVAN/VIRGO, Simester and Sullivan's Criminal Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 669 y ss.; TADROS, Criminal Responsibility, Oxford University Press, 2005, p. 265 y ss..

⁴⁴ Así, ya en el punto I de la Introducción de la Guía 2011, se alude a la expresión: “*particular case of bribery*”.

En todo caso, como pone de manifiesto la propia Guía, la cuestión de si una organización tiene procedimientos adecuados para prevenir la corrupción en un supuesto concreto sólo puede ser resuelta por los tribunales, teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias particulares del caso. No obstante esta declaración general, se establecen dos pautas.

En primer lugar, en aquellos casos en los que la organización comercial pretenda ampararse en la excepción de responsabilidad penal, la carga de la prueba de que se han articulado procedimientos adecuados para prevenir los sobornos, recaerá en la organización.

En segundo lugar, en los supuestos en los que las organizaciones comerciales se desvíen de los procedimientos sugeridos en la Guía, se presumirá que la organización no cuenta con procedimientos adecuados.

Por ello, considera la Guía 2011 que los procedimientos de prevención de sobornos por parte de las organizaciones comerciales son de significativo interés en la investigación de los sobornos, siendo igualmente relevante si una organización desea informar de un incidente de soborno a las autoridades encargadas de perseguirlos - por ejemplo, a la *Serious Fraud Office* (SFO), la cual tiene una política en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte tendente a la cooperación con las organizaciones comerciales que refieran incidentes de soborno-. La disposición favorable de la organización comercial a cooperar con una investigación, de conformidad con la Ley Antisoborno y a hacer una revelación completa será tenida en cuenta en cualquier decisión sobre la conveniencia de iniciar o no un procedimiento penal⁴⁵.

IV. PAUTAS PARA LA ARTICULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE SOBORNOS: LA GUÍA DE 2011

En marzo de 2011 se publica la Guía prevista en el artículo 9 del *Bribery Act*,⁴⁶, en la que se establece una serie de pautas para no sólo poder interpretar aspectos de la Ley⁴⁷, sino, sobre todo, para facilitar el establecimiento de procedimientos que puedan articular las organizaciones comerciales con el fin de evitar los sobornos en los que pudieran incurrir las personas vinculadas a las mismas. En definitiva, con

⁴⁵ También se exige a las empresas informar a la Agencia de Crimen Organizado Grave (SOCA) en cada ocasión de los pagos de facilitación, independientemente de la cantidad o si el enjuiciamiento penal por corrupción es factible. Las organizaciones comerciales que lo incumplan, corren el riesgo de ser inculpadas por lavado de dinero con penas de prisión de hasta 14 años y una multa ilimitada; cfr. YEOH, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 271.

⁴⁶ Esta Guía surge tras un proyecto de Guía publicado en septiembre de 2010 (la denominada “*quick start Guide*”). Este boceto de Guía delineaba una aclaración inicial con respecto a los procedimientos adecuados a adoptar por las empresas.

⁴⁷ En este sentido el punto 8 de la Introducción de la Guía precisa que: “Todos los términos utilizados en la Guía tienen el mismo significado que en la Ley Antisoborno de 2010. Los ejemplos dados en la misma, relativos a los tipos de conducta que se recogen en la Ley, son de carácter meramente ilustrativo y no constituyen una lista exhaustiva de conductas típicas”.

tal regulación se pretende poner sobre aviso a las empresas acerca de la necesidad que tienen de evaluar sus procedimientos para prevenir los sobornos y la corrupción. Si bien, como la propia Guía reconoce, ninguna política o procedimiento es capaz de detectar y prevenir todos los posibles supuestos de soborno⁴⁸.

Los procedimientos que se establecen en la misma son, sobre todo, según la Guía y el Ministro de Justicia, una cuestión de sentido común y no ningún procedimiento engorroso. A tal efecto, se incorporan ejemplos con un claro matiz pedagógico e ilustrativo.

El objetivo de política criminal que se persigue es el de la autorregulación por parte de las empresas, alentándolas a “educar” en valores antisoborno a los que interactúan con ellas en el comercio. El “inclusivismo legal” persigue de esta manera que la autorregulación, esto es, los programas de prevención de sobornos, pasen a formar parte de la ley y puedan aportar una participación más abierta y eficaz con las partes involucradas en un negocio. La finalidad de ese compromiso será lograr un cambio institucional; un cambio de cultura dentro de una empresa y un cambio de la moral de los negocios existente en el país en el que opera la compañía⁴⁹.

La Guía de 2011 se basa en seis principios claves, los cuales no pretenden tener un carácter prescriptivo⁵⁰, los cuales serán abordados a continuación.

1. El procedimiento proporcional

La Guía parte de la base de que el procedimiento para la prevención de sobornos no es un procedimiento de “talla única”, que sirva para todo tipo de empresas, sino que ha de ser proporcional al riesgo de soborno al que se enfrenta cada organización comercial. Una aproximación basada en el riesgo servirá, según declara la Guía, para concentrar los esfuerzos allí donde sea más necesario y tenga más impacto, partiendo del reconocimiento de que la amenaza de los sobornos a las organizaciones varía según diferentes factores. En concreto, se alude al sector de los negocios en el que se desenvuelva la organización, el cual puede aconsejar procedimientos más intensos de prevención de sobornos (construcción, seguros, energéticas), el tamaño de la empresa, el número de socios, o la diferente jurisdicción.

En otras ocasiones la proporcionalidad en la prevención de riesgos habrá de ser calculada en función de la actuación a realizar por la persona vinculada con independencia de la entidad de la organización comercial. Así, habrá veces en las que el

⁴⁸ Cfr. YEOH, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 268.

