

**LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN  
LAS TRANSACCIONES COMERCIALES  
INTERNACIONALES**

**FIGHT AGAINST CORRUPTION  
IN INTERNATIONAL BUSINESS  
TRANSACTIONS**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA  
Y RELACIONES CON LAS CORTES

**U E 23**

PRESIDENCIA ESPAÑOLA  
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Citación recomendada: Lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales = Fight against corruption in international business transactions. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2023.

EDITA: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Secretaría General Técnica.

NIPO: 051-23-030-7

Centro de Publicaciones:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/documentacion-publicaciones/publicaciones>

Publicación incluida en el Programa editorial del Ministerio de Justicia de 2023 y editada por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de acuerdo con la reestructuración ministerial establecida por el Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre.

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado:

<https://cpage.mpr.gob.es>

MAQUETA: trececho edición, S. L.

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN  
LAS TRANSACCIONES COMERCIALES  
INTERNACIONALES

FIGHT AGAINST CORRUPTION  
IN INTERNATIONAL BUSINESS  
TRANSACTIONS



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA  
Y RELACIONES CON LAS CORTES

Madrid, 2023

Lucha contra la corrupción en  
las transacciones comerciales  
internacionales

La lucha contra la corrupción se ha convertido en una prioridad a nivel internacional en la que, cada vez de una manera más firme y comprehensiva, los países adoptan medidas de carácter regulatorio, pero también de divulgación y concienciación, para atajar un fenómeno que distorsiona las operaciones comerciales y tiene consecuencias directas en nuestras sociedades.

España no ha sido ajena a casos de corrupción, pero, al igual que este hecho debe ponerse de manifiesto, también debe resaltarse que, actualmente, nos hemos dotado de un marco jurídico integral en el que medidas de carácter represivo se combinan con medidas de fomento de la cultura de la integridad, en los ámbitos público y privado, y de rendición de cuentas.

El Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (en adelante, el Convenio), adoptado en 1997 y que entró en vigor en nuestro país en el año 2000, continúa, aún hoy, siendo un referente entre los instrumentos de carácter jurídico que, a nivel internacional y con atención a sus diversas facetas, tienen como objetivo principal combatir la corrupción y evitar sus nefastas consecuencias. La entrada en vigor de este Convenio, incluidas las diversas medidas instauradas en el mismo para garantizar su cumplimiento por los Estados parte, entre las que destacan las revisiones *inter pares* de carácter periódico, han impulsado en España diversas reformas legislativas de nuestro marco penal, que actualmente se configura como una réplica, casi literal, de las disposiciones del Convenio.

Estos avances en el marco represivo han venido acompañados por distintas medidas de fomento de la denominada cultura de cumplimiento, o *compliance*, que, sobre la base última del refuerzo de la integridad corporativa y la ética pública y privada, impulsa la rendición de cuentas, castigando la ausencia de controles que la permitan y premiando el establecimiento de estructuras internas que garanticen un adecuado control del proceso de toma de decisiones que permita detectar conductas de carácter ilícito.

No puedo dejar de mencionar aquí a la Fiscalía Especial Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, todo un referente dentro y fuera de España en la lucha contra la corrupción. Es destacable que la Fiscalía Anticorrupción cuenta hoy con una estructura asentada y un personal especializado —incluyendo asimismo unidades adscritas de las fuerzas y cuerpos de seguridad, la Agencia

Tributaria y la Intervención General del Estado—, ejemplo de un compromiso firme y decidido de combatir la corrupción.

Con esta publicación, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes continúa con el esfuerzo divulgativo, dando a conocer los textos normativos más relevantes en el ámbito de la lucha contra la corrupción, tomando como base el Convenio de la OCDE y desde el convencimiento de la importancia de las medidas de fomento y divulgación en este ámbito. Como novedad, incluye la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*David Vilas Álvarez*  
Director general de Cooperación Jurídica Internacional

## Índice

### **Parte I. La lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El papel de la OCDE y su regulación normativa en España**

1. Breve introducción a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).....	8
2. La OCDE y la lucha contra la corrupción. Las claves del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción.....	9
3. Medidas de carácter preventivo.....	11
4. España y el Convenio de la OCDE .....	13

### **Parte II. Textos legales de la OCDE**

1. Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.....	68
2. Comentarios al Convenio .....	75
3. Recomendación del Consejo de la OCDE para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Guía de buenas prácticas (anexos I y II).....	83
4. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.....	117

## PARTE I

### LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. EL PAPEL DE LA OCDE Y SU REGULACIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA

#### 1. Breve introducción a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sustituyó en 1960 a la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica), creada en 1948 inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo principal de administrar los fondos del Plan Marshall.

La OCDE es un **instrumento multilateral** que tiene como objetivo promover el máximo crecimiento económico entre sus miembros y la mayor apertura al comercio y a las inversiones internacionales. En este sentido, se configura como un foro en el que sus miembros tienen la oportunidad de identificar las mejores prácticas en el ámbito de la implementación de políticas públicas y donde el **intercambio de información y de experiencias** sirve de base para construir mejores decisiones públicas en el ámbito nacional e internacional.

Se trata de una organización principalmente de **carácter económico**, que agrupa a 38 países<sup>1</sup> en un foro único para discutir, desarrollar y perfeccionar sus políticas económicas y sociales. Sus miembros —que representan dos terceras partes de la totalidad de los bienes y servicios a nivel internacional— comparten cierto grado de homogeneidad en lo relativo a los principios de política económica, de democracia plural y de respeto a los derechos humanos.

La colaboración entre gobiernos, responsables de políticas públicas y ciudadanos, conforma el núcleo central del funcionamiento de la OCDE, con el objetivo de identificar estándares internacionales y proporcionar respuesta a problemas sociales, económicos y medioambientales sobre la base del análisis de datos empíricos y el intercambio de experiencias y buenas prácticas.

Áreas como el fomento de sistemas educativos eficaces, la adopción de medidas contra el fraude y la evasión fiscal, la buena gobernanza corporativa o

---

1 Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. Desde enero de 2022, tienen la condición de países candidatos a la OCDE Argentina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Perú y Rumanía.



la lucha contra la corrupción son claves en la actividad desarrollada por la OCDE.

## **2. La OCDE y la lucha contra la corrupción. Las claves del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción**

El aumento de las actividades económicas transfronterizas también ha supuesto el incremento de los efectos nocivos colaterales relacionados con la corrupción. La penalización de las prácticas corruptas deviene esencial para garantizar que las actividades comerciales internacionales se desarrollen con las mayores garantías de seguridad jurídica incluyendo, por lo tanto, no solo la prohibición, sino la sanción efectiva de prácticas ilícitas que afecten al buen funcionamiento del mercado y distorsionen las reglas de la competencia.

La corrupción en las operaciones comerciales implica un sinnúmero de consecuencias negativas, siendo la más inmediata la distorsión de los precios y las condiciones del mercado, pero tiene también implicaciones a largo plazo, ya que afecta a la confianza en las instituciones públicas, desincentiva la inversión, aumenta la incertidumbre en la realización de transacciones económicas internacionales, incrementa los costes de operación de las empresas y, en definitiva, afecta al desarrollo económico sostenible de los países y las empresas.

A pesar de que inicialmente la corrupción se consideró como un fenómeno nacional, la proliferación de actividades comerciales a nivel internacional supuso que se tomara conciencia de la necesidad de adoptar respuestas globales y comenzaron así los esfuerzos multilaterales para combatir la corrupción. En la actualidad, las implicaciones de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales son reconocidas de forma generalizada por empresas y gobiernos.

Una de las principales contribuciones internacionales para combatir la corrupción desde una perspectiva multilateral y comprehensiva de sus diversas facetas provino de la OCDE, a través del **Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997**.

Dicho Convenio, junto con la recomendación que lo complementa, cuya versión inicial data de 2009 y que fue revisada en 2021, así como la recomendación sobre medidas fiscales para la lucha contra el cohecho internacional de 2009, la recomendación sobre cohecho y créditos a la exportación de 2006 y la recomendación relativa a la gestión de los riesgos de corrupción de los actores relevantes de la ayuda al desarrollo de 2016, constituyen en la actualidad todo un marco jurídico que pretende abordar la lucha contra la corrupción en el ámbito comercial internacional desde diferentes perspectivas.

El Convenio entró en vigor en 1999 y su objetivo principal de combatir prácticas corruptas en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales se ha traducido en la adopción por parte de los Estados parte de las modificaciones legales necesarias para garantizar una adecuada respuesta penal a los actos de cohecho a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus nacionales, con el fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Todo ello, desde una configuración amplia de la calificación de acto de cohecho, la definición de funcionario público extranjero o incluso del beneficio obtenido.

En la actualidad, un total de 44 países (los miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Perú, Rusia<sup>2</sup> y Sudáfrica), han adaptado su legislación y ratificado el Convenio. La supervisión de la aplicación y el cumplimiento del Convenio corresponde al Grupo de Trabajo sobre Cohecho Internacional (*Working Group on Bribery*), compuesto por representantes de los Estados parte y que se reúne periódicamente.

El Convenio tiene como **objetivo principal** penalizar a las empresas y a las personas que, en sus transacciones económicas internacionales, prometan o den gratificaciones u otros beneficios a agentes públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus negocios. Así, el Convenio estipula obligaciones en cuatro aspectos:

- Penal.
- Contable y financiero.
- Asistencia legal mutua.
- Blanqueo de dinero.

En el primero de ellos, el Convenio establece la obligación de definir como **delito** y castigar el cohecho realizado para la obtención o conservación de un contrato internacional. Cabe señalar que este instrumento también sanciona la complicidad.

En el **ámbito contable**, establece una serie de recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de gastos en los registros contables. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio exige a los Estados parte adoptar las medidas necesarias para establecer sanciones de carácter civil, administrativo y penal por concepto de omisiones, alteración, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros, con el propósito de sobornar a funcionarios extranjeros u ocultar el cohecho.

---

<sup>2</sup> A la fecha de elaboración de este documento, y desde marzo de 2022, la participación de la Federación Rusa en la OCDE se encuentra suspendida.

El Convenio también señala que detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales implicaría la aplicación de la normativa en materia de **blanqueo de capitales**. En este sentido, cabe destacar que, hasta antes de la aprobación del Convenio, los pagos extraoficiales a funcionarios extranjeros en bancos del exterior no eran considerados como blanqueo de capitales y estaban protegidos por la normativa bancaria. Con la entrada en vigor del Convenio se busca dificultar que los infractores disfruten de sus ganancias indebidas en otros países, ya que los pagos de soborno pueden ser confiscados.

Finalmente, dado que frecuentemente se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los Estados parte a proporcionar el apoyo legal necesario y a **compartir información** relevante de manera oportuna, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

Como se ha indicado, la supervisión del control del cumplimiento de las disposiciones del Convenio se realiza a través de un Grupo de Trabajo en el que participan todos los Estados parte. Los principales instrumentos con los que cuenta dicho grupo para realizar su labor de supervisión son: i) la información que los países deben aportar de forma regular sobre sus actividades de investigación y sanción del delito de cohecho internacional en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo información sobre los casos detectados; ii) las evaluaciones periódicas por los pares (*peer review*) a las que se someten los Estados participantes. El resultado de estas evaluaciones —informes de evaluación que son públicos— identifica recomendaciones a los países, cuyo cumplimiento es objeto de seguimiento periódico, y que habitualmente implica la adopción de desarrollos normativos para adoptar la legislación nacional a las disposiciones del Convenio.

### 3. Medidas de carácter preventivo

Como se ha indicado, la preservación de la libre concurrencia y la competencia equitativa en las transacciones económicas internacionales se encuentran entre las finalidades últimas del Convenio de la OCDE. Es por ello que las consecuencias para las empresas que participen en actividades comerciales en cuyo marco se detecten supuestos de corrupción internacional son significativas. En este sentido, la OCDE recomienda imponer las siguientes sanciones:

- la exclusión del derecho a gozar de ayuda o beneficios públicos,
- la descalificación temporal o permanente para participar en compras gubernamentales o para desempeñar otras actividades comerciales,
- la puesta bajo supervisión judicial y
- la orden judicial de liquidación.

Así pues, si algún representante de una empresa ofrece, promete o efectúa un pago indebido u otra ventaja a un funcionario público extranjero con el propósito de obtener un beneficio económico o cualquiera otra ventaja indebida en la realización de transacciones económicas internacionales, la empresa corre el peligro de quedar al margen de cualquier negocio/contrato oficial/gubernamental o, incluso, de ser liquidada por una orden judicial.

En este sentido, cabe señalar que existen diversos mecanismos de prevención de la comisión de dicho tipo de delitos; unos mecanismos que, en la actualidad, son comunes en empresas en las que la buena gobernanza corporativa, y su directa relación con la imagen empresarial y, por lo tanto, la confianza con la que cuenta la compañía en sus actividades comerciales se ha convertido en un valor empresarial de significativa importancia.

Por señalar algunos, podrían destacarse los siguientes mecanismos de prevención:

- **Revisión de los factores de riesgo.** El escenario en el que se realizan las transacciones económicas internacionales es uno de los más dinámicos que existen. Estos cambios obligan a las empresas a evaluar y revisar constantemente las áreas de actividad que, por su naturaleza, son más vulnerables al tipo de delitos que tipifica el Convenio. Las empresas deben considerar si sus políticas y procedimientos son adecuados para enfrentar estos riesgos.
- **Actividades de divulgación y formación** al personal sobre protocolos de actuación en caso de conocer o estar involucrados en casos de cohecho en el marco de transacciones comerciales internacionales. El conocimiento de la incidencia penal de las conductas que puedan considerarse casos de cohecho internacional facilitaría que los implicados informasen sobre estos casos y buscasen la asesoría necesaria para afrontarlos.
- **Programas de integridad.** Los programas de integridad deben elaborarse atendiendo a las características concretas de las empresas y contar con el apoyo y compromiso total de su equipo directivo. La existencia de códigos de conducta o éticos, de los que sean conocedores todos los trabajadores de la empresa, permite conocer los límites no solo éticos, sino también legales aplicables a su actividad. Estos programas deben contar con estructuras claras que permitan un adecuado seguimiento y control de su cumplimiento, así como mecanismos sancionadores eficaces para los casos de incumplimiento.
- **Controles contables internos.** La auditoría y revisión de los sistemas de control interno es esencial para detectar oportunamente conductas irregulares o imprecisas. Las empresas deben contar con políticas contables claras y precisas que prohíban la doble contabilidad o la identifica-

ción inadecuada de transacciones. Asimismo, deben controlar que sus estados de cuenta no tengan entradas contables ambiguas o engañosas que puedan significar pagos ilegales hechos a nombre de la empresa.

#### **4. España y el Convenio de la OCDE**

Consecuencia de la sucesiva aplicación de las recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo de Cohecho Internacional de la OCDE, España ha ido modificando su legislación penal hasta el vigente **artículo 286 ter del Código Penal**, coincidente prácticamente con la literalidad del Convenio. Asimismo, se prevé un tipo agravado en el *286 quater* y se trata de uno de los delitos por los que también son responsables las personas jurídicas.

##### **Artículo 286 ter**

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

##### **Artículo 286 quater**

Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

En relación con el concepto de **funcionario público**, los preceptos aplicables disponen lo siguiente:

#### **Artículo 24**

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

#### **Artículo 427**

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.
- d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

En lo que respecta a las **personas jurídicas**, el artículo 288 especifica las penas que serían de aplicación.

### **Artículo 288**

En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: [...]

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 *quater* y 286 bis al 286 *quater*:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. [...].

De igual forma, cabe destacar que los artículos 31 bis, *ter*, *quater* y *quinquies* son de gran importancia en la delimitación de la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, al identificar con detalle el concepto del «debido control», que necesariamente llevará a las empresas a adoptar medidas de vigilancia y control, idóneas para prevenir los delitos y, por tanto, la corrupción.

### **Artículo 31 bis**

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.



4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

### **Artículo 31 ter**

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

### **Artículo 31 *quater***

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

### **Artículo 31 *quinquies***

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Respecto al alcance de estos preceptos, es destacable la interpretación que se recoge en la Circular 1/2016 adoptada por la Fiscalía General del Estado.

## **CIRCULAR 1/2016, DE 22 DE ENERO, SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015**

### **1. Consideraciones preliminares**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fruto tanto del incesante proceso de armonización internacional del Derecho Penal como de la sentida necesidad de dar una respuesta más eficaz al avance de la criminalidad empresarial, fundamentalmente en el marco de la delincuencia económica.

Tal incorporación se hizo mediante una detallada regulación establecida primordialmente en el art. 31 bis del Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los arts. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales. Quizá por ello, escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del art. 31 bis, reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos artículos, 31 ter, 31 *quater* y 31 *quinquies* que, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, reproducen el contenido de los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del art. 31 bis original.

El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal» y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». De acuerdo con esta parca explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

El Legislador vincula también la reforma a la asunción de «ciertas recomendaciones», que no concreta, de «algunas organizaciones internacionales», que tampoco nombra. Se refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Al margen de tales recomendaciones, en el período transcurrido entre las publicaciones de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, ninguna exigencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma, como tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea, pese a la similar invocación que contenía el Preámbulo de la LO 5/2010. Entonces y ahora eran factibles otras opciones, como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales de naturaleza diferente a las penas.

Con independencia de cuál haya sido la *mens legislatoris*, la importancia de las modificaciones introducidas en el art. 31 bis y las dudas que suscitan, de manera especial la incorporación de una completa regulación de los «modelos de organización y gestión» cuya observancia permite exonerar la responsabilidad penal de la persona jurídica, exige de la Fiscalía General del Estado interpretar el alcance de la normativa que finalmente ha quedado plasmada en el Código Penal y calibrar la vigencia de la Circular 1/2011, máxime cuando tan relevante reforma, incorporada al Anteproyecto de Ley Orgánica, de 27 de junio de 2013, no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial.

## **2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal**

### **2.1. Los títulos de imputación de la persona jurídica**

El núcleo de la reforma se centra en la nueva redacción dada al art. 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero mantiene los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, ahora mejor enunciados en dos párrafos identificados con las letras a) y b) en los que se introducen algunas modificaciones concernientes a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control debe «haberse incumplido gravemente» (letra b) y la sustitución del término «en provecho» por «en beneficio directo o indirecto» (letras a y b). Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de

responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior art. 31 bis, que se traslada ahora a los nuevos arts. 31 ter, 31 *quater* y 31 *quinquies*.

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se detallan en el núm. 1 del art. 31 bis:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, «En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial» mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica, entendiéndose que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión, pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina «culpabilidad por defecto de organización». Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

Aunque la Sala Segunda «todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos» (STS n.º 514/2015, de 2 de septiembre), a la referida conclusión ya había llegado la Circular 1/2011 al analizar el primitivo art. 31 bis, frente a un sector doctrinal que, siguiendo la interpretación que daba el propio Preámbulo de la LO 5/2010, mantenía que este precepto consagraba un modelo mixto de la responsabilidad por transferencia y de la culpabilidad autónoma de la empresa.

Conforme a esta última posición, la letra a) del apartado primero del art. 31 bis sí consagraría la responsabilidad por transferencia o vicarial, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para comprometer a la persona jurídica. Por el contrario, la letra b) responsabilizaría a la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las anteriormente mencionadas personas físicas, pudieron realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Tal «debido control» remitiría, en esta exégesis, a la propia persona jurídica deficientemente organizada, acogiendo así las tesis sobre la culpabilidad de la empresa. La LO 1/2015, con la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo, habría venido precisamente a reforzar esta posición.

Esta sugestiva interpretación no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas

jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos cometidos» por personas físicas. La propia condición 3.<sup>a</sup> del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los «autores individuales» los que «han cometido el delito» y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que «cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas». Del mismo modo, la expresión «responsabilidad penal» es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros.

Podrá objetarse que todo modelo de responsabilidad de la persona jurídica está condicionado a la previa comisión de un delito por una persona física, desde el momento en que, evidentemente, las personas jurídicas necesitan de personas físicas para actuar. Sin embargo, más allá de que no pueda prescindirse por completo del «factor humano», el modelo vicarial implica algo más frente al modelo autónomo: que ese delito de la persona física sea la referencia de la imputación de la persona jurídica. Si la letra b) del apartado primero del art. 31 bis estableciera que el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control de la persona jurídica, indebidamente organizada, sí podría haberse construido un sistema de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, o mixto, al agregarse al del apartado anterior que, este sin duda alguna, establece un modelo de responsabilidad vicarial. Pero en la letra b) no se dice eso.

En este sentido, la reforma de 2015 ha venido incluso a desterrar una posible interpretación en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa. El art. 31 bis original se refería, empleando la forma reflexiva, a «no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control», lo que permitía aventurar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. En cambio, la redacción del vigente art. 31 bis —«haberse incumplido por aquéllos»— remite necesariamente a las personas físicas de la letra a). En realidad, la construcción no es del todo correcta gramaticalmente pues el pronombre «aquéllos» no concuerda en género con «las personas físicas mencionadas en el artículo anterior» pero sin duda se refiere a «aquellos [...] autorizados para tomar decisiones» de la letra anterior. De haber pretendido referir el control a las

personas jurídicas indudablemente se habría utilizado el pronombre en femenino, como ya sugirió el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto y reiteró el grupo parlamentario de UPyD en su enmienda 519 al Proyecto.

Esta interpretación es, por otra parte, plenamente conforme con el tenor literal de las correspondientes Decisiones Marco y Directivas que sectorialmente regulan las materias para las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas y que invariablemente se refieren a que estas puedan ser consideradas responsables «cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 [aquellas con “un poder de representación de dicha persona jurídica”] haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas...» (vgr., el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; el art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información o el art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación).

No obstante reconocer en el art. 31 bis 1.º un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, existen también en los siguientes apartados de este precepto y en los arts. 31 ter y 31 *quater* importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, entre los que podemos destacar los siguientes:

- Si bien «la irrelevancia penal del hecho de referencia [conduce] a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad» (STS n.º 514/2015), la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física. Ni siquiera es necesario que el delito llegue a consumarse pues la expresión «delitos cometidos» permite incluir, además de las diferentes formas de autoría y participación, el delito intentado.
- La no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 ter.1).
- Las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. Cabe exigir plena responsabilidad a esta pese a la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, haya este fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter.2). La alusión a la culpabilidad deberá interpretarse en sentido amplio, excluyendo de la incommunicabilidad solo las causas de justificación, pues si



el hecho es ajustado a derecho, no habrá responsabilidad ni para la persona física ni para la jurídica.

- La persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (arts. 31 *quater* y 66 bis), si bien respecto a la pena de multa el art. 31 *ter* vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de compensación de ambas responsabilidades.
- Finalmente, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización, que merecen un estudio más detenido.

Todo estos elementos matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas.

No es esta una controversia meramente especulativa o doctrinal, sino que tiene un indudable alcance práctico. Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento —que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización— representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles.

Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación. En este entendimiento, los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación (letra a), como indicaba la Circular 1/2011. Pero será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito, cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante al analizar los programas de organización y gestión.

Debe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el

defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el art. 5 del Código Penal, pues «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal» (STS n.º 14/2015, cit.).

## 2.2. Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal

La reforma del art. 31 bis no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código. Tras la reforma, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe al siguiente catálogo de delitos del Código Penal, al que hay que añadir el delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011:

<b>Delitos</b>	<b>Artículos CP</b>
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 <i>quinquies</i>
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 <i>quater</i>
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Con respecto al catálogo previo a la reforma, se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) a los que se añaden los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art. 386), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis sino el del art. 129. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510, con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los «dos artículos anteriores» en lugar de al «artículo anterior»).