⁴⁹ Vid. en este sentido, LEE, *Journal of International Trade Law and Policy*, V. 12, 2013, p. 173. Ampliamente en la Doctrina española sobre el tema, ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dirs.), *Auto-regulación y sanciones*, Lex Nova, 2008.

⁵⁰ Hace notar WELLS, “Who’s afraid of the Bribery Act 2010?”, *Journal of Business Law* Issue 5, 2012, p. 426, que la Guía sigue estrechamente las pautas de la *Guidance on Compliance* del Grupo de Trabajo de la OCDE.

cálculo del riesgo en las gestiones a realizar por la persona vinculada será insignificante, mientras que en otras, como sería el supuesto de negociaciones con funcionarios públicos extranjeros de determinados países, el riesgo se puede evaluar como significativo y, en consecuencia, requieren mucho más de los procedimientos antisoborno para mitigar esos riesgos. Por ello, señala la Guía, que si bien es cierto que las empresas tienen que cubrir un amplio espectro de riesgos, también lo es que los tribunales cuando vayan a enjuiciar un caso concreto, centrarán su atención en los procedimientos diseñados para prevenir el soborno por parte de la persona vinculada al cometer el delito en cuestión.

Los procedimientos de prevención de sobornos pueden ser independientes o formar parte de una guía más amplia, por ejemplo de la contratación o de la gestión de un proceso de licitación en una contratación pública. Sea cual sea el modelo elegido, los procedimientos deben tratar de asegurar que haya un medio práctico y realista para conseguir los objetivos de las políticas antisoborno de la organización comercial a través de todas las actuaciones de la misma.

No obstante las variantes motivadas por los factores acabados de señalar, denominador común a todos los procedimientos antisoborno será la exigencia de que estos han de ser claros, prácticos, accesibles, ser aplicados y efectivamente cumplidos.

Precisa la Guía que el término “procedimiento” se utiliza en la misma para abarcar tanto las políticas de prevención de sobornos, como los actos a través de los cuales aquellas se implementan, haciéndose especial hincapié en la necesidad de crear en las empresas una auténtica cultura antisoborno, lo que sólo podrá conseguirse si la implantación de los mencionados procedimientos se realiza de una manera apropiada.

La Guía enumera una serie de áreas que son consideradas como de potencial aplicación de las políticas y procedimientos para afrontar los riesgos de soborno. Estas serían:

a) Área del nivel más alto de gestión. A la misma le competará: la valoración del riesgo de sobornos, desplegar en ello la diligencia debida y las políticas sobre regalos, hospitalidad corporativa, pagos promocionales, donaciones o los controvertidos pagos de facilitación.

b) Área de las relaciones laborales. En ella habrá que atender a: las relaciones de negocios, a los controles financieros relativos a la llevanza de los libros y registros de las operaciones, las auditorías y aprobación de cuentas. Dentro de esta área también se incluirían los programas de transparencia y divulgación, de observancia y disciplina y procedimientos de denuncias internas (*whistle-blower process*)⁵¹.

⁵¹ DOGRA/ARMAO, *Bloomberg Finance*, V.3, N. 1, 2011, p. 4, consideran que los incentivos existentes

La SFO ha animado a las empresas a denunciar las conductas sospechosas de corrupción como respuesta a la preocupación surgida entre las empresas de que las prohibiciones generales del *Bribery Act* dirigidas a aquéllas provocan que las empresas que cumplen con sus prescripciones son menos competitivas que las que no las cumplen.

Por su parte, la Oficina de Defensa de la Competencia del Reino Unido ha introducido recientemente un paquete de incentivos que podrían dar lugar a que los denunciante recibieran una recompensa, que podría llegar hasta 100.000 libras esterlinas en circunstancias excepcionales, cuando proporcionen información privilegiada relativa a la actividad de los cárteles⁵².

Pero es que, además, en el ámbito del mundo desarrollado, el G20 ha adoptado recientemente medidas de lucha contra la corrupción, haciendo de la lucha contra la misma una de sus prioridades, por lo que se aduce que, difícilmente, en este contexto global de lucha contra la corrupción, las empresas británicas pueden resultar perjudicadas al respetar las normas anticorrupción. En suma, el *Bribery Act* no es una ley antiempresas, sino una Ley anticorrupción⁵³.

c) Área de toma de decisiones. En este ámbito se incluyen: las delegaciones de autoridad, distribución de funciones, los conflictos de intereses, la puesta en ejecución de un plan, la difusión y formación entre los miembros de la entidad, así como el seguimiento, revisión y evaluación de las políticas y procedimientos establecidos para evitar los sobornos⁵⁴.

2. Compromiso al más alto nivel

Este principio hace hincapié en el hecho de que los dirigentes de las organizaciones son los mejores posicionados para poner en marcha los procedimientos de rechazo ante los sobornos y la corrupción. La Guía anima a las personas que ocupan el más alto nivel dentro de una organización (consejeros de administración, propietarios o cualquier otra persona u órgano equivalente) a que establezcan y mantengan una “cultura corporativa”, adecuada a la estructura de gestión de la organización, en la que los sobornos no sean nunca tolerados, así como a que parti-

para que se produzcan denuncias de sobornos son limitadas en el Reino Unido. Por su parte, LEWIS/VANDEKERCKHOVE, “The content of whistleblowing procedures: a critical review of recent official guidelines”, en *Journal of Business Ethics*, 2011-1, p. 25, resaltan la importancia de estos procedimientos para no incurrir en el artículo 7 del *Bribery Act*, para evitar la sobrecarga en los programas de prevención de sobornos y para no dificultar la denuncia interna, recalando la importancia de la necesaria información sobre a quién hay que dirigirse para comunicar la sospecha de un soborno.

⁵² Office of Fair Trading Press Release 31/08 de 29 February 2008.

⁵³ En este sentido, BARRINGTON, (Director de Asuntos Exteriores de Transparencia Internacional), “The UK Bribery Act: how will you act?. Briefing on Bribery Act seminar: 12 April 2011”, CIMA, London, 2011, p. 4.

⁵⁴ Vid. LOUGHMAN/SIBERY, *Bribery and corruption. Navigating the global risks*, John Wiley & Sons, Hoboken, N.J., 2012, p. 59.

cipen en la identificación y prevención del riesgo de soborno.

La comunicación tanto interna como hacia el exterior por parte de los dirigentes de la organización sobre la posición acerca de los sobornos es fundamental para demostrar el compromiso de aquella de actuar éticamente y debe adaptarse a los diferentes públicos. Esta comunicación conviene que sea periódica y que se aloje bien en la intranet de la organización o en un sitio de Internet. De esta manera se crearán unos cimientos fuertes sobre los que los empleados podrán entender mejor que es lo que hay que hacer cuando se enfrenten a un soborno.

La participación que se espera de los dirigentes es amplia e incluye la intervención directa de los mismos en numerosas áreas ya sea como participantes o, en otras ocasiones, como patrocinadores. Entre otras se mencionan: selección y formación de altos directivos para liderar la lucha contra la corrupción en su caso; liderazgo en la adopción de medidas clave, como el establecimiento de un código de conducta; aprobación de todas las publicaciones relacionadas con la prevención de soborno;

liderazgo en el proceso de sensibilización y el fomento de un diálogo transparente en toda la organización con el fin de procurar la difusión efectiva de las políticas y procedimientos contra el soborno entre los empleados, filiales, y las personas vinculadas, etc.; compromiso con las personas relevantes vinculadas y organismos externos, como las organizaciones sectoriales y los medios de comunicación, para ayudar a articular las políticas de la organización; garantizar la evaluación de riesgos; supervisión general de las infracciones de los procedimientos y la previsión de actualización del consejo de administración o equivalente, en su caso, sobre los niveles de cumplimiento.

En resumen, la dirección de las entidades habrá de asumir la responsabilidad en el nivel directivo de prevenir los sobornos, fomentando la cultura de la “tolerancia cero” contra los mismos en las declaraciones oficiales sobre aquéllos.

Así, por ejemplo, en relación a los pagos de facilitación, los cuales se hallan en determinados ámbitos muy extendidos, una medida para comenzar a acabar con ellos sería la política de empresa puesta por escrito en la que se incluyera garantías tales como que ningún empleado o intermediario será penalizado por un rendimiento menor o una gestión que se dilata en el tiempo si esta está directamente ligada con su negativa a pagar sobornos⁵⁵, haciéndoles ver, además, que no solo los grandes, sino también, de forma cumulativa, los pequeños sobornos, pueden hacer tambalear a la empresa y hacer peligrar sus puestos de trabajo y generar la correspondiente responsabilidad penal.

⁵⁵ Vid. SFO, “Some key pointers”, <http://www.sfo.gov.uk/protect-against-fraud/how-to-protect-yourself/some-key-pointers.aspx>.

3. Análisis o evaluación de riesgos

Según este principio la organización comercial habrá de evaluar la naturaleza y extensión de los potenciales riesgos internos y externos de soborno asumidos en su nombre por la persona vinculada a ella. El análisis de riesgos debe ser proporcionado al tamaño, ámbito, naturaleza, estructura y ámbito geográfico de una empresa. La evaluación habrá de ser periódica, informada y documentada.

Las características básicas para acometer una evaluación de riesgos incluye: la supervisión de la gestión; que haya recursos habilitados al efecto; la consideración de los factores internos y externos; examen de la debida diligencia (principio 4) y la documentación de los procedimientos, así como las bases para su conclusión.

El análisis de riesgos debería ser regularmente actualizado y mejorado según vaya cambiando, con el tiempo, la clase o el ámbito de los negocios, el perfil de riesgo a los que se enfrenta la empresa, debiendo quedar igualmente documentadas tales actualizaciones y mejoras⁵⁶.

La Guía identifica cinco amplias categorías de riesgos externos que deberían ser considerados en la identificación de los riesgos de soborno y corrupción:

Riesgos por países. Existen ciertos países en los que se percibe un alto riesgo de corrupción, derivados de las lagunas existentes en sus legislaciones anticorrupción y, sobre todo, por la falta de transparencia.

Riesgos por sectores de la economía. En algunas clases de sectores empresariales existe de manera inherente mayores riesgos. Los ejemplos los proporciona la industria extractiva, tales como las de la minería, el petróleo y el gas y las de infraestructuras a gran escala, como las telecomunicaciones, las hidroeléctricas y los ferrocarriles.

Riesgos por la naturaleza de las transacciones. Algunas transacciones como las contribuciones caritativas o políticas, la concesión de licencias y permisos, así como la contratación pública presentan mayores riesgos de corrupción que las transacciones de rutina.

Riesgos por oportunidad de negocios. Proyectos y transacciones de alto valor y de celebración puntual o extraordinaria conllevan más riesgos, al igual que aquéllos que son llevados a cabo por una multiplicidad de empresas o intermediarios en su ejecución, los que no están realizados a precio de mercado o aquellos que no tiene un objetivo legítimo y claro.

Riesgos por cooperación empresarial. Entrar en relaciones comerciales con empresas mixtas, consorcios o el uso de intermediarios en las transacciones con funcionarios públicos extranjeros, relaciones comerciales con personas políticamente expuestas o que se vinculen a un funcionario público prominente conllevan

⁵⁶ Por ejemplo, la misma evaluación del riesgo que se aplicaba a las operaciones en el ámbito nacional de una organización comercial no puede aplicarse cuando se entra en un nuevo mercado, sobre todo, si es de una parte del mundo en el que no ha hecho negocios antes o se sabe que existe un alto riesgo de sobornos.

un nivel más elevado de riesgo que el trato directo⁵⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que algunos factores internos pueden incrementar los riesgos de soborno y corrupción. Los factores internos que más comúnmente han de ser tenidos en cuenta en la evaluación de riesgo de sobornos serían: las deficiencias en la formación de los empleados, sus habilidades y conocimiento; la cultura de las bonificaciones que premia asumir riesgos excesivos; la falta de claridad en las políticas de la organización y los procedimientos de hospitalidad y los gastos de promoción; la falta de los controles financieros claros y la falta de un mensaje claro contra el soborno en los niveles superiores de gestión⁵⁸.