El régimen del art. 129 CP se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

<b>Delitos</b>	<b>Artículos CP</b>
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 <i>quater</i>

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas. Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis.

Las razones del difícil encaje de esta doble vía sancionadora para personas jurídicas y entes colectivos no dotados de personalidad jurídica hay que buscarlas, más que en puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen, en la irrelevancia de la propia distinción, hoy superada por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales y por otros criterios de imputación más relevantes, como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo. La aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTE, que no tienen personalidad jurídica, quedaran fuera del marco represivo de la persona jurídica.

En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera

se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo, de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad.

### **2.3. Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1**

El art. 31 bis continúa sin facilitar una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco lo hace ningún otro precepto del Código Penal, lo que exige acudir a las previsiones de la normativa civil y mercantil, en los términos que ya analizaba la Circular 1/2011 (II.1). El precepto sí introduce en la letra a) del apartado primero una significativa modificación en la definición de las personas físicas idóneas para que la persona jurídica responda penalmente, consistente en la sustitución de los «administradores de hecho o de derecho» por «aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Cabe preguntarse por las razones de este cambio que, en una primera lectura, parece una simple mejora técnica. El Preámbulo no explica los motivos de la nueva redacción. En realidad, es discutible que el nuevo texto mejore el anterior pues, en contraposición a la nueva y compleja redacción, administrador de derecho y administrador de hecho eran términos ya consolidados en la legislación penal y mercantil y su alcance había sido reiteradamente interpretado por la Sala Segunda, particularmente en el ámbito de los delitos societarios.

La modificación, no obstante, sí tiene cierto calado, pues produce una ampliación del círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica en el primer nivel del art. 31 bis.1, que queda así integrado por los tres siguientes grupos de personas físicas:

#### a) Los «representantes legales»

Se trata de un concepto ajeno a la legislación mercantil, que se refiere a la representación orgánica y a la voluntaria. En las sociedades de capital, la representación orgánica de la sociedad corresponde exclusivamente a los administradores y se extiende a todos los actos comprendidos en su objeto social (arts. 209, 233 y 234 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* –LSC–). La

representación voluntaria no se regula en dicho texto, sometiéndose a las reglas generales de esta representación en nuestro ordenamiento. Por eso, aunque propiamente no cabe la delegación orgánica, nada impide el recurso a la representación voluntaria, mediante el nombramiento de apoderados singulares, con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o generales, como gerentes o directores generales.

Aunque para determinados efectos, «los directivos o las personas con poder de representación de la sociedad» se consideran administradores (art. 157 LSC), con carácter general resulta dudoso que tales representantes voluntarios puedan ser considerados «representantes legales» mas, en todo caso, accederían al apartado siguiente como «autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica».

b) Quienes «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica».

Con mejor redacción, se retoma la versión del Anteproyecto de 23 de julio de 2009 que, junto a los representantes y administradores de hecho o de derecho, incluía a «los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica». Comprende, desde luego, a los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (art. 214.1 LSC). Debe tenerse en cuenta que administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, pero en este caso, «será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo» (art. 212 bis LSC).

No aparecen claramente incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato, pues «[...] no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección» (STS n.º 59/2007 de 26 de enero), de tal modo que lo será «toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra» (STS n.º 598/2012, de 5 de julio). En todo caso, el administrador de hecho nunca puede ser un mando intermedio, pues imparte las instrucciones, incluso a los administradores de la sociedad (art. 236.3 LSC), no las recibe ya que «debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión» (STS n.º 59/2007).

Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los «autorizados para tomar decisiones», no en el de quienes «ostentan facultades de organización y control». Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que la autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

La vigente redacción permite incluir también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.

#### c) Quienes «ostentan facultades de organización y control»

La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir en la letra a) del art. 31 bis.1 al propio oficial de cumplimiento (*compliance officer*).

### 2.4. El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y «en su provecho». Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo. La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.

Más problemático resultaba precisar si el provecho debía ser de naturaleza económica o podía serlo de otra índole. La diversidad de acepciones de la locución y el silencio del Legislador de 2010 permitían ambas interpretaciones, algo sobre lo que ya advirtieron el CGPJ y el Consejo de Estado en sus correspondientes dictámenes. La Circular 1/2011, apoyándose en el art. 52.4, se pronunció claramente por considerar «que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumplía las exigencias del actuar *en provecho*, por difícil que

pueda resultar su traducción a euros». No obstante, y aun cuando esta solución era mayoritariamente seguida por la doctrina, también cabía la interpretación restrictiva, lo que no resultaba conforme con los objetivos perseguidos al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Haciéndose eco de estas dudas, la OCDE, en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, alertaba de que la persona jurídica pudiera eludir su responsabilidad penal en los casos de obtención de un beneficio indirecto, como podía ser una ventaja competitiva.

La sustitución en la LO 1/2015 del término «provecho» por el de «beneficio directo o indirecto» despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

La nueva expresión legal «en beneficio directo o indirecto» mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida «en provecho», como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. Piénsese que, de ordinario, la persona física actuará motivada por el deseo de obtener un beneficio personal y no tanto, o en absoluto, con el ánimo de beneficiar a la sociedad. Valga el ejemplo del portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes.

Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.

La exigencia de «beneficio directo o indirecto» establecida en el art. 31 bis CP contrasta con el régimen del art. 129 CP pues este precepto solo requiere que el delito objeto de la condena haya sido cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de» la correspondiente entidad carente de

personalidad jurídica, sin que se contemple en este caso que el delito se cometa por cuenta y en beneficio de una organización. Ahora bien, la naturaleza claramente punitiva de estas consecuencias accesorias —una vez desaparecida con la LO 5/2010 la referencia a su orientación preventiva—, su carácter potestativo y la necesidad de motivación, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, exigirá una especial prudencia en su aplicación para evitar una inadmisibile responsabilidad objetiva.

La posibilidad de admitir la comisión culposa en el delito de la persona física queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva. Ha de reconocerse que tal posibilidad resulta, en principio, problemática, por la difícil compatibilidad de la fórmula «en beneficio directo o indirecto» con la estructura del delito imprudente, aun descartando que con ella se defina un elemento subjetivo. Por otra parte, las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados. Sin embargo, toda vez que el art. 31 bis no describe la conducta concreta de la persona física, es en los correspondientes preceptos de la Parte Especial donde se ha de examinar la previsión de su comisión culposa.

Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

Respecto de las insolvencias punibles, el art. 261 bis se remite a los «delitos comprendidos en este Capítulo», que incluye la modalidad culposa (art. 259.3). Lo mismo cabe decir del art. 328 y su remisión a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente del Capítulo III del Título XVI, cuya modalidad culposa se contempla en el art. 331. También el art. 576.5 extiende la responsabilidad de la persona jurídica a la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (art. 576.4). La cuarta previsión legal es más oscura



pues el art. 302.2 parece remitirse solo a los «casos» del art. 302.1, esto es, a las organizaciones dedicadas al blanqueo. Sin embargo, cabe interpretar que la remisión que el art. 302.2 hace a «tales casos» se extiende también a «los supuestos previstos en el artículo anterior», lo que abarcaría la modalidad imprudente de blanqueo, reconocida en el art. 301.3. Esta exégesis resulta conforme con las obligaciones administrativas que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de *prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* impone a los sujetos obligados personas jurídicas (art. 2.1) y que demandan su imputación cuando una persona física cometa un delito de blanqueo imprudente en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. Por otra parte, sería incoherente dar un tratamiento diferente al incumplimiento imprudente de los deberes de prevención del blanqueo y al de la financiación del terrorismo, sometidos al mismo régimen legal.

## **2.5. El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1**

La LO 1/2015 sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata por tanto de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no una culpabilidad por «defecto de organización» de la persona jurídica.

Bajo la anterior regulación, esta conclusión, que viene a definir el modelo de responsabilidad indirecta o vicarial de la persona jurídica suscitaba la objeción de que los representantes legales y administradores, dada su posición jerárquica en la empresa, no están en posición de ejercer un control real y efectivo sobre los subordinados. La ampliación de los sujetos responsables en la letra a), junto a la exigencia de que la deficiencia en el control sea grave, permite corregir este reparo, por otra parte solo predicable de las grandes empresas, con un gran número de mandos intermedios.

La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir

esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.

La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio «gravemente» permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima. Tales incumplimientos deberían ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil. En todo caso esta remisión a la normativa extrapenal es obligada desde el momento en que la exigencia de que la deficiencia en el control haya sido grave excede de las previsiones sectoriales que se contienen en todas las Decisiones Marco y, más recientemente, Directivas de la Unión Europea. En ellas se establece sistemáticamente la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista una «falta de supervisión o control», que nunca adjetiva como grave. Las sanciones no tienen que ser necesariamente penales, bastando con que sean «efectivas, proporcionales y disuasorias», pero, como atinadamente advierte el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, si las sanciones penales se limitan a los incumplimientos graves, los incumplimientos de menor entidad deberán ser castigados administrativamente para cubrir la totalidad del reproche que establece la normativa comunitaria.

Cabría pensar en otra alternativa al referido doble sistema sancionador, penal para incumplimientos graves y administrativo para el resto de incumplimientos. La brinda la regla 2.<sup>a</sup> del art. 66 bis CP que establece que «cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años». Toda vez que la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015.

Por lo tanto, para las infracciones menos graves de los deberes de control solo caben las sanciones administrativas. Sucede que tales sanciones complementarias de las penales solo están parcialmente reguladas en una normativa incompleta y dispersa que habrá de buscarse en las correspondientes leyes, generalmente mercantiles, que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica. Entre ellas, las relativas a los consumidores y usuarios, los mercados financieros, los mercados de valores o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Debe recordarse aquí que «si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal

comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional» (Instrucciones 10/2005 y 1/2009).

En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del «debido control» por «los deberes de supervisión, vigilancia y control», si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos «supervisión» y «vigilancia» a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). En todo caso, la nueva formulación es conforme con la normativa mercantil. Así, la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia «de un ordenado empresario» exigiéndoles adoptar «las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225). La supervisión es precisamente una de las facultades indelegables por el consejo de administración en relación con el «efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado» (art. 249 bis). Facultad indelegable que, en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a «la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control» (art. 529 ter, 1.b). Se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.

La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTS n.º 257/2009, de 30 de marzo y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS n.º 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que «no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo». Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas «actividades o actuaciones que

ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido», concluyendo la citada sentencia que «el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirla».

La nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente del control también pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado. La extensión de la expresión «delitos cometidos» permite esta doble posibilidad de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, lo que tiene cierta trascendencia a la hora de apreciar la exención de responsabilidad penal dado el diferente régimen de exención de los dos títulos de imputación. Si bien en estos casos el autor en sentido estricto será el subordinado (letra b), en tanto que la persona incluida en la letra a) tendría la consideración de mero partícipe del delito cometido por este, lo cierto es que la conducta del encargado del control aparece como la realmente determinante de la transferencia de responsabilidad a la entidad, ya sea de manera directa en el caso de la letra a) ya indirecta, pues sin su infracción grave la conducta delictiva del subordinado deviene irrelevante. Por ello, en estos casos de concurrencia los Sres. Fiscales dirigirán la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro.

En cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de control que se regulan inmediatamente a continuación, en el apartado 2 del

mismo art. 31 bis. Precisamente, al modelo de responsabilidad por transferencia o vicarial se le ha venido también reprochando que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le era exigible. Aunque esto no es del todo cierto, pues el contenido real del mandato de la persona física y las posibles extralimitaciones de ese mandato pueden ser objeto de valoración entre tales «circunstancias» y la persona jurídica puede defenderse en el proceso de manera independiente de los acusados personas físicas, lo cierto es que esta objeción desaparece del todo con el trascendental valor que la reforma atribuye a los programas de control.

Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4º CP. Dicha responsabilidad se encuentra «anclada en los principios de culpa “in vigilando” y culpa “in eligendo”, que se erigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a formas más objetivas encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de “qui sentit commodum, debet sentire incommodum”. [...]» (STS n.º 811/2014, de 3 de diciembre).

La responsabilidad civil subsidiaria queda igualmente como última vía reparadora en los casos en que la persona jurídica no sea responsable penalmente. En este sentido, la STS n.º 830/2014, de 28 de diciembre, recuerda que:

[...] ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de como hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad *penal* de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente *civil*, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado [...] y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta *in eligendo* o *in vigilando*, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria.

### 3. Personas jurídicas imputables e inimputables

Es una evidencia que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente

protagonismo en la delincuencia económica. Ello es especialmente predicable de las grandes empresas cuya capacidad real de dominio constituye una de las razones político-criminales por las que se ha extendido en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el punto de llegar a considerarse que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo.

Nace así la responsabilidad empresarial como complemento de la individual, nunca como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas. El Derecho Comunitario es muy preciso cuando en las diferentes Decisiones Marco y Directivas que introducen la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas expresamente establece que dicha responsabilidad «se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que pudieran emprenderse contra las personas físicas [...]». Se eliminan así lagunas punitivas y se evita que los dirigentes de la persona jurídica caigan en la natural tentación de transferir su responsabilidad a esta. En coherencia con estos principios, el art. 31 ter deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad.

Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable. Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades *pantalla* o *de fachada*, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide —se dice

en esta Circular— el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del *levantamiento del velo*.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de *medidas de agilización procesal*. Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e imputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo». Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2.ª del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

Otros supuestos en que procede la exclusiva imputación de la persona física eran advertidos por la Circular 1/2011. Se trata de aquellos en que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

El riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas, tanto en los casos apuntados en la Circular 1/2011 [que se identifican con el hecho de conexión del art. 31 bis 1.º a)] como cuando la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados se sustenta en la falta de control de sus responsables [art. 31 bis 1.º b)], que viene a confundirse con la propia falta de un sistema adecuado de control corporativo. Puede afirmarse que el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa, en coherencia con las apuntadas razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión esta que se analizará más adelante.

#### **4. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad**

El art. 31 *quinquies* se refiere a las personas jurídicas exceptuadas del régimen de responsabilidad penal e incorpora el contenido del apartado quinto del anterior art. 31 bis con algunas modificaciones:

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y



Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

La primera modificación del art. 31 bis procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal *en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, y fue aprovechada en su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. Aunque la exclusión del régimen de responsabilidad penal proclamada solo dos años antes podía justificarse en atención a las funciones que la Constitución les reconoce en sus arts. 6 y 7, también es cierto que las asociaciones empresariales son objeto en este segundo precepto de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se les hubiera declarado entonces exentas de responsabilidad penal. El Preámbulo de la LO 7/2012 explicó sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que «de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política».

Junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la disposición adicional séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, *sobre financiación de los partidos políticos*, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, *de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos*.

Con idéntico régimen de responsabilidad penal que cualquier sociedad mercantil, las singularidades de partidos políticos y sindicatos determinan, no obstante, que sus modelos de organización y gestión deban acomodarse a sus especiales características (participación ciudadana y democracia interna) y riesgos. En cuanto a estos, parece claro que los programas de prevención atenderán especialmente a las conductas de financiación ilegal.

Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a «adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas

contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal».

En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la LO 6/2002, de 27 de junio, de *Partidos Políticos* (modificado por LO 3/2015) que regula las causas de disolución del partido político, que alcanza a supuestos no contemplados en el Código Penal [letras b) y c) del apartado 2 del art. 10 de la LO], el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad y consecuente disolución en tales supuestos y los efectos de la disolución judicial. En cuanto a la suspensión judicial de un partido político, esta solo procederá en los supuestos previstos en el Código Penal, siendo posible acordar la suspensión como medida cautelar, tanto conforme a las disposiciones de la LECrim como conforme al art. 8 de la LO (art. 10.3).

El resto del contenido del anterior número 5 del art. 31 bis se conserva inalterado en el art. 31 quinquies.1 y por lo tanto mantiene sus imprecisiones terminológicas. Respecto del Estado, su inicial mención permitiría englobar a todas las Administraciones, como más sencillamente establece el Código Penal francés (art. 121-2), lo que haría innecesario el ulterior listado de órganos del sector público estatal. Sin embargo, el art. 31 *quinquies* se adentra en el frecuentemente inseguro terreno de las relaciones y lo hace con una terminología que no siempre se acomoda a las correspondientes clasificaciones administrativas, por otra parte cambiantes, que configuran el sector público, formado por tres sectores: el sector público administrativo, el sector público empresarial, y el sector público fundacional.

En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados «organismos reguladores») y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a «aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» permite incluir todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales, mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5.º, habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el ya citado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, mostraba su preocupación porque las sociedades estatales pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras *rescatadas* por el Estado a través del FROB, alertando de que «en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas

sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales» y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 *quinquies*, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las comunidades autónomas y las entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas «ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Si bien la ejecución y prestación de tales políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales (Ley 6/1997 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre), no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS n.º 277/2015, de 3 de junio).

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, *General Presupuestaria*). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de contratos del sector público* [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado.

En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al

mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial (Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06). Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, aunque una vez escogida por el Legislador la técnica del listado, hubiera sido muy oportuna su incorporación al mismo.

Lo dicho es extensible a las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, «por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística». Tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.

El último inciso del párrafo segundo establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. La norma exige que la sociedad se haya constituido *ad hoc* con tal objetivo, por

lo que la ilegalidad sobrevenida de la sociedad no será relevante. Esta excepción, que se extendía en el anterior art. 31 bis 5.º a todas las personas jurídicas públicas, queda restringida tras la reforma a las sociedades mercantiles públicas. Esta limitación en principio no producirá lagunas punitivas pues se trata de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el núm. 1 del art. 31 quinquies, a salvo, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

## **5. El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión**

El aspecto más novedoso de la reforma de 2015 es la completa regulación en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis de los programas de cumplimiento normativo o *compliance guides*, denominados modelos de organización y gestión:

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

## 5.1. Antecedentes y principios generales

En la primitiva regulación de 2010 no había más referencia a los programas de cumplimiento que la contemplada en la atenuante de la letra d) del art. 31 bis. 4: «[...] haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». La atenuante abría un interrogante sobre los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De la ausencia de la correspondiente eximente en el Código Penal podía colegirse que la previa adopción de un plan de prevención no excluía la responsabilidad penal de la persona jurídica, posición mantenida en la Circular 1/2011. Sin embargo, y en sentido contrario, el valor atenuante otorgado a los planes implantados tras la comisión del delito parecía demandar

para los que ya regían con anterioridad una mayor recompensa, abriéndose paso en un sector doctrinal la solución de apreciar la completa exención de responsabilidad penal. En definitiva, se trataba de una regulación incompleta que exigía dotar de contenido valorativo el «debido control» del párrafo segundo del art. 31 bis.1 para aclarar si este remitía a la persona jurídica o a las personas físicas que la organizan y controlan.

Como se ha dicho, la LO 1/2015 sigue atribuyendo el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla.

No obstante lo expuesto, el Legislador de 2015 ha decidido que estos códigos de buenas prácticas, que en traducción casi literal toma del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones. Ello viene a matizar el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, del que se destierra así cualquier atisbo de responsabilidad objetiva. De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación.

Naturalmente, promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios.

Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014).

En puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino

promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de *compliance penal* a los «delitos de la misma naturaleza».

Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

## **5.2. El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica**

El art. 31 bis extiende el valor eximente de los modelos de organización y control a los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: delitos cometidos por sus administradores y dirigentes y delitos cometidos por los subordinados descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados.

La decisión del Legislador, ciertamente plasmada con poca claridad en el precepto, atiende a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados. En estos, la referencia a «las concretas circunstancias del caso» [letra b) del art. 31 bis 1] permite ya valorar la existencia y eficacia de estos programas en relación con el defectuoso control ejercido por las personas del art. 31 bis. 1 a). Sin embargo, respecto de los administradores y dirigentes la exención resulta menos justificada, porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, que en este supuesto es automática y no precisa de un deficiente control, no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan. Por eso, el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido. Lo sugería el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto al advertir que «la designación de



representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar», lo que genera «una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento».

La descripción legal aborda con un mayor grado de detalle las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o dirigentes que cuando se trata de sus subordinados. El apartado 4, dedicado a estos últimos, reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2. En efecto, ni desde un punto de vista semántico, ni lógico ni teleológico existen razones para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías que, en todo caso, deberán ser «idóneos» o «adecuados» y cumplir los requisitos numerados en el apartado 5, expresamente declarados aplicables a los dos títulos de imputación. Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2) es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5). Lo mismo sucede con la condición 4.<sup>a</sup>, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas se recoge en la condición 3.<sup>a</sup> del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control.

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. Nótese, no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.<sup>a</sup> del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si

puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

### 5.3. Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión

En el apartado 2 del art. 31 bis se formulan las cuatro condiciones que las personas jurídicas deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad, aplicables las dos primeras y la cuarta a los dos títulos de imputación y la tercera solo a los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a), en los términos ya expuestos.

Más allá de establecer unas pautas mínimas de referencia, no es el propósito de esta Circular desarrollar el contenido de las condiciones y requisitos de los programas de prevención comprendidos en las necesariamente genéricas disposiciones del art. 31 bis.

Como criterio interpretativo, y con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, resulta útil acudir a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo: las Circulares de la CNMV n.º 6/2009, de 9 de diciembre, *sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión* y n.º 1/2014, de 26 de febrero, *sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión*, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, que en su capítulo IV y a lo largo de catorce artículos desgrana los procedimientos de control interno de los sujetos obligados, los análisis de riesgo, el contenido mínimo del manual de prevención, los órganos y medidas de control, sus obligaciones en materia de formación y los estándares éticos en la contratación de empleados y directivos.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis impone al órgano de administración que haya «adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión», de los que solo demanda que contengan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Los requisitos de tales modelos se establecen en el apartado 5 del art. 31 bis.

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se

ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los *compliance*, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.

A la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, alude el primer requisito del apartado 5. La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.

El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.

Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e

implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

Si bien esta primera condición del apartado 2 no lo menciona expresamente, un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva debe posibilitar la detección de conductas criminales. Lo sugiere el cuarto requisito del apartado 5, cuando impone «la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención». La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.

La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.

El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).

Aun cumpliéndose todas las condiciones y requisitos examinados, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control,

conforme dispone la tercera condición del apartado segundo, solo aplicable, como se ha dicho, a los delitos referidos en la letra a) del apartado 1.

El último párrafo del apartado 2 contempla la posibilidad de atenuar la pena cuando las anteriores condiciones, que ahora denomina «circunstancias», solamente puedan ser objeto de acreditación parcial. La previsión se presenta a modo de eximente incompleta que, con mejor sistemática, debería haberse incluido en el catálogo cerrado de atenuantes del art. 31 *quater* y, sobre todo, haberse redactado de forma que su preceptiva aplicación quedase más clara, defecto que corrige en parte la remisión del mejor formulado segundo párrafo del apartado 4.

La referencia a la «acreditación parcial» no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.<sup>a</sup> del art. 21 CP. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

El párrafo segundo del apartado 4 declara aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 a los delitos de los subordinados en «los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial». De tales circunstancias, o condiciones, solamente la 3.<sup>a</sup> resulta inaplicable a los delitos cometidos por los subordinados, como ya se ha expuesto.

#### **5.4. El oficial de cumplimiento**

La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos. Este es el caso de las empresas de servicios de inversión a que se refiere el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, *del Mercado de Valores*, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV n.º 6/2009 y 1/2014. También existe previsión normativa para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales (arts. 2 y 26. 1 de la Ley

10/2010) y para las sociedades cotizadas, si bien sin rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración» (principio 21).

En uno y otro supuesto (con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno), la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

El texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda. Puede resultar ilustrativa para definir el contenido de la función de cumplimiento normativo la norma 5ª de las citadas Circulares n.º 6/2009 y 1/2014 de la CNMV, que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y, la segunda, para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al

modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.