4. Diligencia debida

La diligencia debida consistirá en articular procedimientos adecuados de manera proporcionada al riesgo al que se enfrente la entidad y adecuados a la ejecución de los negocios⁵⁹. Pueden llevarse a cabo de forma interna, por las personas que realizan o van a realizar servicios para o en nombre de la organización, o por consultores externos con el fin de mitigar los riesgos de soborno que se hayan identificado.

La diligencia debida se ha consolidado como un elemento de buen gobierno corporativo, de tal manera que se prevé que la prevención del soborno forme parte de un marco de diligencia debida más amplio. Los procedimientos de diligencia debida son tanto una forma de evaluación como de reducción de los riesgos de soborno.

Estos procedimientos, dependiendo del nivel de riesgo asociado, pueden ir desde la falta de establecimiento de un procedimiento, pasando por el establecimiento de uno general buscado en internet, o cuando el riesgo sea elevado, habría que acometer investigaciones muy detalladas de los antecedentes y relaciones de la persona

⁵⁷ Como pone de manifiesto BELL, *Anti-Bribery Toolkit. Law society's risk and compliance service*, 2012, p. 28, otro sector importante en la evaluación de los riesgos que quizá es menos obvia es el de los riesgos que plantean a la empresa los clientes implicados ya en un soborno. En efecto, un cliente que esté ya implicado claramente en un proceso de soborno habrá recibido los productos del delito y, en consecuencia, puede estar expuesto a un delito de los previstos en la POCA 2002 por lavado de activos. Es más, cuando este tipo de clientes tienen negocios de manufacturas en el extranjero y se presenta como inevitable un pago de facilitación, el riesgo de verse inmerso en un delito de soborno es alto.

⁵⁸ LOUGHMAN/SIBERY, *Bribery and Corruption...op. cit.*, 2012, pp. 60 y 61.

⁵⁹ Como pone de manifiesto la Guía (p. 27), el nivel adecuado de la debida diligencia requerida por una organización comercial en la contratación de la ejecución de servicios de tecnología puede ser baja. Por el contrario, una organización que está seleccionando a un intermediario para ayudar a establecer un negocio en mercados extranjeros normalmente requerirá un nivel mucho mayor de la debida diligencia a fin de mitigar los riesgos de soborno en su nombre. Otros casos en los que habría que extremar la diligencia debida serían los casos de fusión de empresas o adquisición de una por otra, así como los supuestos en los que la organización comercial una vez ya establecida le resulta difícil liberarse del uso de agentes locales en la realización de sus negocios determinados por las normas o convenios locales.

vinculada con interrogatorios directos o indirectos.

También podría ser conveniente la evaluación y monitoreo continuo de las personas 'vinculadas' contratadas o empleadas, proporcionales a los riesgos identificados. En consecuencia, la debida diligencia puede implicar solicitudes directas de información sobre los antecedentes, conocimientos y experiencia en los negocios, de las personas que se estimen pertinentes.

La Ley Antisoborno presume que los empleados de una organización comercial son personas "vinculadas" con la organización a los efectos de la Ley. Por lo tanto, la organización podrá incorporar en sus procedimientos de contratación de recursos humanos un nivel adecuado de debida diligencia para mitigar los riesgos de soborno de los empleados, proporcional al riesgo asociado con el puesto en cuestión.

5. Comunicación (incluyendo la formación)

La organización comercial tratará de garantizar que sus políticas y procedimientos de prevención de sobornos estén arraigados y comprendidos por toda la organización a través de la comunicación interna y externa, incluida la formación, que será proporcional a los riesgos a los que se enfrenta.

La comunicación y formación disuaden de los sobornos a las personas vinculadas, al tener una mayor conciencia y comprensión de los procedimientos de una organización comercial y el compromiso de la organización para su correcta aplicación. La disponibilidad de la información ayuda a un más eficaz seguimiento, evaluación y revisión de los procedimientos de prevención de soborno.

Al igual que como se ha visto con otros principios, éste recoge también una faceta interna y externa. El contenido, el lenguaje y el tono de las comunicaciones para uso interno pueden variar del externo en función de la diferente relación que el público tiene con la organización comercial.

La naturaleza de la comunicación varía enormemente entre las organizaciones comerciales de acuerdo con los diferentes riesgos soborno a que se enfrenta, el tamaño de la organización y la magnitud y la naturaleza de sus actividades. Así, una pequeña empresa que se tenga que enfrentar a un riesgo significativo de soborno tendría que reforzar su procedimiento antisoborno, pero haciéndolo radicar en medios de comunicación oral (por ejemplo, charlas periódicas), en lugar de hacer uso de la más complicada comunicación escrita, más propio de grandes organizaciones⁶⁰.

⁶⁰ En este sentido, ya el propio Prefacio de la Ley establece que la misma se ha de aplicar "de manera funcional especialmente para las pequeñas empresas que tienen recursos limitados". Como recalca, *ALDERMAN*, "Speech", 2011, www.TRACEinternational.com p. 2, en el proceso de elaboración de la Ley se contactó primero con grandes empresas del Reino Unido, siguiendo con las corporaciones estadounidenses, y luego con las corporaciones extranjeras fuera del Reino Unido y no estadounidenses, dejando para el final al sector de las pequeñas y medianas empresas, así como a los autónomos. Para las primeras nada de esto fue particularmente nuevo, debido a los años de exposición a la FCPA y todo lo que ello conllevaba.