No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].

Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica. Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4.ª del art. 31 bis 2).

De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al

conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

### **5.5. El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones**

El apartado 3 del art. 31 bis contiene un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5.

No obstante tal obligación, las características de los modelos de organización y control de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, los Sres. Fiscales, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*, extremarán la prudencia en su imputación.

### **5.6. Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión**

A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis. De cualquier modo, la concurrencia de unas y otros permitirá evaluar



la existencia e idoneidad del modelo, no tanto el exigible grado de seguimiento en la corporación.

Aunque no es fácil establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de sociedades, su concreta organización, sus modelos de negocio, la naturaleza y extensión de sus transacciones, sus productos o servicios o sus clientes, parece oportuno intentar proporcionar a los Sres. Fiscales algunos primeros criterios interpretativos para que, más allá de lo hasta ahora expuesto al examinar el contenido de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis, valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión, en la pretensión de facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público en una materia tan novedosa y trascendental. Del mismo modo, las sociedades potencialmente responsables de los delitos cometidos en su seno demandan unos criterios homogéneos, claros y lo más objetivos posibles de cómo van a ser valorados tales modelos por la Fiscalía. Es por ello que, sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto, se proporcionan las siguientes pautas exegéticas de carácter general:

Primera.- La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. Precisamente la OCDE, en el repetidamente mencionado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, alerta sobre estos programas, recomendando que su implementación por la persona jurídica no pueda ser usada como defensa para eludir la responsabilidad. Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas.

Segunda.- Como se ha expuesto, los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

Tercera.- Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Cuarta.- Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.

Quinta.- Aunque, como se ha expuesto *supra*, cabe un beneficio indirecto de la persona jurídica, la responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por el delincuente. En estos casos, debe tenerse en cuenta que el valor preventivo de un programa de cumplimiento, aun adecuadamente diseñado e implementado, es escaso ante la decisión de cometer un delito y que su carga intimidatoria será más baja que la representada por la propia amenaza de una sanción penal. La mejor vía de prevención de estas conductas es la adecuada selección de directivos y empleados. Por lo tanto, en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto.

Sexta.- Si bien la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Séptima.- Se ha dicho antes, que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo.

Octava.- El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones. La firmeza en la respuesta ante vulneraciones precedentes transmite igualmente a los empleados un mensaje claro de intolerancia ante conductas no éticas. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético.

Deberá ser igualmente objeto de valoración por los Sres. Fiscales la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. También habrá de tenerse en cuenta si la corporación ha sido sancionada en vía administrativa (infracciones medioambientales, contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en materia de prevención del blanqueo, de ordenación y disciplina del mercado de valores...).

Novena.- Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para

detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

### 5.7. Naturaleza de la exención y carga de la prueba

A modo de elemento criminal adicional, el apartado 2 del art. 31 bis introduce una cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuya naturaleza es muy discutida doctrinalmente pero que, en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

No resulta sencillo conceptualizar adecuadamente la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica pues, en los últimos dos siglos, el Derecho Penal ha venido construyendo las referencias dogmáticas a la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad sobre la base de comportamientos individuales, no colectivos. No obstante, cabe señalar que, si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva. No se trataría en puridad de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera *personalmente* imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva.

Ahora bien, partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante,

quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión.

La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión *personal* de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 *quater*.

De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º. Claro está que los programas serán además, como se ha dicho, una referencia valiosa para medir las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados.

Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n.º 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n.º 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).

Esta construcción no resulta automáticamente aplicable pues, ya se ha indicado, la comisión de un delito queda como un riesgo residual de cualquier programa de prevención, por eficaz que este sea. Ahora bien, como también se ha expuesto, si un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, no sucede lo mismo con otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración.

En todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las

mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización, especialmente los relacionados con algunos requisitos de muy difícil apreciación para el Fiscal o el Juez como la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica (segundo requisito del apartado 4) o de los “modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos” (tercer requisito).

## **6. Cláusula de vigencia**

La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015.

## **7. Conclusiones**

1.<sup>a</sup> La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas.

No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones.

2.<sup>a</sup> La nueva definición de las personas físicas del apartado 1 a) amplía notablemente el círculo de sujetos de este criterio de imputación, que permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.

3.<sup>a</sup> La sustitución de la expresión «en su provecho» por la de «en su beneficio directo o indirecto», conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles

o reputacionales. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficiosa.

4.<sup>a</sup> Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del art. 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5).

5.<sup>a</sup> La LO 1/2015 sustituye la condición del apartado 1 b) de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica.

6.<sup>a</sup> Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a).

7.<sup>a</sup> La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omitente del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los Sres. Fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación.

8.<sup>a</sup> Los sujetos a que se refiere el apartado 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado, no siendo necesario que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

9.<sup>a</sup> El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de organización y gestión, que serán objeto de una inicial valoración en relación con este criterio de imputación para evaluar el alcance y el contenido real del

mandato del que son titulares las personas que incumplieron gravemente tales deberes.

10.<sup>a</sup> Aunque la infracción del deber de supervisión, vigilancia y control no se haya producido o haya sido leve o la persona jurídica no haya obtenido beneficio alguno, es posible en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria, de conformidad con el art. 120. 4º CP.

11.<sup>a</sup> La imputabilidad de la persona jurídica exige que esta tenga un sustrato material suficiente, lo que permite distinguir tres:

11.<sup>a</sup>.1. Aquellas corporaciones que operan con normalidad en el mercado y a las que exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

11.<sup>a</sup>.2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» y que son también imputables.

11.<sup>a</sup>.3. Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal, siendo esta meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos.

12.<sup>a</sup> La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la LO 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:

12.<sup>a</sup>.1. Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.

12.<sup>a</sup>.2. A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos.

12.<sup>a</sup>.3. En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002, (modificado por LO 3/2015).

13.<sup>a</sup> Aunque no son expresamente mencionadas en el art. 31 quinquies 1, deben considerarse exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas, integradas en el llamado sector público fundacional y sometidas al Derecho administrativo.

14.<sup>a</sup> El ejercicio de «potestades públicas de soberanía o administrativas» se aplica solo a las administraciones públicas y no a los entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales o las Cámaras de comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables.



15.<sup>a</sup> Tras la reforma de la LO 1/2015 el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación.

16.<sup>a</sup> Existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del art. 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3.<sup>a</sup>, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b).

17.<sup>a</sup> Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los Sres. Fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.

18.<sup>a</sup> Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Los Sres. Fiscales, atendiendo a las especiales características de estas sociedades, extremarán la prudencia en su imputación, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*.

19.<sup>a</sup> Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los Sres. Fiscales observarán las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión:

19.<sup>a</sup>.1. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

19.<sup>a</sup>.2. El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia

que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los Sres. Fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

19.<sup>a</sup>.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

19.<sup>a</sup>.4. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos, casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz.

19.<sup>a</sup>.5. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redundante principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquiró se adecuara a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.

19.<sup>a</sup>.6. Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

19.<sup>a</sup>.7. Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

19.<sup>a</sup>.8. Los Sres. Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.

19.<sup>a</sup>.9. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

20<sup>a</sup> La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la responsabilidad de la persona jurídica, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

## PARTE II

### TEXTOS LEGALES DE LA OCDE

#### **1. Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales**

##### *Preámbulo*

##### *Las Partes,*

Considerando que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

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

Teniendo en cuenta la Recomendación revisada sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C(97)123/FINAL, que, entre otras cosas, reclamaba medidas eficaces para la disuasión, la prevención y la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales, en particular la pronta tipificación como delito de dicha corrupción de una manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes convenidos expresados en dicha Recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos fundamentales de cada país;

Congratulándose de otros acontecimientos recientes que promueven aún más la comprensión internacional y la cooperación en la lucha contra la corrupción de los agentes públicos, incluidas las actuaciones de las Naciones Unidas, del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial del Comercio, de la Organización de Estados Americanos, del Consejo de Europa y de la Unión Europea;

Congratulándose de los esfuerzos de las sociedades, organizaciones comerciales, sindicatos, así como otras organizaciones no gubernamentales por luchar contra la corrupción;

Reconociendo el papel de los gobiernos en la prevención de la solicitud de sobornos por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales;

Reconociendo que para conseguir progresos en este campo se exigen no solo esfuerzos a nivel nacional, sino también la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilaterales;

Reconociendo que conseguir la equivalencia entre las medidas que tomen las Partes es un objeto y fin esencial del Convenio, que exige que este sea ratificado sin excepciones que afecten a esta equivalencia;

Han convenido en lo siguiente:

### **Artículo 1. El delito de corrupción de agentes públicos extranjeros**

1. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.
2. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte.
3. Los delitos expresados en los anteriores apartados 1 y 2 serán denominados en lo sucesivo «corrupción de un agente público extranjero».
4. A los efectos del presente Convenio:
  - a) por «agente público extranjero» se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;
  - b) por «país extranjero» se entienden todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local;
  - c) la expresión «actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales» comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente.

## **Artículo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas**

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero.

## **Artículo 3. Sanciones**

1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.
2. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que estas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros.
3. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable.
4. Cada Parte estudiará la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales a una persona susceptible de sanción por la corrupción de un agente público extranjero.

## **Artículo 4. Jurisdicción**

1. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción sobre la corrupción de un agente público extranjero cuando el delito se cometa en todo o en parte en su territorio.
2. Cada Parte que tenga jurisdicción para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción con el fin de proceder de ese modo con respecto a la corrupción de un agente público extranjero de conformidad con los mismos principios.
3. Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un supuesto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes interesadas, a petición de una de ellas, celebrarán consultas con el fin de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución.

4. Cada Parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas oportunas para subsanarlo.

#### **Artículo 5. Cumplimiento**

La investigación y la persecución de la corrupción de un agente público extranjero estarán sujetas a las normas y principios aplicables de cada Parte. En estas no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas.

#### **Artículo 6. Prescripción**

En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo suficiente para permitir la investigación y persecución de este delito.

#### **Artículo 7. Blanqueo de dinero**

Cada Parte que haya tipificado como delito conexo, a efectos de la aplicación de su legislación sobre blanqueo de dinero, la corrupción de sus propios agentes públicos, hará lo mismo y en las mismas condiciones respecto de la corrupción de un agente público extranjero, sin tener en cuenta el lugar en que se haya producido la corrupción.

#### **Artículo 8. Contabilidad**

1. Con el fin de luchar eficazmente contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos relativos al mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción.
2. Cada Parte establecerá penas eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para dichas omisiones y falsedades con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de dichas sociedades.

## Artículo 9. Asistencia jurídica mutua

1. Cada Parte, en la mayor medida en que lo permitan sus leyes y los tratados y acuerdos pertinentes, proporcionará una asistencia jurídica pronta y eficaz a otra Parte a efectos de las investigaciones y actuaciones penales incoadas por una Parte en relación con delitos comprendidos dentro del ámbito del presente Convenio y para las actuaciones no penales incoadas, dentro del ámbito del Convenio, por una Parte contra una persona jurídica. La Parte requerida comunicará sin demora a la Parte requirente las informaciones o documentos adicionales que sean necesarios en apoyo de la solicitud de asistencia y, cuando así se le solicite, la situación y el resultado de la solicitud de asistencia.
2. Cuando una Parte condicione la prestación de asistencia jurídica mutua a la existencia de la doble tipificación como delito, se presumirá que esta existe si el delito respecto del cual se solicita la asistencia está comprendido dentro del ámbito del presente Convenio.
3. Una Parte no declinará la prestación de asistencia jurídica mutua en materia penal dentro del ámbito del presente Convenio basándose en el secreto bancario.

## Artículo 10. Extradición

1. La corrupción de un agente público extranjero se considerará incluida como delito extraditable según las leyes de las Partes y los tratados de extradición entre ellas.
2. Si una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado de extradición recibe una solicitud de extradición de otra Parte con la que no tenga un tratado de extradición, podrá considerar que el presente Convenio es el fundamento jurídico para la extradición con respecto del delito de corrupción de un agente público extranjero.
3. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para garantizar, bien la posibilidad de extraditar a sus nacionales, o bien la posibilidad de perseguir a sus nacionales por el delito de corrupción de un agente público extranjero. Una Parte que decline una solicitud de extradición de una persona por corrupción de un agente público extranjero basándose únicamente en el hecho de que esa persona sea su nacional someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de persecución.
4. La extradición por corrupción de un agente público extranjero estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno y en los tratados y acuerdos aplicables de cada Parte. Cuando una Parte condicione la extradición a la existencia de la doble tipificación como



delito, se considerará cumplida esta condición si el delito por el que se solicita la extradición se encuentra comprendido en el ámbito del artículo 1 del presente Convenio.

### **Artículo 11. Autoridades responsables**

A efectos del apartado 3 del artículo 4, sobre consultas, del artículo 9, sobre asistencia jurídica mutua, y del artículo 10, sobre extradición, cada Parte notificará al secretario general de la OCDE la autoridad o autoridades responsables de la formulación y recepción de solicitudes, que servirán de conducto de comunicación en esta materia respecto de esa Parte, sin perjuicio de que entre las Partes se llegue a otros acuerdos.

### **Artículo 12. Supervisión y seguimiento**

Las Partes cooperarán en la realización de un programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la plena aplicación del presente Convenio. A menos que se decida otra cosa mediante consenso entre las Partes, ello se hará en el marco del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales y de conformidad con su mandato, o dentro del marco y del mandato de cualquier órgano que le suceda en esas funciones, y las Partes correrán con los costes del programa de conformidad con las reglas aplicables a dicho órgano.

### **Artículo 13. Firma y adhesión**

1. Hasta su entrada en vigor, el presente Convenio estará abierto a la firma de los miembros de la OCDE y de los no miembros que hayan sido invitados a ser participantes plenos en su Grupo de Trabajo sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales.
2. Con posterioridad a su entrada en vigor, el presente Convenio estará abierto a la adhesión de cualquier no signatario que sea miembro de la OCDE o haya llegado a ser participante pleno en el Grupo de Trabajo sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales o cualquier órgano que le suceda en sus funciones. Para dicho no signatario, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.

### **Artículo 14. Ratificación y depositario**

1. El presente Convenio estará sujeto a la aceptación, aprobación o ratificación de los signatarios, de conformidad con sus leyes respectivas.

2. Los instrumentos de aceptación, aprobación, ratificación o adhesión se depositarán en poder del secretario general de la OCDE, que actuará como depositario del presente Convenio.

### **Artículo 15. Entrada en vigor**

1. El presente Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha en que cinco de los diez países que tengan las diez mayores cuotas de exportaciones expresadas en el documento anexo, y que representen por sí mismas al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Respecto de cada signatario que deposite su instrumento después de dicha entrada en vigor, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después del depósito de su instrumento.
2. Si después del 31 de diciembre de 1998 el Convenio no hubiera entrado en vigor según el anterior apartado 1, cualquier signatario que haya depositado su instrumento de aceptación, aprobación o ratificación podrá declarar por escrito al depositario su voluntad de aceptar la entrada en vigor del presente Convenio en virtud del presente apartado 2. El Convenio entrará en vigor para dicho signatario el sexagésimo día siguiente a la fecha en que dicha declaración haya sido depositada por al menos dos signatarios. Respecto de cada signatario que deposite su declaración después de dicha entrada en vigor, el Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha del depósito.

### **Artículo 16. Enmienda**

Cualquier Parte podrá proponer la enmienda del presente Convenio. Las propuestas de enmienda se presentarán al Depositario, que las comunicará a las otras Partes al menos sesenta días antes de convocar una reunión de las Partes para examinar la enmienda propuesta. Una enmienda adoptada por consenso entre las Partes, o por cualquier otro medio que las Partes determinen mediante consenso, entrará en vigor sesenta días después del depósito de un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación por todas las Partes, o en las otras circunstancias que especifiquen las Partes en el momento de adoptar la enmienda.

### **Artículo 17. Retirada**

Una Parte podrá retirarse del presente Convenio cursando una notificación por escrito al depositario. La retirada surtirá efecto un año después de la fecha de recepción de la notificación. Después de la retirada, entre las Partes y el Estado

que se haya retirado proseguirá la cooperación respecto de todas las solicitudes de asistencia o de extradición formuladas antes de surtir efecto la retirada y que se encuentren pendientes.

Hecho en París a diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

## **2. Comentarios al Convenio**

Adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

### **Generalidades**

1. Este Convenio se ocupa de lo que en el derecho de algunos países se llama «corrupción activa», por el que se entiende el delito cometido por la persona que promete o paga el soborno —a diferencia de la «corrupción pasiva»—, que es el delito cometido por el funcionario público que recibe el soborno. En el Convenio no se utiliza la expresión «corrupción activa» sencillamente para evitar una interpretación errónea por parte del lector no especializado, que podría suponer que el corruptor toma la iniciativa y que el receptor es la víctima pasiva. En muchos casos es el receptor quien incita o presiona al corruptor, y, por lo tanto, su papel es el más activo.

2. Este Convenio pretende garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, sin exigir la uniformidad o una modificación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de una Parte.

### **Artículo 1. El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros**

Sobre el apartado 1:

3. El artículo 1 establece un criterio al que deberán ajustarse las Partes, aunque estas no estén obligadas a retomar su redacción exacta para tipificar el delito en su derecho interno. Las Partes podrán proceder de distintas maneras para cumplir con sus obligaciones, siempre que la condena de una persona por este delito no exija la prueba de elementos que no sean aquellos que habría que probar si el delito se tipificara como en este apartado. A título de ejemplo, tanto una ley general sobre la corrupción de funcionarios que no se refiriera específicamente a la corrupción de un funcionario público extranjero como una ley que se limitara a la corrupción de un funcionario público extranjero, podrían ser conformes con este artículo. Del mismo modo, una ley que tipificara el delito en función de los pagos realizados «con el fin de incitar al incumplimiento de una obligación del funcionario público» podría ser conforme con este criterio, siempre que se entendiera que cualquier funcionario público tiene el deber de ejercer su juicio o discreción de manera imparcial y que se tratara, por lo tanto,

de una definición «autónoma» que no exigiera la prueba del derecho del país de dicho funcionario público en concreto.

4. En el sentido del apartado 1, el hecho de corromper para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular constituye un delito, independientemente de si la sociedad en cuestión es o no es el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberle sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo.

5. Por «otro beneficio irregular» se entiende una ventaja a la que la sociedad en cuestión no tuviera claramente derecho, como, por ejemplo, un permiso de explotación para una fábrica que no cumpliera con los requisitos legales.

6. La conducta que se describe en el apartado 1 constituye delito tanto si la oferta o promesa, o la ventaja pecuniaria o de otra naturaleza ha sido concedida en nombre de esa persona o en nombre de cualquier otra persona física o jurídica.

7. Constituye asimismo un delito independientemente, entre otras cosas, del valor de la ventaja o de su resultado, de la percepción que se tenga de las costumbres locales, de la tolerancia de las autoridades locales con respecto a dichos pagos o de la supuesta necesidad de realizar el pago para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular.

8. Sin embargo, no habrá delito si la ventaja hubiera sido permitida o requerida por la ley escrita o por reglamentos del país del funcionario público extranjero, incluida la jurisprudencia.

9. Los pequeños pagos llamados de «facilitación» no constituyen pagos «para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular» en el sentido del apartado 1, y, por lo tanto, no constituyen delito. Tales pagos, que se realizan en algunos países para inducir a los funcionarios públicos a ejercer sus funciones, en particular a la hora de expedir una autorización o permiso, suelen ser ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deberían combatir este fenómeno corrosivo con medidas como el apoyo a programas de buen gobierno. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de los demás países no parece ser una medida complementaria práctica o eficaz.

10. En el ordenamiento jurídico de algunos países, la ventaja prometida o concedida a una persona, en previsión de su nombramiento como funcionario público extranjero, forma parte de los delitos que se describen en el artículo 1, apartados 1 o 2. En el ordenamiento jurídico de muchos países, este caso se diferencia técnicamente de los delitos contemplados en el presente Convenio. Sin embargo, existe una preocupación y una intención comunes de seguir trabajando para combatir este fenómeno.

Sobre el apartado 2:

11. Los delitos que se definen en el apartado 2 se entienden en el sentido en que suelen definirse en los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, si en el derecho nacional de una Parte, la autorización, instigación o una de las demás conductas enumeradas en esta disposición no son punibles cuando no producen efectos, dicha Parte no tendrá obligación de criminalizar dicha conducta con respecto a la corrupción de un funcionario público extranjero.

Sobre el apartado 4:

12. La expresión «función pública» incluye cualquier actividad de interés público delegada por un país extranjero, como la realización de tareas por delegación de dicho país en relación con la contratación pública.

13. La expresión «organismo público» designa cualquier entidad constituida según las disposiciones del derecho público para el ejercicio de actividades específicas de interés público.

14. La expresión «empresa pública» designa a cualquier empresa, independientemente de su forma jurídica, sobre la cual uno o varios Estados puedan, directa o indirectamente, ejercer una influencia dominante. Se considera que uno o varios Estados ejercen una influencia dominante, por ejemplo, cuando ostentan la mayoría del capital suscrito de la empresa, cuando controlan la mayoría de los derechos de voto vinculados a las acciones emitidas por la empresa o cuando pueden designar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección de la empresa o de su consejo de supervisión.

15. Se considera que un responsable de una empresa pública ejerce una función pública a no ser que la empresa realice su actividad comercial normal en el mercado correspondiente, es decir, que opere sobre una base fundamentalmente equivalente a la de una empresa privada, sin ayudas preferentes u otros privilegios.

16. En circunstancias particulares, la autoridad pública podrá ser ejercida de hecho por personas (por ejemplo, responsables de un partido político en los Estados con partido único) que no sean formalmente funcionarios públicos. Dichas personas, en razón de que ejercen *de facto* una función pública, podrán, en virtud de los principios jurídicos de algunos países, ser consideradas como funcionarios públicos extranjeros.

17. La expresión «organización pública internacional» designa cualquier organización internacional constituida por Estados, gobiernos u otras organizaciones públicas internacionales, independientemente de su forma y de sus atribuciones, incluidas, por ejemplo, las organizaciones de integración económica regional como las Comunidades Europeas.

18. La expresión «país extranjero» no se limita a los Estados, sino que incluye cualquier zona o entidad extranjera organizada, como un territorio autónomo o un territorio aduanero especial.

19. Uno de los casos de corrupción que ha sido contemplado según la definición del apartado 4.c es aquel en el que un responsable de una sociedad corrompe a un alto funcionario de un gobierno para que este utilice su cargo, incluso extralimitándose en sus atribuciones, para que otro funcionario público adjudique un contrato a dicha sociedad.

## **Artículo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas**

20. Si en el ordenamiento jurídico de una parte no se aplica responsabilidad penal a las personas jurídicas, dicha parte no se verá obligada a establecer dicha responsabilidad penal.

## **Artículo 3. Sanciones**

Sobre el apartado 3:

21. El «producto» de la corrupción son los beneficios u otras ventajas que el corruptor obtenga de la transacción o cualquier otro beneficio irregular que se haya obtenido o conservado por medio del acto de corrupción.

22. El término «confiscación» incluye, en su caso, la caducidad de los derechos e implica la privación permanente de la propiedad por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente sin perjuicio de los derechos de las víctimas.

23. El apartado 3 no excluye la determinación de los límites apropiados para las sanciones pecuniarias.

Sobre el apartado 4:

24. Las sanciones civiles y administrativas distintas de las multas no penales, que puedan imponerse a las personas jurídicas por un acto de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, son, entre otras: la exclusión del derecho a un beneficio o ayuda pública, la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o para ejercer una actividad comercial, la sumisión a supervisión judicial, la disolución judicial.

## **Artículo 4. Jurisdicción**

Sobre el apartado 1:

25. La jurisdicción territorial deberá interpretarse en su sentido amplio, de manera que no exija una conexión física extensiva con la corrupción.

Sobre el apartado 2:

26. La jurisdicción fundada en la nacionalidad deberá ejercerse de conformidad con los principios generales y las condiciones aplicables del ordenamiento de cada Parte. Estos principios se refieren, por ejemplo, a la doble incriminación. Sin embargo, la condición de doble incriminación deberá considerarse satisfecha cuando el acto sea ilícito en el territorio en el que haya sido cometido, aunque su tipificación penal sea distinta en ese territorio. Para los países que aplican la jurisdicción fundada en la nacionalidad únicamente en determinados tipos de delitos, la referencia a los «principios» incluye los principios que gobiernan la elección de esos delitos.

### **Artículo 5. Cumplimiento**

27. En el artículo 5 se reconoce el carácter fundamental de los regímenes nacionales en materia de discrecionalidad acusatoria. Se reconoce asimismo que, para proteger la independencia de la acusación, dicha discrecionalidad deberá valorarse sobre la base de motivos profesionales, y no verse influida indebidamente por consideraciones de naturaleza política. El artículo 5 se completa con el párrafo 6 del anexo de la Recomendación revisada de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales C(97)123/FINAL (en adelante, Recomendación de la OCDE de 1997), la cual recomienda, entre otras cosas, que las autoridades competentes investiguen seriamente las denuncias por corrupción de los funcionarios públicos extranjeros y que las autoridades nacionales pongan a disposición unos recursos adecuados para permitir la represión eficaz de dicha corrupción. Las Partes habrán aceptado esta Recomendación, incluidas sus modalidades de supervisión y seguimiento.

### **Artículo 7. Blanqueo de capitales**

28. En el artículo 7, la expresión «corrupción de sus funcionarios públicos» debe interpretarse en un sentido amplio, de manera que la corrupción de un funcionario público extranjero constituya un delito conexo en el sentido de la legislación sobre blanqueo de capitales en las mismas condiciones, cuando una parte haya tipificado como tal la corrupción activa o pasiva de sus funcionarios públicos. Cuando una Parte haya tipificado como delito conexo únicamente la corrupción pasiva de sus funcionarios públicos, este artículo exige que el blanqueo del importe del soborno esté sujeto a las disposiciones sobre blanqueo de capitales.

### **Artículo 8. Normas contables**

29. El artículo 8 está relacionado con la sección V de la Recomendación de la OCDE de 1997, que todas las Partes habrán aprobado y que está sujeta a

seguimiento por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales. Este apartado contiene una serie de recomendaciones relativas a las obligaciones en materia contable, a las auditorías externas independientes y a los controles internos de las sociedades, cuya aplicación será importante para la eficacia global de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, una de las consecuencias inmediatas de la aplicación de este Convenio por las Partes será que las sociedades que tienen que presentar en sus informes financieros sus pasivos contingentes significativos deberán tener en cuenta la totalidad de sus pasivos potenciales plenos, de conformidad con el presente Convenio, y en particular con sus artículos 3 y 8, así como las demás pérdidas que pudieran derivarse de la condena de la sociedad o de sus funcionarios por corrupción. Esto tiene asimismo consecuencias desde el punto de vista del ejercicio de las responsabilidades profesionales de los auditores de cuentas en caso de indicios de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Además, los delitos contables contemplados en el artículo 8 se producen por lo general en el país de origen de la sociedad, mientras que el delito de corrupción puede haberse cometido en otro país, lo cual permite colmar algunas lagunas en el campo de aplicación efectivo del Convenio.

#### **Artículo 9. Asistencia jurídica mutua**

30. Las Partes también habrán aceptado, en virtud del apartado 8 de los Elementos Comunes Acordados en el anexo de la Recomendación de la OCDE de 1997, estudiar y poner en marcha los medios para mejorar la eficacia de la asistencia jurídica mutua.

Sobre el apartado 1:

31. En el marco del apartado 1 del artículo 9, las Partes, previa petición, deberán facilitar o estimular la presencia o disponibilidad de las personas, incluidas las personas que se encuentren bajo custodia, que consintieran en aportar su ayuda a las investigaciones o participar en las actuaciones. Las Partes deberían tomar medidas que les permitieran, en su caso, trasladar temporalmente a una persona que se encuentre bajo custodia al territorio de una Parte que lo solicite y computar el tiempo pasado bajo custodia en el territorio de la Parte solicitante para la condena en el territorio de la Parte a la que se presenta la solicitud. Las Partes que deseen utilizar este mecanismo deberían asimismo tomar medidas que les permitieran, en cuanto Partes solicitantes, garantizar el mantenimiento bajo custodia de la persona trasladada y el regreso de la misma sin que sea necesario recurrir a un procedimiento de extradición.



Sobre el apartado 2:

32. El apartado 2 se refiere a la cuestión de la identidad de las normas en el marco de la doble incriminación. Las Partes, cuyas leyes son muy dispares, ya que van desde leyes contra la corrupción de funcionarios en general a leyes que contemplan específicamente la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, deberían poder cooperar plenamente en el marco del presente Convenio para asuntos cuyos hechos entren dentro de los delitos contemplados en este Convenio.

#### **Artículo 10. Extradición**

Sobre el apartado 2:

33. Una de las partes puede considerar que el presente Convenio constituye una base jurídica para la extradición si exige un tratado de extradición para una o varias categorías de casos contemplados en el presente Convenio. Por ejemplo, un país que exija un tratado de extradición para extraditar a sus nacionales, pero no para extraditar a los extranjeros, podría considerar el presente Convenio como una base para la extradición de sus nacionales.

#### **Artículo 12. Supervisión y seguimiento**

34. El actual mandato del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción con relación a la supervisión y el seguimiento figura en la sección VIII de la Recomendación de la OCDE de 1997. Dispone:

- i) la recepción de las notificaciones y otras informaciones que le sean presentadas por los países [participantes];
- ii) un examen regular de las medidas tomadas por los países [participantes] en aplicación de la Recomendación y para presentar las propuestas adecuadas a fin de ayudar a los países [participantes] en dicha aplicación; estos exámenes se basarán en los siguientes sistemas complementarios:
  - un sistema de autoevaluación en el que las respuestas de los países [participantes] a un cuestionario permitan valorar en qué medida se está aplicando la Recomendación.
  - un sistema de evaluación mutua en el que cada país [participante] es examinado a su vez por el Grupo de Trabajo sobre Corrupción, sobre la base de un informe que proporcione una valoración objetiva de los progresos realizados por el país [participante] en la aplicación de la Recomendación;

- iii) un examen de temas concretos relacionados con la corrupción en las transacciones comerciales internacionales;
- iv) la información regular al público sobre sus trabajos y actividades y sobre la aplicación de la Recomendación.

35. Los costes de supervisión y seguimiento se afrontarán, en lo que se refiere a los países miembros de la OCDE, de acuerdo con el procedimiento presupuestario normal de la OCDE. Para los no miembros de la OCDE, las normas vigentes establecen un sistema equivalente de reparto de costes que se describe en la Resolución del Consejo relativa a las cuotas de los países que sean observadores regulares y de los no miembros participantes plenos en los órganos subsidiarios de la OCDE, C(96)223/FINAL.

36. El seguimiento de los aspectos contemplados en este Convenio que no figuren en la Recomendación de la OCDE de 1997, ni en ningún otro instrumento aceptado por todos los participantes del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción, será realizado por las Partes de este Convenio y de sus demás instrumentos.

### **Artículo 13. Firma y adhesión**

37. El Convenio quedará abierto a los países no miembros participantes plenos del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales. Se promueve la plena participación de los no miembros en este Grupo de Trabajo, que se organizará según procedimientos sencillos. Por lo tanto, el requisito de la plena participación en el Grupo de Trabajo, que se desprende de los vínculos del Convenio con otros aspectos de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, no debe ser considerado como un obstáculo por los países que deseen tomar parte en esta lucha. El Consejo de la OCDE ha hecho un llamamiento a los no miembros para que se adhieran a la Recomendación de la OCDE de 1997 y participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación, es decir, en las actividades del Grupo de Trabajo. Los actuales procedimientos relativos a la plena participación de los países no miembros en el Grupo de Trabajo figuran en la Resolución del Consejo sobre la participación de las economías no miembros en los trabajos de los órganos subsidiarios de la Organización, C(96)64/REV1/FINAL. El participante pleno acepta no solo la Recomendación Revisada del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, sino también la Recomendación sobre la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, adoptada el 11 de abril de 1996, C(96)27/FINAL.

### **3. Recomendación del Consejo de la OCDE para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Guía de buenas prácticas (anexos I y II)**

El Consejo, teniendo en cuenta el artículo 3 y el artículo 5, letras a) y b), de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, de 14 de diciembre de 1960;

Teniendo en cuenta la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 21 de noviembre de 1997 [OECD/LEGAL/0293] (en lo sucesivo, «Convención Anticohecho de la OCDE»);

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada del Consejo para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, de 23 de mayo de 1997 [C(97)123/FINAL], y la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 26 de noviembre de 2009 [C(2009)159/REV1/FINAL y C(2010)19] (en lo sucesivo, «Recomendación de 2009»), a la cual sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OECD/LEGAL/0371], la Recomendación del Consejo para los Agentes de Cooperación para el Desarrollo sobre la Gestión del Riesgo de Corrupción [OECD/LEGAL/0431], la Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación [OECD/LEGAL/0447], la Recomendación del Consejo sobre las Directrices en materia de Lucha contra la Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas [OECD/LEGAL/0451], las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales [OECD/LEGAL/0144], la Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública [OECD/LEGAL/0435] y la Recomendación del Consejo sobre la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable [OECD/LEGAL/0443];

Considerando los progresos realizados en la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y la Recomendación de 2009, y reafirmando la importancia que siguen teniendo la Convención Anticohecho de la OCDE y los Comentarios sobre la Convención;

Considerando que el cohecho de servidores públicos extranjeros es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y las inversiones, que suscita una gran preocupación desde el punto de vista moral y político, socava la buena gobernanza y el

desarrollo económico sostenible y distorsiona las condiciones internacionales de competencia;

Reconociendo los efectos nocivos causados por el cohecho internacional y considerando la importancia de luchar eficazmente contra el cohecho internacional a fin de abordar y prevenir esos efectos en la sociedad;

Considerando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

Reiterando la importancia de la aplicación decidida e integral de la Convención Anticohecho de la OCDE, incluyendo períodos de crisis, y reafirmando la determinación de los países miembros de aplicar rigurosamente las leyes que tipifican el delito de cohecho internacional, como se confirma en la Declaración sobre un Compromiso Compartido para Luchar contra el Cohecho Internacional, aprobada por los ministros de las Partes en la Convención Anticohecho de la OCDE el 21 de noviembre de 2007, la Declaración de Principios sobre el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho el 19 de junio de 2009, las Conclusiones aprobadas en la Reunión del Consejo de la OCDE a Nivel Ministerial el 25 de junio de 2009 [C/MIN(2009)5/FINAL], y la Declaración formulada en la Reunión Ministerial de la OCDE sobre la Lucha contra el Cohecho de 16 marzo de 2016;

Reconociendo que la Convención Anticohecho de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se complementan y apoyan mutuamente, y que la ratificación y aplicación de esta última favorece la utilización de un método integral para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales;

Congratulándose de otras iniciativas que promueven el entendimiento y la cooperación internacionales para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, incluidas las medidas del Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de los Estados Americanos;

Congratulándose de los esfuerzos de las empresas, las organizaciones empresariales y los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación para contribuir a la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros;

Reconociendo la necesidad de mejorar nuestra comprensión de los vínculos entre género y corrupción, incluido el cohecho de servidores públicos extranjeros, la forma en que la corrupción puede afectar de manera diferente según el género y la importancia de promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer;

Reconociendo el papel potencial de las tecnologías innovadoras en el fomento de los esfuerzos llevados a cabo por los sectores público y privado para combatir el cohecho internacional;

Reconociendo que para lograr avances en este campo no solo se requieren esfuerzos a nivel nacional, sino que también son necesarios la cooperación multilateral, así como un monitoreo y seguimiento rigurosos y sistemáticos;

Acerca de la propuesta del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales:

### **Cuestiones generales**

- I. Hace notar que la presente Recomendación para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales se aplica a los países miembros de la OCDE y a otros países que son parte en la Convención Anticohecho de la OCDE (en lo sucesivo, «países miembros»).
- II. Hace notar que la presente Recomendación se aplicará con arreglo a los principios jurisdiccionales y a otros principios jurídicos básicos de los países miembros.
- III. Recomienda que los países miembros sigan adoptando medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de los servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.
- IV. Recomienda que cada país miembro adopte medidas específicas y coherentes para examinar o profundizar en el examen de las siguientes áreas:
  - i. las iniciativas en materia de sensibilización y de formación llevadas a cabo en el sector público para prevenir y detectar el cohecho internacional;
  - ii. las actividades de sensibilización llevadas a cabo en el sector privado, en particular entre las empresas que operan en el extranjero, incluidas las pequeñas y medianas empresas, con el fin de prevenir y detectar el cohecho internacional, así como, cuando proceda, mediante iniciativas específicas para las distintas profesiones y sectores, incluidas en la Guía de buenas prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento, que figura en el Anexo II y que forma parte de la presente Recomendación, y mediante acciones colectivas y asociaciones entre los sectores privado y público en las actividades de sensibilización;

- iii. las leyes penales y su aplicación, de acuerdo con la Convención Anticohecho de la OCDE, así como con las secciones V a XVIII de la presente Recomendación, y la *Guía de buenas prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, que figura en el anexo I y que forma parte de la presente Recomendación;
- iv. la cooperación internacional en investigaciones y otros procedimientos judiciales, de conformidad con la sección XIX de la presente Recomendación;
- v. la legislación, regulaciones y prácticas en materia fiscal para eliminar todo lo que pueda favorecer indirectamente al cohecho internacional, de conformidad con la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OECD/LEGAL/0371], y la sección XX de la presente Recomendación;
- vi. las disposiciones y medidas para asegurar la denuncia del cohecho internacional y la protección de los denunciantes, de acuerdo con las secciones XXI y XXII de la presente Recomendación;
- vii. los requisitos y prácticas en materia de contabilidad comercial y empresarial, auditoría externa, así como de control interno, ética y cumplimiento, de acuerdo con la sección XXIII de la presente Recomendación;
- viii. las leyes y regulaciones sobre bancos y otras instituciones financieras que garanticen el mantenimiento de registros adecuados y su disponibilidad para llevar a cabo inspecciones e investigaciones;
- ix. las subvenciones públicas, licencias, contratación pública, contratos financiados con ayuda oficial al desarrollo, créditos oficiales a la exportación o ventajas públicas de otro tipo, de manera que esas ventajas puedan suspenderse o denegarse como medida para luchar contra el cohecho internacional en los casos pertinentes, y los incentivos para el cumplimiento y las medidas de reparación adecuadas, de acuerdo con las secciones XXIV y XXV de la presente Recomendación;
- x. las leyes y las regulaciones civiles, comerciales y administrativas para combatir el cohecho internacional.

## Penalización y sanción del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros

- V. Recomienda, para garantizar la aplicación decidida e integral de la Convención Anticohecho de la OCDE, así como la sanción del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, que los países miembros tengan plenamente en cuenta la *Guía de buenas prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, contenida en el anexo I de la presente Recomendación.
- VI. Recomienda que los países miembros:
  - i. revisen periódicamente las leyes que implementan la Convención Anticohecho de la OCDE y el enfoque de las medidas de cumplimiento para luchar de manera eficaz contra el cohecho internacional de los servidores públicos extranjeros;
  - ii. adopten todas las medidas necesarias para asegurar que las autoridades con funciones coercitivas actúen sin demora y de manera proactiva, de modo que las autoridades competentes investiguen seriamente las denuncias de cohecho de servidores públicos extranjeros y evalúen las acusaciones fundadas;
  - iii. adopten un enfoque proactivo para la investigación y el enjuiciamiento del cohecho de servidores públicos extranjeros, con respecto a las personas físicas y jurídicas y, en particular, velen por que las autoridades competentes reciban una formación y orientación adecuadas sobre los métodos eficaces para detectar e investigar el cohecho internacional.
- VII. Recomienda que los países miembros proporcionen recursos adecuados a las autoridades con funciones coercitivas de manera que puedan investigar y enjuiciar eficazmente el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, tomando en consideración el Comentario 27 a la Convención Anticohecho de la OCDE.
- VIII. Recomienda que los países miembros insten a las autoridades con funciones coercitivas a que, con el fin de aumentar la detección de casos de cohecho internacional y de fomentar las investigaciones, reúnan información de manera proactiva de diversas fuentes, como, por ejemplo, medios de comunicación, denunciante, organismos públicos, incluidos aquellos a los que se hace referencia en la sección XXI, autoridades investigadoras extranjeras y el sector privado.

- IX. Recomienda que los países miembros:
- i. velen por que se investiguen y enjuicien los casos de cohecho de servidores públicos extranjeros sin retraso indebido;
  - ii. si se producen retrasos en las investigaciones, enjuiciamientos y procedimientos judiciales o administrativos, adopten todas las medidas necesarias para que esos retrasos no obstaculicen de forma indebida la sanción efectiva del delito de cohecho de los servidores públicos extranjeros y no den lugar a la expiración de los plazos de prescripción de dicho delito.
- X. Recomienda que los países miembros:
- i. faciliten un amplio espectro de medidas de investigación en las investigaciones y enjuiciamientos de los casos de cohecho internacional, como, por ejemplo, el acceso a información financiera, bancaria y empresarial, incluida la relativa al beneficiario final, el rastreo de activos, la criminalística y las técnicas especiales de investigación, en su caso;
  - ii. cuando proceda y resulte proporcionado, y con el alcance de lo permitido por las leyes internas y con arreglo a las condiciones establecidas en ellas, faciliten que las autoridades competentes utilicen plenamente el amplio espectro de medidas de investigación disponibles en las investigaciones y los enjuiciamientos de los casos de cohecho internacional, en particular las técnicas especiales de investigación;
  - iii. consideren medidas para favorecer que las personas que hayan participado, o se hayan visto envueltas, en la comisión de un delito de cohecho de servidores públicos extranjeros faciliten información útil a las autoridades competentes para investigar y enjuiciar el cohecho internacional, y proporcionen los mecanismos adecuados para aplicar dichas medidas en las investigaciones y los enjuiciamientos de los casos de cohecho internacional.
- XI. Recomienda que los países miembros permitan y promuevan la cooperación y el intercambio de información de manera eficaz y oportuna en el seno de las autoridades nacionales competentes y entre ellas, a fin de mejorar la detección, investigación y enjuiciamiento de los casos de cohecho de servidores públicos extranjeros. En particular, los países miembros deberán tener en cuenta los métodos e instrumentos adecuados para facilitar dicha cooperación.



## Combatir la solicitud de sobornos

- XII. Recomienda que los países miembros:
- i. sensibilicen a los servidores públicos pertinentes, en particular los destinados en el extranjero y al sector privado, sobre los riesgos relacionados con la solicitud de sobornos prestando especial atención a los sectores geográficos e industriales de alto riesgo;
  - ii. ofrezcan formación a sus servidores públicos destinados en el extranjero sobre información y medidas a adoptar para asistir a las empresas que se enfrentan a una solicitud de soborno, en su caso, y faciliten instrucciones claras sobre las autoridades que deben ser informadas de las acusaciones relativas a la solicitud de soborno y de cohecho internacional;
  - iii. en su caso, lleven a cabo acciones coordinadas con otros países miembros y no miembros, a fin de colaborar con el país de destino en la lucha contra la solicitud y la aceptación de sobornos;
  - iv. consideren la posibilidad de promover iniciativas colectivas anticuhecho o de participar en ellas junto con representantes de los sectores público y privado, así como con organizaciones de la sociedad civil, a fin de luchar contra el cohecho internacional y la solicitud de sobornos.
- XIII. Exhorta a todos los países a que:
- i. sensibilicen a sus servidores públicos con respecto a sus leyes internas sobre la tentativa de corrupción y el cohecho con el propósito de detener la solicitud y la aceptación de sobornos y pagos de facilitación;
  - ii. publiquen en un sitio web abierto al público sus normas sobre obsequios, atenciones sociales y gastos de representación aplicables a los servidores públicos nacionales, para que las personas físicas y las empresas conozcan dichas normas y puedan acatarlas.
- XIV. Recomienda, en vista del efecto corrosivo de los pagos de facilitación, en especial sobre el desarrollo económico sostenible y sobre el Estado de Derecho, que los países miembros:
- i. se comprometan a revisar periódicamente sus políticas y enfoque sobre los pagos de facilitación para combatir eficazmente este fenómeno;

- ii. animen a las empresas a que prohíban o desalienten al uso de pagos de facilitación en los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento, al reconocer que los pagos de ese tipo en general son ilegales en los países donde se hacen, y en todos los casos deben justificarse con precisión en los registros financieros y en los libros contables de esas empresas.

## Sanciones y decomiso

### XV. Recomienda que los países miembros:

- i. adopten las medidas adecuadas —como, por ejemplo, proporcionar orientación y/o formación a las autoridades con funciones coercitivas y a la judicatura, sin perjuicio de las facultades discrecionales de las autoridades judiciales u otras autoridades pertinentes— para ayudar a garantizar que las sanciones impuestas a las personas físicas y jurídicas por cohecho internacional sean transparentes, eficaces, proporcionales y disuasorias en la práctica, y tengan en cuenta la cuantía del soborno pagado y el valor de cualesquiera beneficios obtenidos y otras circunstancias atenuantes o agravantes;
- ii. con el fin de incentivar y recompensar las buenas prácticas empresariales, consideren la posibilidad de tener en cuenta circunstancias atenuantes, como: a. la comunicación completa, oportuna y voluntaria a las autoridades con funciones coercitivas de información relativa a faltas de conducta; b. la plena cooperación con las autoridades con funciones coercitivas, incluida la comunicación de todos los hechos pertinentes relativos a la infracción de que se trate; c. la aceptación de responsabilidad; o d. la vía de reparación oportuna y adecuada, incluida la implementación de un programa eficaz de ética y cumplimiento o su mejora;
- iii. hagan públicos y accesibles, de conformidad con las normas de protección de datos y el derecho a la intimidad, según proceda, y por cualquier medio apropiado, elementos importantes de los casos resueltos de cohecho de servidores públicos extranjeros y de los delitos conexos previstos en los artículos 7 y 8 de la Convención Anticohecho de la OCDE (en lo sucesivo, «delitos conexos»), incluidos los principales hechos, las personas físicas o jurídicas sancionadas, las sanciones aprobadas y la base para aplicar dichas sanciones.

### XVI. Recomienda que los países miembros, a fin de contribuir a que los delitos de cohecho internacional se castiguen con sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias:

- i. hagan pleno uso, siempre que sea posible y apropiado, de las medidas previstas en sus legislaciones nacionales para la detección, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de sobornos y del producto del cohecho de servidores públicos extranjeros, o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- ii. desarrollen un enfoque proactivo para la detección, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de sobornos y del producto del cohecho de servidores públicos extranjeros, o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto, en particular en el contexto de los procedimientos relacionados con personas jurídicas;
- iii. sensibilicen a las autoridades con funciones coercitivas y otras autoridades competentes sobre la importancia de llevar a cabo investigaciones financieras exhaustivas para detectar y recuperar sobornos y el producto del cohecho de servidores públicos extranjeros, así como de decomisar los sobornos y el producto del cohecho de servidores públicos extranjeros, o los bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; y
- iv. consideren la posibilidad de elaborar, publicar y difundir directrices dirigidas a las autoridades con funciones coercitivas sobre la detección, cuantificación y decomiso de sobornos y del producto del cohecho de servidores públicos extranjeros, o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto.