En todo caso, es conveniente que las empresas informen de los beneficios de actuar con decisión mediante el envío de un mensaje claro desde la alta dirección a los empleados e intermediarios comerciales - locales y extranjeros - y en los mercados en los que operan. El resultado a corto plazo para muchas de las empresas entrevistadas ha sido el alivio ante las constantes demandas de los pequeños sobornos; los resultados a largo plazo serán reducir la burocracia, una mayor previsibilidad y un ambiente de negocios más estable⁶¹.

En el ámbito interno, la comunicación debe transmitir el "tono desde lo alto", pero también es probable que se centre en la aplicación de las políticas y procedimientos de la organización y las consecuencias para los empleados.

Otro aspecto importante, según la Guía, de la comunicación interna es el establecimiento de un medio seguro, confidencial y accesible para que los interesados internos o externos puedan comunicar tanto la existencia de un soborno que afecte a la empresa, como para obtener consejo de cómo comportarse en estos casos. Estos denominados procedimientos de "*Speak up*" pueden constituir una herramienta de gestión muy útil, sobre todo, para las organizaciones comerciales con operaciones en muchos países. Si se quiere que estos procedimientos sean efectivos debe existir una protección adecuada de tales procedimientos de denuncias.

La comunicación externa de las políticas de prevención del soborno a través de una declaración o de códigos de conducta, puede tranquilizar a las personas vinculadas presentes y potenciales y puede actuar como un elemento disuasorio para quienes tengan la intención de sobornar en nombre de una organización comercial⁶².

Estas comunicaciones pueden incluir: información sobre los procedimientos de prevención del soborno a que se enfrenta, así como sobre los controles, sanciones, resultados de encuestas internas, las normas que rigen la contratación y licitación. Una organización comercial puede considerar proporcional y adecuado para comunicar sus políticas y compromiso contra el soborno a un público más amplio, como a otras organizaciones de su sector y a organizaciones sectoriales que quedarían fuera del ámbito de sus personas vinculadas (lo que abarcaría a proveedores, terceros intermediarios y clientes), o al público en general⁶³.

En cuanto a la formación ha de servir también para sensibilizar de las amenazas que plantea la corrupción, en general, y en el sector o en áreas en las que opera la organización, en particular, y de las diversas formas en que se están abordando y para establecer una cultura de lucha contra la corrupción sea cual sea el nivel de

⁶¹ TRACE, www.TRACEinternational.com, 2009, p. 19.

⁶² "Tan pronto como llego a un país, les digo a los funcionarios que me encuentro con el placer de estar en un lugar donde no se está constantemente apretando para que se paguen sobornos. Después de esto es muy difícil para ellos plantear el tema" (Director de la U.S. Aerospace and Defense Company).

⁶³ BELL, *Anti-Bribery Toolkit. Law society's risk and compliance service*, 2012, p. 73, pone de manifiesto la conveniencia de publicar los programas antisobornos de la empresa en las páginas webs de las mismas, a los efectos de que sean conocidas por potenciales clientes o en los folletos del marketing de la misma.

riesgo.

La formación proporciona los conocimientos y habilidades necesarias para emplear los procedimientos en la organización y hacer frente a los problemas o cuestiones que puedan surgir relacionados con el soborno.

La formación general podría ser obligatoria para los nuevos empleados o agentes (en función del riesgo ponderado) como parte de un proceso de selección, pero también deben adaptarse a los riesgos específicos asociados a puestos específicos. Puede ser apropiado exigir a las personas vinculadas una formación, sobre todo, cuando éstas estén en puestos de alto riesgo. También se debe considerar la posibilidad de elaborar procesos de formación adaptados a las necesidades especiales de las personas involucradas en cualquier procedimiento de “comunicación de sobornos” (*speak up*) y en funciones de alto riesgo tales como la compra, contratación, distribución y comercialización, o por trabajar en países de alto riesgo. La formación ha de ser eficaz, continua, y con control y evaluación periódicos

Una vez que la empresa determine quién y cómo va a llevar a cabo la formación, debería establecerse un plan que guarde proporción con el riesgo que se ha identificado. Los programas de formación pueden llevarse a cabo en seminarios presenciales o virtuales (*e-learning* u otras herramientas basadas en la Web)⁶⁴. Pero sea cual sea el formato, la capacitación debe lograr su objetivo de garantizar que las personas que participan en ella desarrollan un firme entendimiento de cuáles son las políticas y procedimientos pertinentes y que significan en la práctica para ellos⁶⁵.

6. Seguimiento y evaluación-revisión

Toda empresa necesita llevar a cabo un control de la efectividad y el cumplimiento de sus programas antisoborno, realizando los ajustes y mejoras que fueran necesarios según los eventuales cambios en las perspectivas de riesgo y con atención a factores tales como: cambios de gobierno en los países en los que se opera, un incidente de soborno habido en la empresa o informes de prensa negativos.

Hay una amplia gama de mecanismos de revisión internos y externos para impedir, detectar e investigar el soborno, y supervisar la calidad ética de las transacciones cuyo uso podrían considerar las organizaciones comerciales tales como: los mecanismos de control financiero interno, encuestas al personal, cuestionarios y retroalimentación desde la formación, las cuales pueden ser una fuente importante de información sobre la eficacia de los programas antisoborno, y un medio por el cual los empleados y otras personas vinculadas pueden informar para la mejora

⁶⁴ Cfr. LOUGHMAN/SIBERY, *Bribery and Corruption...op. cit.*, 2012, p. 62.