### **Resoluciones extrajudiciales**

- XVII. Recomienda que los países miembros consideren la posibilidad de utilizar diversas formas de resolución de los asuntos penales, administrativos y civiles en los que las partes sean tanto personas físicas como jurídicas, en particular las resoluciones extrajudiciales. Las resoluciones extrajudiciales se refieren a los mecanismos desarrollados y utilizados para resolver cuestiones sin un procedimiento administrativo o judicial completo, sobre la base de un acuerdo alcanzado con una persona física o jurídica y la fiscalía u otra autoridad.
- XVIII. Recomienda que los países miembros velen por que las resoluciones extrajudiciales utilizadas para resolver asuntos relacionados con los delitos previstos en la Convención Anticohecho de la OCDE se ajusten a los principios de tutela judicial efectiva, transparencia y rendición de cuentas y, en particular:
  - i. adopten un marco claro y transparente con respecto a las resoluciones extrajudiciales, en el que se establezca especialmente

- las autoridades facultadas para dictarlas, si estas resoluciones están a disposición de las personas físicas y/o jurídicas, y, cuando proceda, el requisito de que el presunto infractor admita los hechos y/o la culpabilidad;
- ii. elaboren criterios claros y transparentes en relación con el uso de las resoluciones extrajudiciales que incluyan, cuando proceda, la comunicación voluntaria de las faltas de conducta, la cooperación con las autoridades con funciones coercitivas y las medidas de reparación;
  - iii. faciliten información clara y accesible públicamente sobre las ventajas de las resoluciones extrajudiciales para el presunto infractor;
  - iv. en su caso, y de conformidad con las normas de protección de datos y el derecho a la intimidad, según proceda, hagan públicos los elementos de las resoluciones extrajudiciales, en particular:
    - a. los principales hechos y las personas físicas y/o jurídicas afectadas;
    - b. las consideraciones pertinentes para concluir el asunto mediante una resolución extrajudicial;
    - c. la naturaleza de las sanciones impuestas y el motivo de su aplicación;
    - d. las medidas de reparación, incluidas la adopción de controles internos y de programas o medidas de cumplimiento en lo que se refiere a la lucha contra la corrupción y de vigilancia, o su mejora;
  - v. velen por que los asuntos de cohecho internacional concluidos mediante resoluciones extrajudiciales reciban sanciones transparentes, eficaces, proporcionales y disuasorias, como exige el artículo 3 de la Convención Anticohecho de la OCDE;
  - vi. velen por que la resolución extrajudicial de los asuntos de cohecho internacional no constituye un obstáculo para la investigación y el enjuiciamiento efectivos de personas físicas o jurídicas en otros países y, en general, permita una cooperación internacional eficaz, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Convención Anticohecho de la OCDE;
  - vii. velen por que la conclusión de un asunto mediante una resolución extrajudicial en el que intervenga una persona física o jurídica, se

entienda sin perjuicio de las acciones ejecutivas contra otras personas físicas o jurídicas pertinentes, en su caso;

- viii. velen por que las resoluciones extrajudiciales se sometan a una supervisión adecuada por parte de, por ejemplo, la judicatura, un organismo público independiente u otra autoridad competente pertinente, incluidas las autoridades con funciones coercitivas

### Cooperación internacional

XIX. Recomienda que, para combatir eficazmente el cohecho de los servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, con arreglo a sus principios jurisdiccionales y a otros principios jurídicos básicos, los países miembros consulten y cooperen con las autoridades competentes de otros países y, según proceda, con redes internacionales y regionales encargadas de hacer cumplir la ley que incluyan a países miembros y no miembros, en investigaciones y en otras diligencias jurídicas respecto a casos específicos de cohecho, a través de recursos como el intercambio de información de manera espontánea o previa solicitud, la presentación de pruebas, la extradición, así como la detección, el embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la recuperación del producto del cohecho de servidores públicos extranjeros. A este respecto:

#### A. Procedimientos de asistencia judicial recíproca

A fin de combatir eficazmente el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, los países miembros deberán:

- i. hacer pleno uso de los acuerdos y convenios vigentes en materia de asistencia judicial internacional y, cuando sea necesario, suscribir nuevos acuerdos o convenios para ese propósito;
- ii. garantizar la existencia de sistemas para enviar y recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca, que sea claramente conocidas y de fácil acceso;
- iii. con arreglo a los artículos 9 y 10 de la Convención Anticohecho de la OCDE, hacer lo posible para que sus legislaciones nacionales proporcionen una base adecuada para la asistencia judicial recíproca, a todos los efectos, de conformidad con las leyes, tratados, acuerdos y convenios pertinentes, en particular para aportar pruebas, efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos, rastrear y detectar los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y decomisar y

- recuperar el producto del cohecho de servidores públicos extranjeros;
- iv. con el mayor alcance posible con arreglo a las leyes nacionales y los tratados y convenios pertinentes, prestar asistencia judicial recíproca en las investigaciones y procedimientos no penales comprendidos en el ámbito de aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y en los que estén implicadas personas jurídicas, en particular cuando las investigaciones y procedimientos no penales no estén directamente relacionados con procesos penales en los que estén implicadas personas físicas;
  - v. considerar vías para facilitar la asistencia judicial recíproca entre países miembros y con países que no sean parte en la Convención Anticohecho de la OCDE en los casos de ese tipo de cohecho, en particular por lo que respecta a los umbrales probatorios para algunos países miembros;
  - vi. facilitar una tramitación rápida y eficaz de las solicitudes de asistencia judicial recíproca recibidas y enviadas;
  - vii. garantizar que sus leyes de prescripción sean adecuadas para prestar y solicitar, sin demora y de manera eficaz, asistencia judicial recíproca en los casos de cohecho internacional;
  - viii. velar por que se establezca un marco institucional eficaz para la asistencia judicial recíproca y por que los recursos para la prestación y la solicitud de asistencia judicial recíproca se utilicen de manera adecuada y eficiente. En particular, los países miembros deberán garantizar que las autoridades responsables de gestionar la recepción y el envío de solicitudes de asistencia judicial recíproca dispongan de personal suficiente con los conocimientos especializados necesarios y que el personal pertinente pueda acceder a la formación adecuada, en particular sobre el marco de asistencia judicial recíproca y sobre las políticas y los requisitos de redacción aplicables a las solicitudes enviadas, en su caso;
  - ix. considerar la posibilidad de utilizar tecnologías para aumentar la eficiencia del proceso de asistencia judicial recíproca —como, por ejemplo, utilizar el equipo adecuado para supervisar los progresos realizados en las solicitudes de asistencia judicial recíproca enviadas y recibidas, enviar las solicitudes de asistencia judicial recíproca en formato digital y presentar la información facilitada en respuesta a las solicitudes de asistencia judicial recíproca en un formato digital apropiado para su uso por el país solicitante—;

- x. adoptar un enfoque proactivo a la hora de solicitar cooperación internacional en relación con los delitos previstos en la Convención Anticohecho de la OCDE, en particular mediante la sensibilización y la formación de las autoridades competentes para detectar casos de cohecho internacional que requieran asistencia judicial recíproca, con miras a procurar que una solicitud de asistencia judicial recíproca pendiente de envío no ponga en peligro una investigación en curso.

#### B. Intensificación de la cooperación internacional

Los países miembros deberán:

- i. adoptar medidas eficaces para, según proceda, promover la cooperación directa con las autoridades competentes de otros países miembros, entre ellas:
  - a. suscribir acuerdos o convenios bilaterales de asistencia judicial recíproca con otros países miembros y hacer pleno uso de los acuerdos vigentes;
  - b. participar activamente en redes internacionales y regionales encargadas de hacer cumplir la ley especializadas en la lucha contra la corrupción y en las que participen países miembros y no miembros; y
  - c. promover, cuando proceda, el intercambio de miembros del personal y expertos y, en particular, la asignación de destino de funcionarios de enlace en otros países u organizaciones internacionales;
- ii. considerar la posibilidad de transmitir información sin solicitud previa, cuando proceda y de conformidad con las leyes nacionales y los tratados y convenios pertinentes, a una autoridad competente de otro país miembro, cuando esa información pueda ayudar a dicho país a emprender investigaciones o concluir con éxito los procedimientos. La transmisión de información de manera espontánea deberá entenderse sin perjuicio de las investigaciones y procedimientos llevados a cabo por la autoridad competente del país miembro que facilita la información;
- iii. tener en cuenta, de conformidad con las leyes nacionales y los tratados y convenios pertinentes, formas complementarias de intercambio de información a nivel internacional a través de otros mecanismos, como, por ejemplo, facilitando: a) el intercambio de información financiera a través de las unidades de inteligencia financiera; b) el intercambio de información fiscal; c) el intercambio de información con los reguladores financieros; y d) la cooperación,

según proceda, en el seno de las redes internacionales y regionales pertinentes;

- iv. investigar sin demora las acusaciones fundadas de cohecho de servidores públicos extranjeros que les remitan organizaciones gubernamentales internacionales, como los bancos multilaterales y regionales de desarrollo, y, cuando proceda, solicitar a las organizaciones gubernamentales internacionales el levantamiento del secreto de la investigación interna.

#### C. Asuntos que afectan a múltiples jurisdicciones

Los países miembros deberán:

- i. fomentar, cuando proceda, la coordinación directa en investigaciones y enjuiciamientos simultáneos o paralelos, en particular a través de medios tales como el intercambio de información y pruebas;
- ii. de conformidad con el artículo 4, apartado 3, de la Convención Anticohecho de la OCDE, cuando varios países miembros tengan jurisdicción sobre un presunto delito descrito en la Convención, considerar, cuando proceda, la posibilidad de celebrar consultas durante la investigación, el enjuiciamiento y la conclusión del caso, de conformidad con sus sistemas jurídicos. Los países miembros también deberán prestar la debida atención al riesgo de enjuiciar a la misma persona física o jurídica en diferentes jurisdicciones por la misma conducta delictiva;
- iii. considerar la posibilidad de coordinar el proceso tan pronto como sea posible y cuando proceda, y de tal manera que se respete la independencia de las distintas jurisdicciones y se reconozcan los beneficios de la cooperación para lograr una aplicación efectiva de la ley. Los países miembros deberán adoptar medidas para garantizar razonablemente que sus esfuerzos de coordinación no afecten de manera indebida a la eficacia de las investigaciones y los enjuiciamientos llevados a cabo en otras jurisdicciones;
- iv. considerar la posibilidad de recurrir a organizaciones internacionales y regionales relevantes que puedan prestar asistencia en las consultas entre países, en su caso;
- v. cuando proceda, y de conformidad con sus leyes nacionales y los tratados y convenios pertinentes, considerar la posibilidad de establecer equipos conjuntos o paralelos de investigación cuando lleven a cabo investigaciones y enjuiciamientos de casos de cohecho de servidores públicos extranjeros que puedan requerir



una acción coordinada y concertada con uno o varios países miembros.

### **Deducibilidad fiscal**

- XX. Recomienda que los países miembros:
- i. apliquen plenamente y con prontitud la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OECD/LEGAL/0371], que recomienda en especial «que los países miembros y otras Partes de la Convención Anticohecho de la OCDE rechacen de manera explícita la deducibilidad fiscal de los cohechos a servidores públicos extranjeros, para todos los fines fiscales de manera eficaz» y que «de acuerdo con sus regímenes jurídicos, instituyan un marco administrativo y jurídico eficiente y proporcionen asesoría para facilitar que las autoridades fiscales denuncien sospechas de cohecho internacional surgidas a raíz del cumplimiento de sus deberes, a las autoridades competentes nacionales adecuadas»;
  - ii. apoyen la vigilancia efectuada por el Comité de Asuntos Fiscales según lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de 2009 sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OECD/LEGAL/0371].

### **Denuncia de actos de cohecho internacional**

- XXI. Recomienda que los países miembros:
- i. establezcan y den a conocer políticas y procedimientos claros mediante los cuales las personas físicas, incluidos los servidores públicos, puedan denunciar a las autoridades competentes cualquier sospecha de cohecho de servidores públicos extranjeros y de delitos conexos, y permitan, en particular, presentar denuncias confidenciales y, en su caso, anónimas;
  - ii. proporcionen sistemas fácilmente accesibles y diversificados para denunciar presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros y delitos conexos, y sensibilicen sobre estos sistemas y sobre la importancia de denunciar cualquier sospecha, facilitando, en particular, orientación y seguimiento para alentar y apoyar a los denunciantes;

- iii. velen por que se adopten las medidas adecuadas para que los servidores públicos puedan denunciar a las autoridades competentes o llamar su atención acerca de presuntos actos de cohecho internacional y delitos conexos detectados en el transcurso de su trabajo, en particular por lo que se refiere a los servidores de organismos públicos que interactúen con empresas que operan en el extranjero, o a los que se les revele información relativa a dichas empresas, entre ellos, las representaciones extranjeras, las unidades de inteligencia financiera, las autoridades fiscales, las autoridades de promoción comercial, los reguladores relevantes de los mercados financieros y de valores, los organismos de lucha contra la corrupción y las autoridades en materia de contratos;
- iv. alienten la detección proactiva por parte de los servidores públicos, en particular de aquellos que interactúen con empresas que operan en el extranjero o a los que se les revele información relativa a dichas empresas, a través de los medios apropiados, como las alertas y el seguimiento de los medios de comunicación, así como la denuncia inmediata de cualquier sospecha de cohecho de servidores públicos extranjeros y de delitos conexos;
- v. examinen periódicamente la eficacia de las políticas, procedimientos y sistemas de presentación de denuncias y consideren la posibilidad de hacer públicos los resultados de estos exámenes periódicos;
- vi. sensibilicen, mediante la formación periódica y otros medios, sobre el delito de cohecho internacional y las obligaciones en materia de presentación de denuncias, entre los servidores de los organismos gubernamentales que puedan ser relevantes en la prevención y/o la detección y denuncia del cohecho internacional, entre ellos, las misiones diplomáticas, los organismos de crédito a la exportación y los organismos de ayuda oficial al desarrollo, a fin de informar a aquellas de sus empresas que operan en el extranjero sobre las leyes relativas al cohecho internacional y la importancia de que los programas de cumplimiento sean eficaces.

### **Protección de los denunciantes**

- XXII. Recomienda que, habida cuenta de la función esencial que pueden desempeñar los denunciantes como fuente de detección de casos de cohecho internacional, los países miembros, de conformidad con sus principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos, establezcan marcos jurídicos e institucionales sólidos y eficaces para

proteger a las personas que trabajan en el sector privado o público que denuncien, basándose en motivos razonables, presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y delitos conexos en un contexto laboral, y/o para reparar cualquier represalia contra ellos, y en particular:

- i. velen por que las autoridades competentes, dotadas de recursos suficientes y bien formadas, apliquen el marco jurídico para la protección de los denunciantes y reciban, investiguen o tramiten de otro modo las denuncias de represalias;
- ii. ofrezcan protección al abanico más amplio posible de denunciantes en un contexto laboral, en particular, según proceda, a aquellos cuya relación laboral haya terminado, a las personas que obtengan información sobre presuntos actos de cohecho internacional durante las etapas avanzadas del proceso de contratación o de las negociaciones contractuales, y a quienes puedan sufrir represalias —por ejemplo, en forma de referencias laborales negativas o listas negras—, y consideren la posibilidad de ampliar la protección a terceros vinculados al denunciante que pudieran sufrir represalias en un contexto laboral;
- iii. velen por que se adopten las medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y el contenido de la denuncia, de conformidad con la legislación nacional, en particular en lo que respecta a las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades competentes o a los procedimientos judiciales;
- iv. consideren la posibilidad de permitir la presentación de denuncias anónimas, y velen por que quienes posteriormente sean identificados y puedan sufrir represalias tengan a su disposición todas las medidas de protección pertinentes;
- v. velen por que se adopten las medidas adecuadas para prohibir o invalidar las disposiciones contractuales cuyo fin sea suspender, rescindir, reducir o modificar los derechos subjetivos y la protección jurídica de las personas que presenten denuncias a las autoridades competentes con respecto a las cuales se requiera obtener protección;
- vi. ofrezcan una definición amplia de las represalias contra los denunciantes que no se limite a las represalias en el lugar de trabajo y que incluya también acciones que puedan provocar daños a la reputación y de carácter profesional, financiero, social, psicológico y físico;

- vii. velen por que los denunciantes dispongan de medidas de reparación adecuadas para compensar las consecuencias directas e indirectas de las represalias sufridas a raíz de una denuncia, con respecto a la cual se requiera obtener protección, incluida una indemnización económica, y de medidas provisionales a la espera de la resolución del procedimiento judicial;
- viii. establezcan sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias para quienes adopten represalias contra los denunciantes;
- ix. en los procedimientos administrativos, civiles o laborales, trasladen la carga de la prueba de las represalias, de tal forma que las personas físicas y jurídicas y entidades tengan que demostrar que tal acción supuestamente adversa contra el denunciante no se llevó a cabo en represalia por la denuncia;
- x. velen por que los denunciantes no sean objeto de procedimientos disciplinarios ni estén sujetos a responsabilidad por presentar denuncias, con respecto a las cuales se requiera obtener protección;
- xi. consideren la posibilidad de introducir incentivos para que se presenten denuncias con respecto a las cuales se requiera obtener protección;
- xii. sensibilicen y ofrezcan formación sobre el diseño y la implementación de marcos jurídicos e institucionales para proteger a los denunciantes y sobre las medidas de protección y de reparación disponibles;
- xiii. examinen periódicamente la eficacia de los marcos jurídicos e institucionales establecidos para proteger a los denunciantes y consideren la posibilidad de hacer públicos los resultados de estos exámenes periódicos;
- xiv. teniendo debidamente en cuenta las normas de protección de datos y el derecho a la intimidad, velen por que dichas normas y las leyes que prohíben la transmisión de información económica o comercial no obstaculicen de manera desproporcionada la presentación de denuncias y la protección de los denunciantes.

### **Requisitos contables, auditoría externa y controles internos, ética y cumplimiento**

- XXIII. Recomienda que los países miembros adopten las medidas necesarias, teniendo en cuenta, cuando proceda, las circunstancias específicas de las empresas, como, por ejemplo, su tamaño, tipo, estructura legal, así

como el sector geográfico e industrial de operación, de manera que las leyes, normas o prácticas relacionadas con los requisitos contables, las auditorías externas, y los controles internos, la ética y el cumplimiento estén en consonancia con los siguientes principios y se apliquen de manera plena para prevenir y detectar el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de acuerdo con sus principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos. A tal efecto:

#### **A. Requisitos contables adecuados**

- i. conforme al artículo 8 de la Convención Anticohecho de la OCDE, los países miembros deberán adoptar las medidas necesarias, dentro del marco de sus leyes y regulaciones, respecto al mantenimiento de libros y registros contables, la divulgación de estados financieros y la aplicación de normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros, la doble contabilidad o las transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y regulaciones, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito;
- ii. conforme al artículo 8 de la Convención, los países miembros deberán establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para tales omisiones y falsificaciones con respecto a los libros contables, los registros, las cuentas y los estados financieros de dichas empresas, y deberán cerciorarse de que las personas físicas y jurídicas puedan ser consideradas responsables de la conducta descrita en el artículo 8, apartado 1, de la Convención;
- iii. los países miembros deberán exigir a las empresas que divulguen en sus estados financieros toda la variedad de pasivos contingentes materiales;
- iv. los países miembros deberán velar por que las autoridades competentes también presten la debida consideración al procedimiento iniciado contra las personas físicas o jurídicas implicadas en los delitos contables cometidos con el fin de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito, tal como se definen en el artículo 8 de la Convención Anticohecho de la OCDE;

## B. Auditoría externa independiente

- i. los países miembros deberán examinar si los requisitos que deben cumplir las empresas para presentar una auditoría externa son adecuados;
- ii. los países miembros y las asociaciones profesionales deberán establecer normas adecuadas para asegurar la independencia de los auditores externos, ya que eso les permite proporcionar una evaluación objetiva de las cuentas, los estados financieros y los controles internos de las empresas;
- iii. los países miembros deberán exigir que el auditor externo que descubra indicios de un presunto acto de cohecho de un servidor público extranjero denuncie este hecho a la dirección general y, según corresponda, a los órganos de supervisión y administración de la empresa;
- iv. los países miembros deberán exhortar a las empresas a que atiendan, de manera activa y eficaz, las denuncias que reciban de un auditor externo relativas a presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros;
- v. los países miembros deberán considerar la posibilidad de obligar al auditor externo a denunciar presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros ante las autoridades competentes ajenas a la empresa, como las autoridades reguladoras o con funciones coercitivas y, en los países donde se permitan esas denuncias, garantizar la protección, contra cualesquiera acciones judiciales, de los auditores que las presenten basándose en motivos razonables.

## C. Controles internos, ética y cumplimiento

Los países miembros deberán alentar:

- i. a las empresas, incluidas las públicas, a que diseñen y adopten controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento adecuados para la prevención y detección del cohecho internacional, teniendo en cuenta la *Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento*, contenida en el anexo II;
- ii. a las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales, según corresponda, en los esfuerzos que realizan para favorecer y ayudar a las empresas, en especial a las pequeñas y medianas empresas, a que diseñen controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento para la prevención y detección del cohecho

internacional, teniendo en cuenta la *Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento*, contenida en el anexo II;

- iii. a la dirección general de las empresas a que declare en sus informes anuales o haga públicos por otra vía sus controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento, incluidos los que contribuyan a prevenir y detectar el cohecho;
- iv. la creación de órganos de supervisión, independientes de la dirección general, como comités de auditoría de los consejos de administración o de los consejos de supervisión;
- v. a las empresas a que implementen marcos para la protección de las personas que denuncien posibles infracciones de la ley, así como sistemas de denuncia, en particular como parte de los controles internos y de las medidas o programas de ética y cumplimiento para la prevención y detección del cohecho de servidores públicos extranjeros, y a que adopten las medidas apropiadas sobre la base de dichas denuncias.

#### **D. Incentivos para el cumplimiento**

Los países miembros deberán:

- i. alentar a los organismos gubernamentales a que —en lo que incumba a las transacciones comerciales internacionales, y cuando proceda— consideren la posibilidad de incluir controles internos y programas o medidas de ética y cumplimiento para la prevención y detección del cohecho internacional en sus decisiones relativas a la concesión de ventajas públicas, como, por ejemplo, subvenciones públicas, licencias, contratos de adquisiciones públicas, contratos financiados con ayuda oficial al desarrollo y créditos oficiales para la exportación;
- ii. cuando apliquen medidas para incentivar a las empresas a que diseñen programas o medidas de cumplimiento, ofrecer formación y orientación a sus organismos gubernamentales pertinentes, sobre la manera en que se toman en consideración los controles internos y los programas o medidas de ética y cumplimiento en los procesos públicos de adopción de decisiones, y velar por que esa orientación se dé a conocer a las empresas y puedan acceder fácilmente a ella;
- iii. alentar a las autoridades con funciones coercitivas a que, en el contexto de la sanción del cohecho internacional y de los delitos conexos, consideren la posibilidad de aplicar medidas para incentivar a las empresas a que diseñen controles internos y programas o medidas de ética y cumplimiento eficaces, en particular como posible circunstancia

atenuante. No obstante, los países miembros deberán velar por que la mera existencia de controles internos y de programas o medidas de ética y cumplimiento no exoneren totalmente a la persona jurídica de su responsabilidad, por que la consideración final de dichos programas o medidas siga siendo responsabilidad exclusiva de la judicatura, las autoridades con funciones coercitivas u otras autoridades públicas, y por que las sanciones sigan siendo eficaces, proporcionales y disuasorias, de conformidad con el artículo 3 de la Convención Anticohecho de la OCDE;

- iv. cuando apliquen medidas para incentivar a las empresas a que diseñen programas o medidas de cumplimiento, velar por que las autoridades competentes consideren la posibilidad de ofrecer formación y orientación sobre la evaluación de la idoneidad y eficacia de los controles internos y los programas o medidas de ética y cumplimiento para la prevención y detección del cohecho internacional, así como sobre la manera en que se toman en consideración esos programas o medidas en el contexto de la sanción del cohecho internacional, y velar por que esa información u orientación se dé a conocer a las empresas y puedan acceder fácilmente a ella, cuando proceda.

### **Ventajas públicas, incluidas las adquisiciones públicas**

XXIV. Recomienda que:

- i. las leyes y regulaciones de los países miembros permitan de forma adecuada a las autoridades suspender o excluir de los concursos para la adjudicación de contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo —incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial al desarrollo— a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros en infracción de las leyes nacionales de ese país miembro, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes. Toda vez que las leyes y regulaciones de un país miembro permitan la aplicación de tales medidas a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, también debería permitirse en caso de cohecho de servidores públicos extranjeros;
- ii. los países miembros velen por que los organismos gubernamentales pertinentes puedan acceder a la información sobre las empresas sancionadas por cohecho internacional o, si esto no es posible, puedan obtener esta información de las empresas;
- iii. cuando proceda y en la medida de lo posible, al adoptar esas decisiones sobre la suspensión y exclusión, los países miembros



tengan en cuenta, como circunstancias atenuantes, las medidas correctoras adoptadas por las empresas para hacer frente a riesgos específicos de cohecho internacional, así como a cualquier laguna en sus controles internos y programas o medidas de ética y cumplimiento;

- iv. los países miembros ofrezcan orientación y formación a los organismos gubernamentales pertinentes sobre las medidas de suspensión y exclusión aplicables a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros y sobre las medidas correctoras que pueden adoptar las empresas, en particular los controles internos y los programas o medidas de ética y cumplimiento, y que pueden tenerse en cuenta;
- v. de acuerdo con la Recomendación de 2016 del Consejo para los Agentes de Cooperación para el Desarrollo sobre la Gestión del Riesgo de Corrupción [OECD/LEGAL/0431], los países miembros exijan disposiciones contra la corrupción en las adquisiciones financiadas con ayuda bilateral, promuevan la aplicación adecuada de disposiciones contra la corrupción en las instituciones de desarrollo internacional, en particular en los bancos multilaterales de desarrollo, y trabajen en estrecha colaboración con los asociados para el desarrollo con el objetivo de combatir la corrupción en todas las iniciativas de cooperación para el desarrollo;
- vi. los países miembros apoyen los esfuerzos del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE para aplicar los principios contenidos en la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública [OECD/LEGAL/0411], y trabajen en la transparencia de las adquisiciones públicas en otras organizaciones gubernamentales internacionales como las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Unión Europea. Además, se les exhorta a adherirse a las normas internacionales pertinentes como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

### **Créditos oficiales para la exportación**

XXV. Recomienda que:

- i. los países parte en la Convención Anticohecho de la OCDE que no sean miembros de la OCDE se adhieran a la Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación [OECD/LEGAL/0447] y la implementen;

- ii. los países miembros apoyen los esfuerzos llevados a cabo por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Créditos para la Exportación y Garantías Crediticias para supervisar la implementación de la Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación [OECD/LEGAL/0447].

### **Protección de datos**

XXVI. Recomienda que, teniendo debidamente en cuenta las normas de protección de datos y el derecho a la intimidad:

- i. los países miembros velen por que el cumplimiento de las normas y las leyes en materia de protección de datos que prohíben la transmisión de información económica o comercial no obstaculice indebidamente la eficacia de la cooperación internacional en las investigaciones y los enjuiciamientos de casos de cohecho internacional y de delitos conexos, de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Convención Anticohecho de la OCDE;
- ii. los países miembros velen por que el acatamiento de las normas y las leyes en materia de protección de datos que prohíben la transmisión de información económica o comercial no obstaculice indebidamente la eficacia de los controles internos y los programas o medidas de ética y cumplimiento dirigidos a la lucha contra la corrupción, en particular los mecanismos de denuncia internos y los procesos de diligencia debida y de investigación interna;
- iii. los países miembros que disponen de normas aplicables en materia de protección de datos ofrezcan orientación a las empresas y, cuando proceda, consideren la posibilidad de aprobar regulaciones que permitan el tratamiento de datos en los procesos de diligencia debida y de investigación interna relacionados con la lucha contra la corrupción.

### **Seguimiento y acuerdos institucionales**

XXVII. Ordena al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales que lleve a cabo un programa permanente de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención Anticohecho de la OCDE y de la presente Recomendación, en colaboración con el Comité de Asuntos Fiscales, el Comité de Asistencia para el Desarrollo, el Comité de Inversiones, el Comité de Gobernanza Pública, el Grupo de Trabajo sobre Créditos para la Exportación y Garantías Crediticias, así como

con otros órganos de la OCDE, según corresponda. En especial, este seguimiento incluirá:

- i. la continuación del programa de vigilancia rigurosa y sistemática de la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de la presente Recomendación por parte de los países miembros, para promover la aplicación plena de estos instrumentos, en particular mediante un sistema permanente de evaluación mutua, en el que el Grupo de Trabajo sobre Cohecho examina a cada país miembro sucesivamente, sobre la base de un informe que proporcionará una valoración objetiva del progreso del país miembro en la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de la presente Recomendación, y que se hará público;
- ii. la recepción de notificaciones y de otra información que presenten los países miembros al Grupo de Trabajo sobre Cohecho respecto a las autoridades que sirvan de vías de comunicación para facilitar la cooperación internacional a la hora de aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y la presente Recomendación;
- iii. la presentación de informes de manera periódica en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho respecto de las medidas adoptadas por los países miembros para aplicar la Convención Anticohecho de la OCDE y la presente Recomendación, en particular la presentación de información no confidencial sobre investigaciones y enjuiciamientos de casos de cohecho de servidores públicos extranjeros, así como, cuando proceda, respecto de las medidas adoptadas para sancionar la solicitud de sobornos en los casos de cohecho internacional;
- iv. las reuniones voluntarias de los funcionarios directamente encargados de hacer cumplir la ley por lo que se refiere al delito de cohecho internacional, a fin de analizar las mejores prácticas y los temas horizontales relativos a la investigación y el enjuiciamiento del cohecho de servidores públicos extranjeros, además de su participación voluntaria en las sesiones plenarias del Grupo de Trabajo sobre Cohecho, en la vigilancia de los países y en otras actividades pertinentes;
- v. el examen de las tendencias, los temas y las contramedidas imperantes en materia de cohecho internacional, como, por ejemplo, realizando trabajos sobre tipologías y estudios comparados entre países;
- vi. el diseño de herramientas y de mecanismos para aumentar la repercusión de la vigilancia y el seguimiento, además de

sensibilizar, en particular a través de la investigación, las valoraciones de amenazas de cohecho y la presentación de datos no confidenciales sobre la aplicación de la ley y la elaboración de informes públicos al respecto, con carácter anual;

- vii. la divulgación sistemática de información al público sobre su trabajo y actividades, y sobre la aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y de la presente Recomendación; y
- viii. la presentación de informes al Consejo sobre la aplicación de la presente Recomendación a más tardar cinco años después de su adopción y, posteriormente, al menos cada cinco años.

XXVIII. Señala la obligación de los países miembros de cooperar estrechamente en este programa de seguimiento, de acuerdo con el artículo 3 de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, de 14 de diciembre de 1960, y el artículo 12 de la Convención Anticohecho de la OCDE.

### **Cooperación con no miembros**

- XXIX. Hace un llamamiento a los países no miembros que sean grandes exportadores e inversionistas extranjeros para que se adhieran a la Convención Anticohecho de la OCDE y a la presente Recomendación, apliquen ambas y además participen en cualquier mecanismo institucional de aplicación o seguimiento.
- XXX. Ordena al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales que proporcione un foro de consultas con países que aún no se hayan adherido, para promover una participación más amplia en la Convención Anticohecho de la OCDE y la presente Recomendación, así como su seguimiento.

### **Relaciones con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional y el sector privado**

- XXXI. Invita al Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales a consultar y colaborar con las organizaciones y las instituciones financieras internacionales que participan en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, y a consultar con regularidad a las organizaciones no gubernamentales y a los representantes de la comunidad empresarial que se muestren activos en este campo.

## ANEXO I

### **Guía de buenas prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**

Teniendo en cuenta los hallazgos y las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales incluidos en su programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (la Convención Anticohecho de la OCDE), como exige el artículo 12 de la Convención, las buenas prácticas para aplicar plenamente artículos específicos de la Convención han evolucionado como sigue:

#### **A. Artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE: el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros**

1. El artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE deberá aplicarse de tal manera que no ofrezca un medio de defensa ni de excepción cuando el servidor público extranjero solicite un soborno.
2. Los países miembros deberán emprender campañas públicas para sensibilizar al respecto y proporcionar orientación escrita específica al público sobre sus leyes de aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE y los Comentarios sobre la Convención.
3. Los países miembros deberán ofrecer información y formación, según proceda, a sus servidores públicos comisionados en el exterior sobre sus leyes de aplicación de la Convención Anticohecho de la OCDE, de manera que dicho personal pueda facilitar información fundamental a aquellas de sus empresas que operan en países extranjeros y asistencia adecuada cuando esas empresas se enfrenten a una solicitud de sobornos.

#### **B. Artículo 2 de la Convención Anticohecho de la OCDE: responsabilidad de las personas jurídicas**

1. Los países miembros deberán garantizar que las empresas públicas puedan ser consideradas responsables del cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.
2. Los sistemas de los países miembros para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no deberán limitar la responsabilidad a los casos en que las personas físicas que cometieron el delito sean procesadas y condenadas.

3. Los sistemas de los países miembros para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales deberán adoptar uno de los siguientes enfoques:

- a. el nivel de autoridad de la persona cuya conducta da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica es flexible y refleja la amplia variedad de sistemas para la adopción de decisiones en las personas jurídicas; o
- b. el enfoque es equivalente en cuanto a la funcionalidad al precedente, aunque solo se aplica a actos de personas con un poder de dirección del más alto nivel, habida cuenta de que están comprendidos los siguientes casos:
  - una persona con un poder de dirección del más alto nivel ofrece, promete o da un soborno a un servidor público extranjero;
  - una persona con un poder de dirección del más alto nivel ordena o autoriza a una persona de nivel más bajo que ofrezca, prometa o dé un soborno a un servidor público extranjero, y
  - una persona con un poder de dirección del más alto nivel no logra evitar que una persona de nivel más bajo soborne a un servidor público extranjero, como, por ejemplo, al no supervisarla o al no implementar controles internos y programas o medidas de ética y cumplimiento adecuados.

4. De conformidad con los artículos 2 y 4 de la Convención Anticohecho de la OCDE y el Comentario conexo, los países miembros deberán:

- a. explorar todos los principios en materia de jurisdicción previstos en su legislación al investigar y enjuiciar a personas jurídicas por delitos de cohecho internacional, en particular para determinar la jurisdicción en virtud del principio de personalidad activa y territorial;
- b. al hacer valer la jurisdicción en virtud del principio de personalidad activa sobre las personas jurídicas con el fin de investigar y enjuiciar el cohecho de servidores públicos extranjeros, tener en cuenta, entre otros criterios, las leyes en virtud de las cuales la persona jurídica se estableció o está organizada, o la sede de la persona jurídica o su dirección y control efectivos;
- c. hacer lo posible por ejercer la jurisdicción adecuada sobre las personas jurídicas, independientemente de que tengan jurisdicción sobre la persona física que cometió el delito de cohecho de un servidor público extranjero.

5. Los países miembros deberán disponer de normas u otras medidas adecuadas para que las personas jurídicas no puedan eludir la responsabilidad o las sanciones que les corresponda por la comisión de actos de cohecho internacional y de delitos conexos mediante su reestructuración, su fusión, su absorción o la modificación de su identidad empresarial de cualquier otra forma.

**C. Responsabilidad por la comisión del delito de cohecho mediante intermediarios**

1. Los países miembros deberán garantizar que, de conformidad con el artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE y con el principio de equivalencia funcional mencionado en el Comentario 2 sobre dicha Convención, las personas jurídicas no puedan eludir su responsabilidad usando intermediarios, en particular personas jurídicas relacionadas y otros terceros, independientemente de su nacionalidad, para ofrecer, prometer o dar sobornos en su nombre a un servidor público extranjero.

2. Los países miembros deberán emprender actividades de sensibilización tanto en el sector público como en el privado y, en particular, entre las autoridades con funciones coercitivas pertinentes a este respecto.

**D. Artículo 5: aplicación de la ley**

1. Los países miembros deberán mantenerse alerta para que las investigaciones y los enjuiciamientos de casos de cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no se vean influidos por consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro país o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas, de conformidad con el artículo 5 de la Convención Anticohecho de la OCDE.

2. Los países miembros deberán velar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, por que el umbral probatorio o cualquier otra norma necesaria para iniciar investigaciones no se aplique de manera que impida la investigación y el enjuiciamiento efectivos del cohecho de servidores públicos extranjeros.

## ANEXO II

### Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento

#### Introducción

La Guía de buenas prácticas (en lo sucesivo, «Guía») está dirigida a las empresas, incluidas las públicas, para que establezcan controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho de servidores públicos extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales (en lo sucesivo, «cohecho internacional»), y garanticen su eficacia, así como a las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales, que desempeñan una función indispensable en la asistencia a las empresas en este empeño. Reconoce que para que sean eficaces, dichos controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento deberán estar interconectados con el sistema de cumplimiento general de las empresas. Se pretende que sirva como guía no jurídicamente vinculante para las empresas a la hora de establecer controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento que sean eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional. La Guía es flexible y las empresas, en especial las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo, «pymes»), podrán adaptarla a sus circunstancias específicas, por ejemplo, su tamaño, tipo, estructura jurídica y sector geográfico e industrial de operación, así como a los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos conforme a los cuales operan.

#### A. Guía de buenas prácticas para las empresas

Para que los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento sean eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional deberán diseñarse sobre la base de una evaluación de riesgos que tenga en cuenta las circunstancias específicas de las empresas, en especial los riesgos en materia de cohecho internacional a los que se enfrentan (como, por ejemplo, su sector geográfico e industrial de operación, entorno regulatorio, posibles clientes y socios empresariales, transacciones con gobiernos extranjeros y uso de terceros). Esas circunstancias y riesgos deberán supervisarse, reevaluarse y tenerse en cuenta con regularidad, según sea necesario, para determinar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento y asegurar la eficacia continua de los controles internos y de las medidas o programas de ética y cumplimiento de las empresas. Las empresas deberán considerar, *inter alia*, las siguientes buenas prácticas para que los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento sean eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional:



1. el apoyo y respaldo sólido, explícito y evidente por parte del consejo de administración, o de un órgano rector o directivo superior equivalente, a los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa para prevenir y detectar el cohecho internacional, con el objetivo de implementar una cultura de ética y cumplimiento;
2. una política empresarial transparente y enunciada de manera clara que prohíba el cohecho internacional, a la que puedan acceder con facilidad todos los empleados y terceros pertinentes, incluidas las filiales extranjeras, cuando proceda, y debidamente traducida;
3. la obligación de las personas físicas, independientemente del nivel que ocupen en la empresa, de acatar esta prohibición y los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento respectivos;
4. la obligación de uno o más altos directivos —como, por ejemplo, el director de cumplimiento—, con un nivel adecuado de autonomía de la dirección general y otras funciones operacionales, recursos, acceso a las fuentes de datos pertinentes, experiencia, cualificación y autoridad, de vigilar las medidas o programas de ética y cumplimiento concernientes al cohecho internacional, y su competencia para presentar denuncias directamente a órganos de supervisión independientes, el órgano directivo superior, el consejo de administración o un órgano rector equivalente, el consejo de supervisión u otros comités pertinentes;
5. medidas o programas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho internacional, aplicables a todos los directores, servidores y empleados, y aplicables a todas las entidades sobre las cuales la empresa tenga un control eficaz —como las filiales—, *inter alia*, en las siguientes esferas:
  - i. obsequios;
  - ii. atenciones sociales y gastos de representación;
  - iii. viajes, en particular viajes de clientes;
  - iv. contribuciones políticas;
  - v. donaciones benéficas y patrocinios;
  - vi. pagos de facilitación;
  - vii. solicitud de sobornos y extorsión;
  - viii. conflictos de intereses;
  - ix. procesos de contratación;
  - x. riesgos asociados al uso de intermediarios, especialmente aquellos que interactúan con servidores públicos extranjeros; y
  - xi. procesos para responder a las licitaciones públicas, en su caso;

6. medidas o programas de ética y cumplimiento para prevenir y detectar el cohecho internacional aplicables, cuando proceda y teniendo en cuenta los acuerdos contractuales pertinentes, a terceros, como agentes y otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, contratistas y proveedores, consorcios y empresas en participación (en lo sucesivo, «socios empresariales»), que incluyan, *inter alia*, los siguientes elementos indispensables:

- i. la diligencia debida basada en riesgos correctamente documentados en lo concerniente a la contratación, así como la vigilancia constante y adecuada de los socios empresariales durante toda la relación comercial;
- ii. la comunicación a los socios empresariales del compromiso, asumido por la empresa, de acatar las leyes sobre las prohibiciones contra el cohecho internacional, y de las medidas o programas de ética y cumplimiento implementados por la empresa para prevenir y detectar ese cohecho;
- iii. la búsqueda de un compromiso recíproco de los socios empresariales;
- iv. la aplicación de mecanismos para que, en las cláusulas contractuales, cuando proceda, se describan específicamente los servicios que deban prestarse, para que las condiciones de pago sean apropiadas, para que se lleve a cabo el trabajo descrito en el contrato y para que la remuneración sea proporcional a los servicios prestados;
- v. en su caso, la protección de los derechos de auditoría de la empresa para analizar los libros y registros de los socios empresariales y el ejercicio de dichos derechos, según proceda;
- vi. el establecimiento de mecanismos adecuados para hacer frente a los actos de cohecho internacional cometidos por socios empresariales, incluido, por ejemplo, el derecho de resolución del contrato;

7. un sistema de procedimientos financieros y contables, incluido un sistema de controles internos, diseñado razonablemente para que el mantenimiento de los libros, registros y cuentas sea fiel y exacto y no puedan usarse con fines de cohecho internacional ni de ocultar ese delito;

8. el uso de sistemas de control interno para identificar comportamientos indicativos del delito de cohecho internacional, en particular, según proceda, mediante la aplicación de tecnologías innovadoras;

9. medidas diseñadas para que todos los niveles de la empresa —y, cuando proceda, los socios empresariales— reciban comunicaciones periódicas y efectivas y una formación documentada sobre las medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa respecto al cohecho internacional;

10. medidas adecuadas para fomentar, apoyar e incentivar la observancia de las medidas o programas de ética y cumplimiento contra el cohecho internacional, en todos los niveles de la empresa —en particular, integrando la ética y el cumplimiento en los procesos de recursos humanos—, con el objetivo de implementar una cultura de cumplimiento;

11. medidas para hacer frente a los casos de presunto cohecho internacional, que pueden incluir:

- i. procesos para identificar, investigar y denunciar las faltas de conducta y colaborar de manera genuina y proactiva con las autoridades con funciones coercitivas;
- ii. vías de reparación, incluidos, *inter alia*, el análisis de las causas fundamentales de las faltas de conducta y la subsanación de las deficiencias detectadas en los programas o medidas de cumplimiento de la empresa;
- iii. medidas y procedimientos disciplinarios adecuados y coherentes para poner remedio, entre otras cosas, a las infracciones, en todos los niveles de la empresa, de las leyes contra el cohecho internacional, así como medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa con respecto al cohecho internacional; y
- iv. una comunicación adecuada para sensibilizar sobre estas medidas y una aplicación coherente de los procedimientos disciplinarios en toda la empresa;

12. medidas efectivas para proporcionar asesoría y orientación a directores, servidores, empleados y, cuando proceda, a socios empresariales sobre el acatamiento de las medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa, en particular cuando necesiten asesoría urgente sobre situaciones difíciles en jurisdicciones extranjeras, así como medidas para garantizar que no haya represalias contra cualquier persona dentro de la empresa que reciba órdenes o presiones, en particular de los superiores jerárquicos, para que participe en actos de cohecho internacional y decida no hacerlo;

13. un marco sólido y eficaz para proteger a los denunciantes, que incluya:

- i. la presentación de denuncias de forma interna, confidencial y, en su caso, anónima por parte de directores, servidores, empleados y, en su caso, socios empresariales, que no estén dispuestos a infringir la ética o las normas profesionales bajo las órdenes o presiones de superiores jerárquicos, y su protección contra cualquier forma de represalia, así como de las personas que estén dispuestas a denunciar las infracciones de la ley o de la ética o las normas profesionales que se produzcan dentro de la empresa basándose en motivos razonables; y

- ii. procedimientos claramente definidos y sistemas visibles, accesibles y diversificados de denuncia de infracciones de la ley o de la ética o las normas profesionales que se produzcan dentro de la empresa;

14. revisiones y evaluaciones de los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento, así como formación, diseñadas para evaluar y aumentar su eficacia en la prevención y detección del cohecho internacional, tanto de forma periódica como, según las circunstancias específicas, teniendo en cuenta la evolución del perfil de riesgo de la empresa, como, por ejemplo:

- i. los cambios en la actividad, la estructura y el modelo operativo de la empresa,
- ii. los resultados de la supervisión y la auditoría,
- iii. los avances pertinentes en la materia,
- iv. la evolución en las normas internacionales y sectoriales, y
- v. las lecciones aprendidas de la posible falta de conducta de la empresa y de otras empresas que se enfrentan a riesgos similares sobre la base de la documentación y los datos pertinentes;

15. en los casos de fusiones y adquisiciones, la diligencia debida global basada en los riesgos de los objetivos de la adquisición, la incorporación inmediata de la empresa adquirida a sus controles internos y sus programas de ética y cumplimiento, y la formación de nuevos empleados y las auditorías posteriores a la adquisición;

16. la comunicación externa del compromiso de la empresa de implementar controles internos y programas de ética y cumplimiento eficaces.

## **B. Medidas de las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales**

Las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales pueden desempeñar una función esencial a la hora de ayudar a las empresas, en especial a las pymes, para que diseñen controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento que sean eficaces para prevenir y detectar el cohecho internacional. Ese apoyo puede incluir, *inter alia*:

1. divulgar información sobre temas de cohecho internacional, como, por ejemplo, respecto a los adelantos pertinentes, en foros regionales e internacionales, y ofrecer acceso a las bases de datos adecuadas;
2. ofrecer formación, prevención, diligencia debida y otras herramientas de facilitación del cumplimiento;

3. ofrecer asesoría general para llevar a cabo la diligencia debida, y
4. ofrecer asesoría general y apoyo para luchar contra la extorsión y solicitud de sobornos, en particular, cuando proceda, promoviendo iniciativas colectivas.

Las asociaciones profesionales con competencias regulatorias respecto a determinadas profesiones también pueden desempeñar un papel importante en la adopción y aplicación de normas éticas sólidas, en particular estableciendo marcos sobre las medidas que deben adoptar sus miembros para prevenir el cohecho o cuando se enfrenten a presuntos actos de cohecho internacional y a delitos conexos cometidos por clientes o empleadores.