⁶⁵ Así, por ejemplo, los empleados que sean enviados al extranjero o cuyos trabajos requieren frecuentes viajes deben recibir formación sobre la política de la empresa y sobre la manera de comportarse frente a las demandas de sobornos. Esta capacitación debe incluir la oportunidad de reunirse con los empleados que hayan trabajado en el territorio al que se enviarán. Esto les dará una buena idea de la magnitud del problema, así de las técnicas que han demostrado su eficacia en ese país (Trace Internacional, 2009, p. 15).

continua de las políticas antisobornos. También podrían valerse para llevar a cabo la revisión de los programas antisoborno propios de supervisores de otras empresas, destacando ejemplos de buenas o malas prácticas en sus publicaciones. En todo caso, los resultados que se arrojen en el proceso de seguimiento deben ser presentados a la dirección de la empresa.

Por otra parte, las organizaciones comerciales podrían considerar la búsqueda de algún tipo de verificación o garantía externa de la efectividad de los procedimientos antisoborno. Sin embargo, aclara la Guía que dicha certificación no significará necesariamente que los procedimientos de prevención del soborno de una organización comercial sean "adecuados" a los efectos del delito recogido en el artículo 7 de la Ley de Antisoborno, por el que podría ser acusado.

V. CONCLUSIONES

1. En el marco de una economía globalizada, la lucha contra la corrupción, aunque se articule en el ámbito penal, de forma estatal y singularizada, es una lucha cada vez más homogenizada por los instrumentos internacionales que marcan las directrices de aquella. La difícil y escasa capacidad de reparación existente en estos delitos motiva que cada vez más se ponga el acento en el despliegue de mecanismos de prevención obligatorios (v. gr. programas de cumplimiento), que en la reacción penal *ex post facto*, confiriendo al incumplimiento en el establecimiento de tales mecanismos efectos penales, como se pone de manifiesto en el artículo 7 del *Bribery Act*⁶⁶.

2. Dentro del contexto de avance en la lucha contra los sobornos que supone el *Bribery Act*, el delito de incumplimiento del establecimiento de programas de prevención de los sobornos supone un importante paso adelante en la lucha contra aquellos no solo con relación al Reino Unido, sino que el efecto preventivo de los sobornos en este país, establecido con efectos extraterritoriales, tendrá una "gran onda expansiva".

3. El delito que se introduce en el artículo 7 del *Bribery Act*, supone el paso de un modelo "reactivo" que se hace depender de la actuación de los fiscales, de la policía y los tribunales penales hacia un modelo "proactivo", en el que se "recluta" a las corporaciones mismas para que impulsen el cambio, lo que atiende no sólo

⁶⁶ BACIGALUPO, *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, p. 13 y ss., estima que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, independiente y paralela a la de las personas físicas que actúan en su nombre o delitos como el abordado en este trabajo, son una consecuencia de la crisis económica, la cual hace vislumbrar, junto con el tradicional riesgo económico de la empresa, el riesgo de responsabilidades normativas, las cuales pueden tener la mismas o mayores consecuencias negativas que el primero, hace surgir la preocupación por los *compliance* o *Haftungsvermeidung*, es decir, por la prevención de riesgos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de regulaciones legales.

a consideraciones económicas, sino también a un cambio en el modelo tradicional de aplicación de la ley penal, que prioriza la actividad que puedan desplegar los terceros involucrados⁶⁷ que en la aplicación de la ley penal misma por terceros (juez).

No han faltado críticas en esta forma de proceder, toda vez que el establecimiento de programas internos para la prevención de sobornos con efectos de exclusión de la responsabilidad penal, desdibuja la línea divisoria entre estos y el derecho penal, el cual requiere la dolo o imprudencia, mientras que la responsabilidad de las empresas es objetiva. Sin olvidar que cuando se deja a las empresas que se autorregulen y se le concede efectos a esta autorregulación se están traspasando competencias normativas públicas a entes privados.

Además, las empresas van a instaurar medidas de gestión del riesgo de los sobornos a los que se enfrenta la organización, en respuesta al potencial riesgo legal de ser procesado, habiendo demostrado la criminología clásica que en este proceso se incurren en numerosas mentiras, pues no hay que olvidar, de un lado, la dinámica de muchos negocios y, de otro, que el procesamiento supone un gran costo para aquellas.

4. La Ley deja algunas lagunas sin resolver sobre las que tampoco la Guía de 2011 arroja suficiente luz como son los pagos de facilitación y la confusión que pudiera existir entre estos pagos y los incentivos, o los límites de la hospitalidad corporativa, cuestiones estas que quedan poco claras y que pueden plantear problemas, sobre todo, en las relaciones comerciales británicas-norteamericanas, debido a la diferentes regulación existente sobre esta materia entre ambos países.

En efecto, mientras que el *Bribery Act* parece partir de la prohibición, salvo que sean insignificantes o proporcionados, y cada vez con menores niveles de tolerancia, y la Oficina de Fraudes Graves británica ha anunciado su intención de luchar contra ellos, por el contrario la normativa equivalente norteamericana – en concreto el § 78m de el *Foreign Corrupt Practices Act*- permite tales pagos, si bien sus disposiciones contables requieren que sean representados con precisión en los libros y registros de la corporación. En la práctica, y en la línea de lo afirmado anteriormente, las empresas se verán obligadas a seguir los estándares de mayor rigor de la normativa británica, lo que ha sido criticado porque supondría impedir o dificultar que las empresas bajo jurisdicción británica hagan negocios en ciertos lugares del mundo⁶⁸, pero también es cierto que existe un movimiento general – liderado entre otros por Transparencia Internacional- en contra de los pagos de facilitación sean de gran o pequeña entidad.

⁶⁷ Cfr. ALLDRIDGE, “The U.K. Bribery Act: “The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA””, *Ohio State Law Journal*, 2012, p. 1182.