#### **4. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales**

25 de mayo de 2009

EL CONSEJO,

Teniendo en cuenta el artículo 5 b) del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo sobre la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros [C(96)27/FINAL] (en adelante Recomendación de 1996) a la que sucede la presente Recomendación;

Teniendo en cuenta la Recomendación revisada del Consejo sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales [C(97)123/FINAL];

Teniendo en cuenta el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante, Convenio anticorrupción de la OCDE) de la que son Partes, en la fecha de la presente Recomendación, todos los Miembros de la OCDE y ocho países no miembros;

Teniendo en cuenta los Comentarios relativos al Convenio anticorrupción de la OCDE;

Teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo relativa al Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio (en adelante Modelo de Convenio fiscal de la OCDE [C(97)195/FINAL];

Congratulándose por el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción, al que la mayoría de las Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE se han adherido, y en particular por el artículo 12.4, según el cual «Cada Estado Parte deniega la deducibilidad fiscal de los pagos por cohecho»;

Considerando que la Recomendación de 1996 ha tenido un impacto considerable dentro y fuera de la OCDE y que los poderes públicos, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales ya han tomado medidas significativas para luchar contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, pero que el problema sigue estando muy extendido y requiere medidas reforzadas;

Considerando que una legislación explícita que deniegue la deducibilidad de los sobornos favorece la toma de conciencia, en los ambientes de negocios, de la naturaleza ilegal de la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros y, dentro de las administraciones fiscales, de la necesidad de detectar y prohibir las deducciones por pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros;

Considerando que el hecho de que las autoridades fiscales compartan información con otras autoridades policiales y judiciales puede constituir una herramienta eficaz de detección e investigación de delitos de corrupción transnacional;

A propuesta del Comité de asuntos fiscales y del Comité de inversiones;

#### I. RECOMIENDA:

- (i) que los Países Miembros y las demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE denieguen explícitamente la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros, a todos los efectos fiscales, de manera eficaz. Esta denegación debería estar establecida por ley o por cualquier otro medio vinculante que produzca los mismos efectos, como:
  - prohibir la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros;
  - prohibir la deducibilidad fiscal de cualquier pago por corrupción o de cualquier gasto incurrido con fines de corrupción que infrinja el derecho penal o cualquier otra ley de la Parte del Convenio anticorrupción de la OCDE.

La denegación de la deducibilidad fiscal no está subordinada a la apertura de una investigación por parte de las autoridades policiales y judiciales, ni al inicio de un procedimiento judicial.

- (ii) Cada País Miembro y cada Parte del Convenio anticorrupción de la OCDE examina periódicamente la eficacia de sus dispositivos legales, administrativos y políticos, así como de sus prácticas en la denegación de la deducibilidad fiscal de los pagos por corrupción a funcionarios públicos extranjeros. Dichos exámenes deben determinar si se ha orientado convenientemente a los contribuyentes y a las autoridades fiscales sobre el tipo de gastos que pueden constituir sobornos a

funcionarios públicos extranjeros y si dichos sobornos están efectivamente siendo detectados por las autoridades fiscales.

- (iii) Los Países Miembros y demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE consideran incluir en sus convenios fiscales bilaterales la opción prevista en el párrafo 12.3 de los Comentarios al artículo 26 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, que autoriza a «que las autoridades fiscales compartan las informaciones fiscales con otras autoridades policiales y judiciales sobre determinados asuntos altamente prioritarios (por ejemplo, la lucha contra el blanqueo de capitales, la corrupción, la financiación del terrorismo)», cuya formulación es la siguiente:

No obstante lo que antecede, las informaciones recibidas por un Estado contratante pueden ser utilizadas con otros fines cuando esta posibilidad esté contemplada en las leyes de los dos Estados y cuando la autoridad competente del Estado que proporciona la información autorice dicha utilización.

- II. RECOMIENDA asimismo a los Países Miembros y demás Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE que establezcan, de conformidad con sus sistemas jurídicos, un marco legal y administrativo eficaz y que proporcionen orientaciones para facilitar la denuncia, por parte de las autoridades fiscales, de las sospechas de corrupción transnacional detectadas en el ejercicio de sus funciones, a las autoridades policiales y judiciales nacionales correspondientes.
- III. INVITA a los Países Miembros que todavía no son Partes del Convenio anticorrupción de la OCDE a que apliquen esta Recomendación en la mayor medida posible.
- IV. ENCARGA al Comité de Asuntos Fiscales que garantice, en cooperación con el Comité de Inversiones, el seguimiento de la aplicación de esta Recomendación y que la promueva en el marco de sus contactos con los países no miembros, redactando un informe para el Consejo cuando sea necesario.

Fight against corruption in  
international business transactions



The fight against corruption has become a priority at the international level in which, increasingly in a stronger and more comprehensive way, countries are taking regulatory measures, but also of outreach and awareness to tackle a phenomenon that distorts business operations and has direct consequences on our societies.

Spain has not been oblivious to cases of corruption, but, like this fact, it should also be stressed that at present we have a comprehensive legal framework in which repressive measures are combined with measures to promote the culture of integrity, in the public and private sectors, and of accountability.

The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adopted in 1997 and which entered into force in our country in 2000, still remains a benchmark among the legal instruments that, at the international level and with due regard to its various facets, have as their main objective to combat corruption and avoid its harmful consequences. The entry into force of this Convention, including the various measures put in place in it to ensure compliance by the States parties, including periodic *peer reviews*, have prompted in Spain several legislative reforms of our criminal legal framework, which is currently an almost literal reply to the provisions of the Convention.

These advances in the repressive framework have been accompanied by different measures to promote the so-called compliance culture, or *compliance*, which, based on the ultimate strengthening of corporate integrity and public and private ethics, promotes accountability, punishing the absence of controls that allow it and rewarding the establishment of internal structures that guarantee adequate control of the decision-making process that allows detecting illegal behaviour.

I cannot fail to mention here the Special Prosecutor's Office against Corruption and Organised Crime, a benchmark inside and outside Spain in the fight against corruption. It is noteworthy that the Anti-Corruption Prosecutor's Office today has an established structure and specialised staff — including attached units from the Security Forces, the Tax Agency and the General Intervention of the State Administration — an example of a strong and determined commitment to combat corruption.

With this publication, the Ministry for the Presidency, Justice and Parliamentary Relations continues its outreach efforts, publicising the most relevant normative

texts in the field of the fight against corruption, based on the OECD Convention and from the conviction of the importance of promotion and dissemination measures in this field. As a novelty, it includes Circular 1/2016, of January 22, of the Attorney General's Office on the criminal liability of legal persons.

*David Vilas Álvarez*  
Director General for International Legal Cooperation and Human Rights

## **Table of contents**

### **Part I. Fight against corruption in international business transactions. The role of the OECD and the regulatory framework in Spain**

1. Brief Introduction to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).....	124
2. The OECD and the fight against corruption. The keys to the OECD Anti-Corruption Convention.....	125
3. Preventive measures.....	127
4. Spain and the OECD Convention.....	128

### **Part II. OECD legal text**

1. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions .....	181
2. Commentaries on the Convention .....	187
3. Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Good practice guides (annex I and II) .....	194
4. Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions .....	225

## PART I

### FIGHT AGAINST CORRUPTION IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS. THE ROLE OF THE OECD AND THE REGULATORY FRAMEWORK IN SPAIN

#### 1. Brief Introduction to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

In 1960, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) replaced the OEEC (Organisation for European Economic Co-operation), which was created in 1948 immediately after World War II with the main objective of managing the Marshall Plan funds.

The OECD is a **multilateral organisation** that aims to promote maximum economic growth among its members and encourage greater openness to international trade and investment. It is a forum where members have the opportunity to identify best practice in the implementation of public policies, and where the **exchange of information and experiences** serves as a basis for better public decision making at national and international level.

Primarily an **economic** organisation, it brings together 38 countries<sup>1</sup> in a single forum to discuss, develop and refine their economic and social policies. Its members – which account for two-thirds of all goods and services internationally – share a certain degree of homogeneity in terms of principles of economic policy, pluralistic democracy and respect for human rights.

Collaboration between governments, policy-makers and the public is at the heart of how the OECD works, with the aim of identifying international standards and providing responses to social, economic and environmental problems based on the analysis of empirical data, and the exchange of experiences and good practices.

Areas such as the promotion of effective education systems, the adoption of measures against fraud and tax evasion, good corporate governance and the fight against corruption are key to the OECD's activities.

---

1 The OECD member countries are: Germany, Australia, Austria, Belgium, Canada, Chile, Colombia, South Korea, Costa Rica, Denmark, Slovenia, Spain, the United States of America, Estonia, Finland, France, Greece, Hungary, Ireland, Iceland, Israel, Italy, Japan, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Mexico, Norway, New Zealand, the Netherlands, Poland, Portugal, the United Kingdom, the Czech Republic, Slovakia, Sweden, Switzerland and Turkey. Since January 2022, Argentina, Brazil, Bulgaria, Croatia, Peru and Romania have the status of OECD candidate countries.

## 2. The OECD and the fight against corruption. The keys to the OECD Anti-Corruption Convention

The increase in cross-border economic activities has also led to an increase in harmful collateral effects related to corruption. The criminalisation of corrupt practices is essential to ensure that international commercial activities are carried out with the greatest guarantees of legal certainty, therefore including not only the prohibition but also the effective sanctioning of illicit practices that affect the proper functioning of the market and distort the rules of competition.

Corruption in business transactions has negative consequences, the most immediate being the distortion of prices and market conditions. It also has long-term implications, as it affects confidence in public institutions, discourages investment, increases uncertainty in international economic transactions, increases companies' operating costs, and ultimately affects the sustainable economic development of countries and companies.

Although corruption was initially seen as a domestic phenomenon, the proliferation of international business activities has raised awareness of the need for global responses, and multilateral efforts to combat corruption began. The implications of corruption in international business transactions are now widely recognised by companies and governments.

One of the main international contributions to combating the many forms of corruption from a multilateral and comprehensive perspective came from the OECD, the **1997 Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**.

This Convention, together with the accompanying recommendation, the initial version of which dates from 2009 and was revised in 2021, as well as the recommendation on fiscal measures to combat foreign bribery (2009), the recommendation on bribery and export credits (2006) and the recommendation on the management of the corruption risk of key actors in development aid (2016), currently constitute an entire legal framework that aims to tackle corruption in international transactions from different perspectives.

The Convention came into force in 1999, and its main objective of combating corrupt practices in the field of international business transactions has resulted in States Parties to the Convention adopting some of the legal amendments necessary to ensure an effective penal response to acts of bribery on the part of foreign civil servants carried out by their own nationals in order to obtain or retain a contract or any other irregular benefit in the conduct of international business activities. All this is based on a broad understanding of 'act of bribery,' 'foreign civil servant,' and even of 'benefit obtained.'

Currently, a total of 44 countries (OECD members plus Argentina, Brazil, Bulgaria, Peru, Russia<sup>2</sup> and South Africa) have modified their legislation accordingly, and ratified the Convention. Monitoring of the application and enforcement of the Convention is the responsibility of the Working Group on Bribery, which is composed of representatives of the States Parties and meets on a regular basis.

The **main objective** of the Convention is to penalise companies and individuals who in their international economic transactions, promise or give gratuities or other benefits to foreign public officials in order to benefit their business. Thus, the Convention stipulates obligations in four areas:

- Penal.
- Accounting and financial.
- Mutual legal assistance.
- Money laundering.

In the first of these, the Convention establishes the obligation to define bribery for the purpose of obtaining or retaining an international contract as a criminal **offence**. It should be noted that under this obligation, complicity is also punishable.

In the area of accounting, it sets out a series of recommendations to companies to prevent the hiding of expenses in accounting records. For example, Article 8 of the Convention requires the States Parties to take the necessary measures to establish civil, administrative and criminal penalties for omissions, alteration, fraud and falsification of records, accounts, financial statements and books for the purpose of bribing foreign civil servants or hide bribery.

The Convention also states that the detection of the payment of an illegal bribe in connection with international transactions would trigger the application of **money laundering** regulations. In this regard it should be noted that until the adoption of the Convention, unofficial payments to foreign civil servants via banks abroad were not considered as money laundering, and were protected by banking regulations. The entry into force of the Convention is intended to make it more difficult for offenders to enjoy their ill-gotten gains in other countries, as bribe payments can be confiscated.

Finally, given that international financial channels are often used to conceal or commit international bribery, the Convention calls on States Parties to provide the necessary legal support and to **share** relevant **information** in a timely manner, as well as to establish extradition provisions.

---

<sup>2</sup> At the time of writing, and as of March 2022, the Russian Federation's membership of the OECD is suspended.

As indicated above, the monitoring of compliance with the provisions of the Convention is supervised by a Working Group in which all States Parties participate. The main tools available to the Group to carry out its task of oversight are (i) the information that countries are required to provide on a regular basis on their activities in investigating and sanctioning the crime of foreign bribery in international business transactions, including information on cases detected (ii) the periodic peer reviews to which participating states are subject. The results of these assessments – the assessment reports are publicly available – identify recommendations to countries, usually entailing the adoption of regulatory measures to bring national legislation into line with the provisions of the Convention, and are monitored on a regular basis.

### 3. Preventive measures

As indicated above, the preservation of free and fair competition in international economic transactions is among the ultimate aims of the OECD Convention. This is why there are significant consequences for companies involved in business activities where international corruption is detected. The OECD recommends imposing the following sanctions:

- exclusion from entitlement to public subsidies or benefits,
- temporary or permanent disqualification from participating in public procurement or engaging in other commercial activities,
- placement under judicial supervision or
- a judicial winding-up order.

Thus, if any representative of a company should offer, promise or make an improper payment or other advantage to a foreign civil servant for the purpose of obtaining a financial or other improper advantage in the framework of international economic transactions, that company risks being excluded from any business, official or governmental contract, or even being issued with a winding-up order by the courts.

It should be noted that there are various mechanisms for preventing the commission of such offences; mechanisms that are now common in companies where good corporate governance is directly related to corporate image, meaning that the trust that the company enjoys in its business activities has become a business value of significant importance.

To name but a few, the following preventive mechanisms could be highlighted.

- **Review of risk factors.** The environment in which international economic transactions take place is one of the most dynamic in existence. These changes oblige companies to constantly assess and review the areas of activity that are most vulnerable to the type of offences covered by the

Convention. Companies should consider whether their policies and procedures are adequate to address these risks.

- **Dissemination and training activities** for staff on protocols for action in the event that they become aware of, or are involved in, cases of bribery within the framework of international commercial transactions. Awareness of the penal implications of conduct that could be considered foreign bribery would make it easier for those involved to report such cases, and to seek advice on how to deal with them.
- **Integrity programmes.** Integrity programmes should be tailored to the specific characteristics of the company, and have the full support and commitment of its management team. The existence of codes of conduct or ethics that all the company's employees are aware of, makes it possible for them to understand not only the ethical but also the legal limits applicable to their activity. Such programmes must have a clear structure that allows for adequate monitoring and control of compliance, as well as effective mechanisms for sanctioning non-compliance.
- **Internal accounting controls.** Audits and reviews of internal control systems are essential to detect irregular or inaccurate behaviour in a timely manner. Companies should have clear and precise accounting policies that prohibit double counting or the inappropriate labelling of transactions. They should also check their account statements for ambiguous or misleading accounting entries that could signify illegal payments made on behalf of the company.

#### 4. Spain and the OECD Convention

As a result of the successive application of the recommendations made by the OECD Working Group on Foreign Bribery, Spain has been modifying its criminal legislation up to the current **Article 286 ter of the Criminal Code**, which practically coincides with the wording of the Convention. An aggravated offence is also foreseen in 286 quater, and this is one of the offences for which legal entities are also liable.

##### Article 286 ter

1. Those who, by offering, promising or granting any undue advantage or benefit, pecuniary or otherwise, corrupt or attempt to corrupt, by themselves or through an intermediary, an authority or civil servant for their own benefit or that of a third party, or comply with their requests in this regard, in order that they act or refrain from acting in relation to the exercise of public functions in order to obtain or retain a contract, business or any other competitive advantage in the performance of international economic activities, shall be punished, unless



they are already subject to a more serious penalty under another provision of this Code, with a three to six year prison sentence, a fine of twelve to twenty-four months, unless the benefit obtained is greater than the resulting amount, in which case the fine shall be three times the amount of said benefit.

In addition to the aforementioned penalties, the offender shall in all cases be prohibited from contracting with the public sector, as well as losing the possibility of obtaining public subsidies or aid or the right to enjoy tax and social security benefits or incentives, and their intervention in commercial transactions of public importance shall be prohibited for a period of between seven and twelve years.

2. For the purposes of this Article, a civil servant shall be understood as defined in Articles 24 and 427.

### **Article 286 quater**

If the acts referred to in the Articles of this Section are particularly serious, the penalty imposed shall be in the upper half of the sentence, and may be increased to the next higher degree.

The acts shall in any case be considered to be particularly serious when:

- a) the benefit or advantage is of particularly high value,
- b) the action of the perpetrator is not merely occasional,
- c) the acts are committed within a criminal organisation or group, or
- d) the subject-matter of the business is humanitarian or other essential goods or services.

In the case of Article 286 bis 4, the acts shall also be considered particularly serious when they:

- a) are intended to influence the operation of games of chance or gambling;  
or
- b) are committed in an official state-level sporting competition qualified as professional or in an international sporting competition.

With regard to the concept of **civil servant**, the applicable provisions are as follows:

### **Article 24**

1. For the purposes of criminal law, an authority is considered to be a person who alone or as a member of a corporation, court or collegiate body has command or exercises their own jurisdiction. In all cases, members of the

Congress of Deputies, the Senate, the Legislative Assemblies of the Autonomous Communities and the European Parliament shall be considered authorities. Officials of the Public Prosecutor's Office and the public prosecutors of the European Public Prosecutor's Office shall also be considered authorities.

2. A civil servant shall be considered to be any person who by immediate provision of law or by election or appointment by competent authority is engaged in the exercise of public functions.

### **Article 427**

The provisions of the preceding Articles shall also apply where the conduct described above is committed by or affects:

- a) Any person holding a legislative, administrative or judicial office/ post of a country of the European Union or of any other foreign country, whether appointed or elected.
- b) Any person exercising a public function for a country of the European Union or any other foreign country, including a public body or public enterprise, for the European Union or for another public international organisation.
- c) Any official or servant of the European Union or of a public international organisation.
- d) Any person who is assigned to and performs a public service mission consisting in managing, in the Member States or in third countries, the financial interests of the European Union or in taking decisions relating to those interests.

As far as **legal** entities are concerned, Article 288 specifies the penalties that would apply.

### **Article 288**

In the cases provided for in the previous Articles, the publication of the judgement in official newspapers shall be ordered, and if the injured party so requests, the judge or court may order its total or partial reproduction in any other media, at the expense of the convicted party.

Where, in accordance with Article 31 bis, a legal entity is liable for the offences set out in this Chapter, it shall be liable to the following penalties: (...)

2. In the case of the offences provided for in Articles 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater and 286 bis to 286 quater:

- a) A fine of two to five years, or three to five times the amount of the benefit obtained, or that could have been obtained, if the resulting amount is higher, where the offence committed by the natural person is punishable by more than two years' imprisonment.
- b) A fine of six months to two years, or a fine of six months to twice the amount obtained, or that could have been obtained if the resulting amount were higher, in all other cases. (...)

Similarly, it should be noted that Articles 31 bis, ter, quater and quinquies, are of great importance in delimiting the liability of legal entities for the offence of corruption of foreign public officials in international business transactions, by defining in detail the concept of "due control," which will necessarily lead companies to adopt appropriate surveillance and control measures for preventing crimes, and therefore corruption.

### **Article 31 bis**

1. In the cases provided for in this Code, legal entities shall be criminally liable:

- a) For offences committed in the name of or on behalf of the legal entity, and for its direct or indirect benefit, by its legal representatives or by those who, acting individually or as members of an organ of the legal entity, are authorised to take decisions on behalf of the legal entity or have powers of organisation and control within the legal entity.
- b) For offences committed, in the exercise of social activities and on behalf of and for the direct or indirect benefit of the same, by those who, being subject to the authority of the natural persons mentioned in the previous paragraph, have been able to carry out the acts because of a serious breach by them of the duties of supervision, vigilance and control of their activity, taking into account the specific circumstances of the case.

2. If the offence is committed by the persons referred to in subparagraph (a) of the preceding section, the legal entity shall be exempted from liability if the following conditions are fulfilled:

- 1. the management body has adopted and effectively implemented, prior to the commission of the offence, organisational and management models that include appropriate monitoring and control measures to prevent offences of the same nature or to significantly reduce the risk of their commission;
- 2. supervision of the functioning and compliance of the prevention model in place has been entrusted to an organ of the legal entity with autonomous powers of initiative and control or which is legally entrusted

with the function of supervising the effectiveness of the legal entity's internal controls;

3. the individual perpetrators have committed the offence by fraudulently circumventing the organisational and preventive models, and
4. there has been no omission or insufficient exercise of its supervisory, monitoring and control functions by the body referred to in condition 2.

In cases where the above circumstances can only be partially proven, this circumstance shall be assessed for the purposes of mitigating the sentence.

3. In the case of small legal entities, the supervisory functions referred to in the second sentence of paragraph 2 may be carried out directly by the administrative organ. For these purposes, small legal entities are those which, according to the applicable legislation, are authorised to present abridged profit and loss accounts.

4. If the offence was committed by persons referred to in paragraph 1(b), the legal entity shall be exempted from liability if, prior to the commission of the offence, it has adopted and effectively implemented an organisational and management model which is suitable to prevent offences of the nature of the offence committed, or to significantly reduce the risk of its commission.

In this case, the mitigation provided for in the second subparagraph of paragraph 2 of this Article shall also apply.

5. The organisational and management models referred to in paragraph 2, condition 1 and the preceding paragraph shall meet the following requirements:

1. Identify the activities within the context of which the offences that must be prevented may be committed.
2. They shall establish the protocols or procedures that specify the process for the formation of the legal entity's will, the adoption of decisions and the execution of those decisions in relation to them.
3. Have appropriate financial resource management models in place to prevent the commission of crimes that must be prevented.
4. Impose the obligation to report possible risks and non-compliance to the body responsible for overseeing the operation and compliance of the prevention model.
5. Establish a disciplinary system that adequately sanctions non-compliance with the measures set out in the model.
6. Periodically verify the model and consider its possible modification when significant breaches of its provisions are brought to light, or when

changes in the organisation, control structure or activity carried out should make this necessary.

### **Article 31 ter**

1. The criminal liability of legal entities shall be enforceable whenever it is established that an offence has been committed by the person holding the offices or functions referred to in the previous Article, even if the specific natural person responsible has not been identified, or it has not been possible to direct proceedings against that person. Where, as a consequence of the same acts, a fine is imposed on both of them, the judges or courts shall adjust the respective amounts so that the resulting sum is not disproportionate to the seriousness of the acts.

2. The concurrence, in the persons who materially carried out the acts, or in those who made them possible by not having exercised due control, of circumstances affecting the guilt of the accused or aggravating their liability, or the fact that such persons have died or have escaped prosecution, shall not exclude or modify the criminal liability of legal entities, without prejudice to the provisions of the following Article.