⁶⁸ En este sentido crítico se pronuncia BONNEAU, “Combating Foreign Bribery: Legislative Reform in the United Kingdom and Prospects for Increased Global Enforcement”, en *Columbian Journal of Transnational Law*, n. 365, 2010-2011, p. 401.

Por otro lado, el *Bribery Act* no prevé el denominado “procedimiento de dictamen”, similar al previsto en el FCPA norteamericano, lo que podría conducir a las empresas que establecen programas de cumplimiento a una gran incertidumbre, dificultando las inversiones extranjeras.

5. Por lo tanto, urge el establecimiento de mecanismos de cooperación entre los países de cara a la elaboración de una guía mundial apropiada para reducir la incertidumbre de la comunidad empresarial, permitiendo una mayor coordinación en los esfuerzos internacionales de aplicación, lo que conlleva un largo camino por recorrer, sobre todo, fuera del ámbito occidental. Como puso de manifiesto el Ministro de Justicia, Kenneth Clarke, la opción entre luchar contra la corrupción o apoyar el crecimiento económico es falsa, ya que hacer frente a los sobornos es beneficioso para los negocios, puesto que crea las condiciones necesarias para que florezca el libre mercado⁶⁹.

6. En lo que se refiere propiamente a las disposiciones relativas al establecimiento de los programas de prevención de sobornos, como mecanismo de exclusión de la responsabilidad penal de las empresas, estas son vagas y contradictorias. Vagas porque no dejan de ser pautas generales difíciles de concretar en la práctica para la diversidad de empresas, ámbito de negocios y parte del mundo en el que aquellas operan. Contradictorias porque, por ejemplo, en la Guía si bien el Ministerio de Justicia, que es quien las redacta, sostiene que los tribunales serán los árbitros finales de si un caso de soborno conlleva un tratamiento jurisdiccional o no, al mismo tiempo aboga por un "enfoque de sentido común" para determinar si empresas extranjeras están "haciendo negocios" en el Reino Unido en el sentido de la Ley. Es más, se llega a sugerir que el hecho de cotizar en bolsa en el Reino Unido no sería suficiente para desencadenar la aplicación de la Ley. O se afirma que las empresas matrices y filiales situadas en el Reino Unido no podrán ser declarados responsables de pagar sobornos, si estos se han efectuado a través de una filial no británica situada fuera del Reino Unido, cuando aquella no se hayan beneficiado directamente de los sobornos⁷⁰.

7. El avance que ha supuesto esta normativa ha tenido también su reflejo en el

⁶⁹ Cfr. CLARK, “Bribery Act in force from July 1: Ken Clarke’s statement in full”, *ThebriberyAct.com*, <http://thebriberyact.com/2011/03/30/bribery-act-in-force-from-july-1-ken-clarkes-statement-in-full/>. En análogo sentido se pronuncia también el Instituto de Gobernabilidad del Banco Mundial (<http://wbi.worldbank.org/wbi/topic/governance>), según el cual el montante anual estimado en el pago de sobornos en el mundo, tanto en los países ricos como en desarrollo, está en torno al billón de dólares estadounidenses. En este informe se indica que los ingresos nacionales de los países que combaten la corrupción y mejoran el imperio de la ley, sean ya países ricos o se hallen en desarrollo, pueden aumentar hasta cuatro veces a largo plazo, es el denominado “dividendo del 400 % de gobernabilidad”, además de poder disminuir, hasta en un 75% la mortalidad infantil, en los países en desarrollo.

⁷⁰ Estima YEOH, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 270, que cuando una organización se benefició indirectamente de un soborno (por haberse, por ejemplo, generado dividendos) será poco probable y no será prueba suficiente para generar responsabilidad penal.

ámbito procesal al haberse resistido el Parlamento británico, en el proceso de su aprobación, a las presiones existentes tendentes a que se condicionara la persecución de estos delitos a la aprobación por parte del Fiscal General, de tal manera que se mantuvo que el control de la aplicación de la Ley quedara en manos del Director de la Oficina Antifraude⁷¹. Sin duda, antecedentes como el que supusieron el Caso BAE tuvieron peso en la adopción de esta y otras disposiciones de la nueva Ley⁷².

No obstante, los tribunales se quejan de la arrogación de funciones judiciales por parte de la Oficina Antifraude cuando lleva a cabo pactos –millonarios– en casos que debieran ser objeto de procesos penales, pero que la Oficina entiende que de esta manera se alcanza una solución más satisfactoria, rápida y rentable para los intereses públicos⁷³. Tampoco existía en Reino Unido un régimen formal de negociación de los cargos penales como el de los Estados Unidos de Norteamérica, el cual, sin embargo ha entrado en vigor en febrero de 2014⁷⁴.

8. En cuanto a las causas procesales de exclusión de la responsabilidad penal (las denominadas *defences*), la relativa a la seguridad nacional, establecida en el artículo 13 del *Bribery Act*, la cual evitaría la persecución-punición de los sobornos, no se extienda al soborno en el extranjero; por lo que indirectamente la ley tiene un efecto de revulsivo en la lucha contra la corrupción en países extranjeros, sobre todo, en las economías emergentes o en desarrollo.

⁷¹ BONNEAU, *Columbian Journal of Transnational Law*, n. 365 2010-2011, p. 400.

⁷² En este caso el Fiscal General del Reino, a instancias del Gobierno británico, debido a las presiones ejercidas por el gobierno saudí, paralizó las investigaciones que la Oficina Antifraude del Reino Unido (SFO) estaba realizando sobre la empresa británica *BAE Systems -British Aerospace-* en el año 2006. El SFO estaba investigando a dicha empresa acerca de un supuesto caso de sobornos que dicha entidad habría hecho a altos cargos saudíes para asegurarse el contrato de la venta de 72 cazas de combate *Eurofighter*. Ante el aluvión de críticas, el gobierno de Blair, tal como reconoció el propio Fiscal General, priorizó el interés general a la aplicación de la legislación vigente, interés general representado, según Blair, por sus buenas relaciones con Arabia Saudí, la lucha contra el terrorismo en Oriente Medio y la pérdida de puestos de trabajo.

⁷³ Sirva, como ejemplo, el siguiente extracto de la conferencia del Director de la SFO, *ALDERMAN*, “Speech”, 2011, www.TRACEinternational.com, pp. 4 y 5, el cual considera insatisfactoria la manera en la que el sistema de justicia penal británico se ocupa de las investigaciones y los enjuiciamientos internacionales, en particular en los que afectan a autoridades de diferentes países. No es ningún secreto que las soluciones que la SFO ha estado tratando de elaborar en este ámbito se han topado con las críticas de los jueces, a pesar de que han sido bien recibidos por los profesionales y la gente del mundo de los negocios.

⁷⁴ Así, GENTLE, “The Bribery Act 2010: Part 2: the corporate offence (Legislative Comment)”, *Criminal Law Review*, 2011, 2, p. 110; REID, “A comparison between UK Bribery Act and the FCPA”, en <http://www.shoosmiths.co.uk/client-resources/legal-updates/A-comparison-between-UK-Bribery-Act-and-the-FCPA-1543.aspx>. David Green, el nuevo Director de la SFO ha indicado que a diferencia de su predecesor, que estará menos dispuesto a hacer tratos con organizaciones en las que se descubren casos de soborno. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido, ha dicho que está a favor de los acuerdos de enjuiciamiento aplazado (*deferred prosecution agreements*) al estilo estadounidense (*plea bargaining*). De esta manera, si una organización admite la infracción y paga una multa consigue que no se abra el proceso penal que se pospuso, lo que permite, además, que la empresa no salga de las listas de licitación pública (*Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, Crime and Courts Act 2013*, <http://www.sfo.gov.uk/about-us/our-policies-and-publications/deferred-prosecution-agreements-code-of-practice-and-consultation-response.aspx>).

La fijación de la suficiencia o adecuación de los programas de cumplimiento antisoborno que establezcan las empresas para eximirse de responsabilidad penal generan para las mismas dosis significativas de inseguridad, ya que aquella queda condicionada a un cálculo de probabilidades a determinar por los Tribunales.

Por otro lado, la Ley y a Guía parecen olvidarse de las defensas “individuales” frente al reconocimiento que se hace de la defensa corporativa, recogida del artículo 7.2. En efecto, en ciertos casos pueden concurrir causas de emergencia médica o de seguridad para pagar sobornos por parte de los empleados o intermediarios desplazados en el extranjero⁷⁵ y estas no están previstas en la Ley, si bien se puede acudir a las defensas recogidas en el Derecho común. En todo caso, estas deben ser objeto de fiscalización por auditores de cuentas, abogados de empresa o los agentes de los programas de cumplimiento se aseguren de que los pagos realizados lo son en virtud de estas causas para así evitar potenciales abusos⁷⁶. Además, la Fiscalía tomaría en consideración la cuantía involucrada, las alternativas disponibles para el pagador, la correspondencia entre los pagos aislados y en serie con las amenazas de extorsión, así como la posibilidad de pago nominal⁷⁷.

9. Por último, habría que destacar como efecto colateral de esta normativa, que al centrarse tanto el *Bribery Act*, como la Guía que la desarrolla, en las conductas de soborno, esto se está traduciendo en que se desatiendan, en el seno de las empresas, otros compromisos de igual o superior importancia, como los relacionados, por ejemplo, con los derechos humanos, tal sería el caso de la lucha contra la trata de seres humanos desde los programas de cumplimiento (trabajos forzados de adultos o explotación laboral infantil)⁷⁸.

⁷⁵ YEOH, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 271.

⁷⁶ TRACE, www.TRACEinternational.com, 2009, p. 13.

⁷⁷ YEOH, *Journal of Financial Regulation & Compliance*, 2012. V. 20, p. 272.

⁷⁸ En este sentido, RÜHMKORF, *The Promotion...op. cit.*, 2013, p. 155 y ss., tras analizar los programas de cumplimiento de tres empresas (Rio Tinto, Unilever y GlaxoSmithKline), llega a la conclusión de que los términos del lenguaje utilizado en la parte relativa a los sobornos son especialmente contundentes y estrictos, atribuyendo tal característica a la influencia ejercida por el *Bribery Act*, 2010 y, más concretamente, a la previsión del delito corporativo aquí estudiado. Además, estos programas, o lo que es lo mismo, las disposiciones legales nacionales, parecen tener un impacto en la articulación de los RSE a en las cadenas de suministro. Sin embargo, a diferencia de los sobornos, en el caso de que se infrinjan los programas de cumplimiento en lo relativo al uso mano de obra infantil o trabajos forzados, y a pesar de los términos estrictos de las cláusulas que los prohíben, al no privar al comprador de la finalidad del contrato, con independencia del daño en su reputación, el comprador adquiriría un derecho a la indemnización en caso de incumplimiento de aquellas cláusulas a diferencia de los supuestos de sobornos. En la práctica comercial es probable que la empresa occidental no firme nuevos contratos de suministro con dicho proveedor, después de tal infracción, pero, desgraciadamente, poco más. En el mismo sentido, considerando que las políticas de las corporaciones no deberían centrarse simplemente en el cumplimiento de la FCPA o el *Bribery Act*, sino que el enfoque debe ampliarse para comprender qué políticas son necesarias para garantizar que la corrupción no impida la capacidad de la empresa de respetar los derechos humanos, BISHARA/HESS, “Human Rights and a corporation's Duty to Combat Corruption”, *Michigal Ross School of Business, Working Paper*, No. 1226, October 2013, <http://deepblue.lib.umich.edu/handle/2027.42/106394>, p. 26