### **Article 31 quater**

1. The following activities only may only be considered as mitigating circumstances in relation to the criminal liability of legal entities after the commission of the offence and through their legal representatives:

- a) Confessing of the offence to the authorities before becoming aware that legal proceedings are being brought against it.
- b) Cooperating in the investigation of the act by providing evidence, at any time during the proceedings, which was new and decisive in order to clarify the criminal liability arising from the facts.
- c) Providing reparations or reducing the damage caused by the offence, at any stage of the proceedings prior to the oral hearing.
- d) Putting in place, prior to the commencement of the trial, effective measures to prevent and detect future offences that may be committed with the means or under the cover of the legal entity.

### **Article 31 quinquies**

1. The provisions relating to the criminal liability of legal entities shall not apply to the State, to territorial and institutional public administrations, regulatory bodies, agencies and public business entities, international organisations under public law, or others exercising public sovereign or administrative powers.

2. In the case of public commercial companies which implement public policies or provide services of general economic interest, only the penalties provided for in Article 33(7)(a) and (g) may be imposed. This limitation does not apply if the judge or the court should find that the legal form was created by its promoters, founders, administrators or representatives for the purpose of avoiding possible criminal liability.

Regarding the scope of these precepts, the interpretation contained in Circular 1/2016 adopted by the State Public Prosecutor's Office is noteworthy.

## **CIRCULAR 1/2016, OF 22 JANUARY, ON THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN ACCORDANCE WITH THE REFORM OF THE CRIMINAL CODE BY ORGANIC ACT 1/2015**

### **1. Preliminary considerations**

Organic Act 5/2010 of 22 June 2010 introduced the criminal liability of legal entities into our legal system, as a result of both the ongoing process of international harmonisation of criminal law and the perceived need to provide a more effective response to the rise of corporate criminality, fundamentally in the area of economic crime.

This was done by means of a detailed regulation established primarily in Article 31 bis of the Criminal Code, which was supplemented by the provisions of Articles 33.7 (penalties applicable to legal entities), 50.3 and 4 (extent and daily quotas of fines), 53.5 (possibility of payment in instalments), 52.4 (fines in lieu of the proportional fine, where the latter cannot be calculated), 66 bis (sentencing guidelines), 116.3 (civil liability) and 130 (succession liability).

Since its introduction in 2010, the regime of the criminal liability of legal entities was criticised by a broad academic sector, which considered it incomplete and confusing in years later, with a small number of proceedings directed against legal entities and hardly having had time to evaluate the effectiveness of such a novel regulation, Organic Act 1/2015, of 30 March, undertakes an important modification of Art. 31 bis, partially reforming Art. 66 bis and introducing three new articles, 31 ter, 31 quater and 31 quinquies, which reproduce the content of sections 2, 3, 4 and 5 of the original Art. 31 bis, the only novelty being the extension of the liability regime to public commercial companies in the latter.

The Preamble (III) of the Organic Act 1/2015 states that "the reform introduces a technical improvement in the regulation of the criminal liability of legal entities [...], with the aim of adequately delimiting the content of 'due control,' the breach of which provides the basis for their criminal liability," and thereby putting "an end to the interpretative doubts raised by the previous regulation which from some sectors had been interpreted as a regime of vicarious liability."

In accordance with this parsimonious explanation, the purpose of the Law would not be to modify the liability regime of legal entities, but to clarify the model established in 2010, which in accordance with the Preamble of the Organic Act 5/2010, enshrined a direct or autonomous liability of the legal entity in the second paragraph of Art. 31 bis, section 1.

The legislator also links the reform to the assumption of “certain recommendations,” which are not specified, from “some international organisations,” which are not named either. The reference is probably to the recommendations made by the OECD in the report adopted by the Working Party on 14 December 2012, corresponding to phase 3 of the assessment of Spain’s compliance with the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business.

Apart from these recommendations, in the period between the publication of Organic Acts 5/2010 and 1/2015, no international regulatory requirement supports the need for reform, nor could the initial recognition of the liability of legal entities made in 2010 be justified by obligations derived from international treaties or European Union regulation, despite the similar invocation contained in the Preamble of Organic Act 5/2010. Then and now, other options were feasible, such as the imposition of administrative sanctions, security measures or other criminal consequences of a different nature from that of penalties.

Irrespective of the *mens legislatoris*, the importance of the amendments introduced in Art. 31 bis and the doubts they raise, especially the incorporation of a full regulation of the “organisational and management models” the observance of which allows exonerating the criminal liability of the legal entity, requires the State Attorney General’s Office to interpret the scope of the regulations that have finally been embodied in the Criminal Code and to gauge the validity of Circular 1/2011, especially when such a significant reform, incorporated into the Draft Organic Act of 27 June 2013, was not submitted to the Public Prosecutor’s Council or the General Council of the Judiciary for a report.

## **2. The liability model of legal entities after the reform of Article 31 bis of the Criminal Code**

### **2.1. The liability criteria for legal entities**

The essence of the reform focuses on the new wording given to Art. 31 bis of the Criminal Code, which entails important novelties in terms of its structure and content. Like the previous provision, it consists of five sections. In the first, it maintains the two criteria for transferring criminal liability from certain natural persons to the legal entity, now better set out in two paragraphs identified in subparagraphs (a) and (b), in which some modifications are introduced

concerning the definition of natural persons (a), the precision that due control must “have been seriously breached” (b) and the replacement of the term “for the benefit” by “for direct or indirect benefit” (points a and b). The following four paragraphs are devoted to regulating the organisational and management models that can exempt legal entities from liability, replacing the content of the corresponding paragraphs of the previous Art. 31 bis, which is now transferred to the new Articles 31 ter, 31 quater and 31 quinquies.

The two criteria for the criminal liability of the legal entity are detailed in Art. 31 bis, section 1:

In the cases provided for in this Code, legal entities shall be criminally liable for:

a) offences committed in the name of or on behalf of the legal entity, and in its direct or indirect benefit, by its legal representatives or by those who, acting individually or as members of a body of the legal entity, are authorised to take decisions on behalf of the legal entity or have powers of organisation and control within the legal entity.

b) offences committed in the exercise of social activities and on behalf of and in the direct or indirect benefit of the same, by those who, being subject to the authority of the natural persons mentioned in the previous paragraph, have been able to carry out the acts because these natural persons have seriously breached their duties of supervision, monitoring and control of the activity of their subordinates in view of the specific circumstances of the case.

It must be advanced from the outset that, despite the significant structural and substantive changes, which will be analysed in this Circular, the model of attribution of liability to the legal entity has not changed substantially, and that as stated in Circular 1/2011, relating to the criminal liability of legal entities in accordance with the reform of the Criminal Code effected by Organic Act 5/2010, “The two paragraphs of section 1 of article 31 bis of the Criminal Code establish a regulatory mechanism for the attribution of liability by transfer or vicariously” by means of a *numerus clausus* system that subjects the imposition of the penalty to an express provision for the commission of the offence in Book II of the Criminal Code. The accessory consequences of Art. 129 of the Criminal Code are still reserved for entities without legal personality.

Before proceeding further, it is worth recalling the two fundamental models that support the criminal liability of the legal entity. The first attributes criminal liability to the legal entity on the understanding that this is manifested through the actions of a natural person who has compromised the legal entity with his or her previous criminal action, provided that a connecting factor is proven, otherwise the liability of the legal entity would become unconstitutionally strict. This is transfer, vicarious, indirect, derivative, vicarious or representative liability. The main difficulty lies in determining which natural persons can compromise the collective body with their actions.



The second model, more ambitious but more difficult to fit into an anthropocentric Criminal Law, constructs a system of liability specific to the legal entity, with new concepts of action, culpability, circumstances modifying liability, punishability, etc., in such a way that it is the collective entity itself that commits the crime. This is the direct or autonomous liability of the legal entity. The main stumbling block lies in establishing the culpability of the legal entity, highlighting the theories that elaborate the liability of the collective entity on the basis of what is known as “culpability due to organisational defect.” According to this model, the legal entity is at fault when it fails to take the precautionary measures required of it to ensure the orderly and non-criminal conduct of its business.

The current regulation of the first paragraph of Art. 31 bis continues to establish in subparagraphs (a) and (b) the two premises that allow the transfer of liability from the natural persons to the legal entity. The first liability transfer criterion is generated by persons with higher responsibilities in the entity, the second by persons not properly controlled by them. In both cases, a system of transfer or vicarious liability of the legal entity is established.

Although the Second Chamber of the Supreme Court “has not yet had the opportunity to rule on the basis of the liability of collective entities” (Supreme Court Judgment no. 514/2015, of 2 September), Circular 1/2011 had already reached the aforementioned conclusion when analysing the original Art. 31 bis, in the face of a doctrinal sector which, following the interpretation given in the Preamble of the Organic Act 5/2010, maintained that this provision enshrined a mixed model of liability by transfer and the autonomous culpability of the company.

According to the latter position, Art. 31 bis (a) would enshrine transfer or vicarious liability by transferring to the legal entity the liability for offences committed on its behalf and for its benefit by natural persons with the managerial power or authority to take decisions, and therefore, to compromise the legal entity. On the other hand, subparagraph (b) would make the legal entity liable for offences committed by those who, being under the authority of the aforementioned natural persons, were able to carry out the acts because due control was not exercised over them. Such “due control” would, in this exegesis, refer to organisational deficiencies within the legal entity itself, thus accepting the thesis of the company’s culpability. The Organic Act 1/2015, with the new regulation of compliance programmes, would have reinforced this position.

This suggestive interpretation is not in accordance with the literal wording of the provision, either in its original or in its current wording. Art. 31 bis does not say that legal entities commit the offence. What the provision establishes, before and after the 2015 reform, is that legal entities “shall be criminally liable for offences committed” by natural persons. Condition 3 of the second paragraph

of Art. 31 bis itself recalls that it is the “individual perpetrators” who “have committed the offence,” and in the different provisions that contemplate the liability of the legal entity, the latter is not attributed the commission of the offence; although it is stated that “when, in accordance with the provisions of Art. 31 bis, a legal entity is liable for the [corresponding] offences, the following penalties shall be imposed on it.” Similarly, the term “criminal liability” is used in a broad sense, attributing it to the legal entity by virtue of a liability transfer criterion consisting of the prior offence committed by the natural person in its name or on its behalf. It is at this stage that the commission of the criminal offence must be proven, by identifying conduct by a natural persons which fulfils the elements of an offence and is unlawful, in order to verify that the criteria for transferring liability to the legal entity are met. Under this model, there are natural persons who act, and a legal entity which assumes responsibility for their actions. The legal entity itself does not commit the offence, but becomes criminally liable for the offences committed by others.

It may be objected that any model of liability of the legal entity is conditional on the prior commission of an offence by a natural person, since legal entities obviously need natural persons to act. However, beyond the fact that the “human factor” cannot be completely dispensed with, the vicarious liability model implies something else compared to the autonomous liability model: that the offence of the natural person is the reference point for the liability of the legal entity. If subparagraph (b) of the first paragraph of Art. 31 bis were to establish that the subordinate was been able to commit the crime due to lack of control by the legal entity, improperly organised, then a system of autonomous or mixed liability of the legal entity could have been constructed by adding it to what is said in the previous paragraph, which, without any doubt, establishes a model of vicarious liability. But subparagraph (b) does not say that.

In this sense, the 2015 reform has even dismissed a possible interpretation in support of the model of autonomous company liability. The original Art. 31 bis referred to “not having exercised due control over them (the subordinates),” which made it possible to assume that ‘control’ referred to control by the company itself and its programmes. On the other hand, the wording of the current Art. 31 bis — “having been breached by them” — necessarily refers to the natural persons in subparagraph (a). In reality the construction [in Spanish] is not entirely grammatically correct as the pronoun “those” does not agree in gender with “the natural persons mentioned in the previous article,” but undoubtedly refers to “those [...] authorised to take decisions” in the previous subparagraph. Had the intention been for the control to be predicated from legal entities, the feminine pronoun [in Spanish] would undoubtedly have been used, as suggested by the Council of State in its Opinion on the Preliminary

Draft and reiterated by the UPyD3 parliamentary group in its amendment 519 to the Draft.

Moreover, this interpretation is fully in line with the wording of the relevant Framework Decisions and Directives which sectorally regulate the matters for which the liability of legal entities is foreseen, and which invariably refer to legal entities being held liable, “where the lack of supervision or control by a person referred to in paragraph 1 [those with “a power of representation of that legal entity”] has made possible the commission by a person under its authority of one of the offences referred to in [...]”(e.g., Art. 5 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating human trafficking and protecting victims; Art. 10 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems, or Art. 6 of Directive 2014/62/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the criminal law protection of the Euro and other currencies against counterfeiting).

Despite recognising in Art. 31 bis, section 1, a model of vicarious liability of the legal entity, there are also important elements in the following sections of this provision and in Articles 31 ter and 31 quater that attribute an unquestionable autonomy to the liability of the company, among which we can highlight the following:

- Although “the criminal irrelevance of the fact in question [leads] also to a declaration that all criminal liability with respect to the company is also extinguished” (Supreme Court JUDGMENT no. 514/2015), the liability of the legal entity does not depend on a prior declaration of criminal liability of the natural person. It is not even necessary for the offence to have been fully completed, as the expression “offences committed” makes it possible to include, in addition to the different forms of perpetration and participation, attempted offences.
- The non-identification of the perpetrator or the impossibility of directing the proceedings against them does not exclude the liability of the legal entity (Art. 31 ter, section 1).
- Aggravating and mitigating factors relating to the culpability of the natural person are not transferable to the legal entity. The latter can be held fully liable despite the existence of circumstances that affect the culpability of the accused or aggravate their liability, whether they have passed away or escaped prosecution (Art. 31 ter, section 2). The reference to culpability should be interpreted in a broad sense, excluding from trans-

<sup>3</sup> UPyD stands for *Unión, Progreso y Democracia* (Union, Progress and Democracy), a Spanish political party dissolved in 2020.

fer only justificatory defences, because if the act is in accordance with the law, there will be no liability either for the natural or the legal entity.

- A specific set of modifying circumstances and a specific system of penalties apply to the legal entity, with specific rules for their application (Articles 31 quater and 66 bis), although with regard to the fine, Art. 31 ter links the liability of the legal entity with that of the natural person, by establishing a rule of compensation among both liabilities.
- Finally, the autonomy of the legal entity's liability is very notably reinforced by the exonerating effect given to the organisational programmes, which deserve further study.

All these elements qualify the model of corporate hetero-responsibility, attenuating it, even making it possible to speak of autonomous liability of the legal entity in the sense that its sanction does not depend on the prior declaration of the criminal liability of the natural person, but do not manage to firmly establish a system of liability or self-responsibility of the legal entity in the strict sense, which would require intention or negligence on the part of the legal entity itself, something that Spanish regulation still does not contemplate, since the model designed remains chained to the failure to comply with the duties of control of natural persons.

This is not a merely speculative or doctrinal controversy but has a clearly practical application. If the basis of the charge is organisational deficiency within the company, and this is an element of the offence or defines the company's culpability, the prosecution must prove, in addition to the commission of the offence by the natural persons in subparagraphs (a) and (b) of paragraph 1, that the offence was committed as a result of ineffective control by the legal entity. Another understanding — that the legal entity would be obliged to prove that it has a proper system of organisation — would represent a constitutionally inadmissible reversal of the burden of proof.

However, if the basis of the charge against the legal entity lies in the criminal conduct of its managers or in the breach of its duties to control its subordinates, this is the only thing that the prosecution has to prove. In this understanding, the control programmes constitute a point of reference to measure the obligations of the natural persons with greater responsibilities within the corporation (subparagraph a), as indicated in Circular 1/2011. But it will be up to the legal entity to prove that such programmes were effective in preventing the offence, an issue that will be returned to later in the discussion of organisational and management programmes.

Finally, it should be made clear that a system of automatic liability of the legal entity is not proposed because, regardless of whether it is the conduct of natural persons that transfers liability to the latter, the organisational defect, even if

constructed by the Legislator as an exemption from the penalty, undoubtedly operates as a requirement for and a reinforcement of culpability, banishing any hint of the strict criminal liability of the company, which would violate Art. 5 of the Criminal Code, as “it seems clear that any conviction of legal entities must be based on the inalienable principles that inform criminal law” (Supreme Court Judgment no. 14/2015, cit.).

## 2.2. The offences attributable to legal entities in the Special Part of the Criminal Code

The reform of Art. 31 bis does not alter the system established in 2010 that makes the criminal liability of the legal entity subject to its express provision in the corresponding offence definitions of the special part of the Code. Following the reform, the liability of legal entities is limited to the following catalogue of offences in the Criminal Code, to which the offence of smuggling must be added, in accordance with Article 2.6 of Organic Act 12/1995 of 12 December 1995, on the repression of smuggling, as amended by Organic Act 6/2011:

Offences	Criminal Code articles
Illegal trafficking in human organs	156 bis.3
Human trafficking	177 bis.7
Prostitution/ sexual exploitation/ corruption of minors	189 bis
Discovery and disclosure of secrets and computer hacking	197 <i>quinquies</i>
Scams	251 bis
Frustration of execution	258 ter
Punishable insolvencies	261 bis
Computer-related damage	264 <i>quater</i>
Against intellectual and industrial property, the market and consumers	288
Money laundering	302.2
Illegal financing of political parties	304 bis.5
Against the Public Treasury or Social Security	310 bis
Infringement of the rights of foreign nationals	318 bis.5
Unauthorised development, building or construction	319.4
Against natural resources and the environment	328
Relating to ionising radiation	343.3
Risks caused by explosives and other agents	348.3
Against public health	366
Against public health (drug trafficking)	369 bis
Counterfeiting of currency	386.5
Counterfeiting of credit and debit cards and travellers' cheques	399 bis
Bribery	427 bis
Influence peddling	430
Hate crimes and the glorification of hate crime	510 bis
Financing of terrorism	576

With respect to the pre-reform catalogue, the new offences of frustration of execution (Articles 257, 258 and 258 bis), illegal financing of political parties (Articles 304 bis) to which are added offences against public health not related to drug trafficking (Articles 359 to 365) and the counterfeiting of currency (Article 386), for which the regime of Article 129 rather than that of Article 31 bis was previously envisaged. Hate crimes and the glorification of hate crime are also included (Article 510, with an erratum in Article 510 bis which refers to the “two previous articles” instead of the “previous article”).

The regime of Article 129 of the Criminal Code applies to offences foreseen for legal entities when committed internally, with the collaboration, through or by means of entities without legal personality, and is also contemplated for the following offences:

<b>Offences</b>	<b>Criminal Code articles</b>
Genetic manipulation	162
Price-fixing in public tenders and auctions	262
Refusal to agree to inspections	294
Offences against workers' rights	318
Counterfeiting of currency	386.4
Unlawful association	520
Criminal organisations and groups and terrorist organisations and groups	570 <i>quater</i>

The criteria by which the legislator assigns one or the other regime to certain offences are not always clear. Circular 1/2011 (IV) already criticised the defective legal construction of this double sanctioning channel of Articles 31 bis and 129 of the Criminal Code, referring, among others, to the cases of Articles 262, 386, 294 and 318, which maintain the same deficiencies already noted at the time after the reform. Particularly striking is the case of the offence of counterfeiting currency in Art. 386 of the Criminal Code, in which, after the 2015 reform, it coexists in paragraphs 4 and 5 of Art. 129 and Art. 31 bis.

Rather than in specific mismatches in the assignment of one regime or the other, it is necessary to seek the reasons for the difficulty in accommodating this double sanctioning route for legal entities and collective entities not endowed with legal personality in the irrelevance of the distinction itself, today surpassed by the reality of business life, both legal and illegal, and by other more relevant criteria of imputation, such as that of economic unity, followed by matters of taxation, to determine groups of companies or the existence of an autonomous patrimony of the collective entity. The application of these criteria would, for example, prevent temporary joint ventures, which do not have legal personality, from falling outside the restrictive framework of the legal entity.

In any case, there is some confusion in the Criminal Code as to which offences are attributable to legal entities, which in the current selection does not even

extend to all economic crimes that can be committed by legal entities. Apart from economic crime, other crimes such as injury, illegal detention and even homicide are not included in the catalogue for legal entities, probably for reasons of general preventive criminal policy, even though it is conceivable that this type of conduct could be committed in the context of, for example, fierce business competition, and for the clear and direct benefit of the entity.

### **2.3. Natural persons entitled to transfer criminal liability to the legal entity in subparagraph (a) of Article 31 bis, section 1**

Art. 31 bis still does not provide a definition of the criminally liable legal entity. Neither does any other provision of the Criminal Code, which makes it necessary to resort to the provisions of civil and commercial law, in the terms already analysed in Circular 1/2011 (II.1). In subparagraph (a) of the first paragraph the provision does introduce a significant modification in the definition of the natural persons which can make the legal entity criminally liable, consisting of the replacement of “*de jure* or *de facto* administrators” by “those who, acting individually or as members of a body of the legal entity, are authorised to take decisions on behalf of that legal entity, or have powers of organisation and control within that legal entity.”

The reasons for this change, which at first glance appears to be a simple technical improvement, are open to question. The Preamble does not explain the reasons for the new wording. In reality, it is debatable whether the new text improves on the previous one, since in contraposition to the new and complex wording, the terms ‘*de jure* administrator’ and ‘*de facto* administrator’ were already consolidated in criminal and commercial law, and their scope had been repeatedly interpreted by the Supreme Court’s Second Chamber, particularly in the field of corporate offences.

The amendment, however, does have certain significance, as it widens the circle of individuals who can transfer criminal liability to the legal entity on the first level of Art. 31 bis, section 1, which is made up of the following three groups of natural persons:

#### a) “Legal representatives”

This is a concept that is unknown to commercial law, which refers to both organic and voluntary representation. In capital companies, the organic representation of the company corresponds exclusively to the directors and extends to all acts included in its corporate purpose (Articles 209, 233 and 234 of Legislative Royal Decree 1/2010, of 2 July, *approving the consolidated text of the Capital Companies Act (Ley de Sociedades de Capital – LSC)*). Voluntary representation is not regulated in this text and is subject to the general rules for such representation in our legal system. Therefore, although organic delegation

is not strictly speaking possible, there is nothing to prevent the use of voluntary representation, through the appointment of individual proxies, with powers of attorney granted in a public deed and duly registered in the Commercial Register, or general proxies, such as managers or general directors.

Although for certain purposes, “managers or persons empowered to represent the company” are considered directors (Art. 157 LSC), it is generally doubtful whether such voluntary representatives can be considered “legal representatives,” but they would in any case qualify under the following paragraph as “authorised to take decisions on behalf of that legal entity.”

b) Those who “acting individually or as members of a body of the legal entity, are authorised to take decisions on behalf of the legal entity.”

With a better wording, the version of the Preliminary Draft of 23 July 2009 is taken up again, which together with the de jure or de facto representatives and administrators, included “employees with the power to bind the legal entity.” It includes, of course, legal administrators who, acting alone or in a collegiate manner, exercise the administrative functions of a company by virtue of a legally valid title. In the case of a capital company, the person must have been appointed for this purpose by the shareholders’ meeting (art. 214.1 LSC). It should be borne in mind that a de jure administrator can be either a natural person or a legal entity, but in this case, “it will be necessary for the latter to appoint a single natural person for the permanent exercise of the functions inherent to the position” (art. 212 bis LSC).

De facto administrators are not clearly included in the new wording. It is true that this is a concept interpreted by case law in a broad sense, because “[...] it is not the formalisation of the appointment, in accordance with the respective type of company, nor the hierarchy in the corporate structure, but the actual performance of administrative functions, the decision-making power of the company, the material performance of management functions” (Supreme Court Judgment no. 59/2007 of 26 January), in such a way that “any person who by himself or jointly with others, adopts and imposes the management decisions of a company and specifically those expressed in the definitions of criminal offences, who in fact commands or who governs from the shadows” (Supreme Court Judgment no. 598/2012, of 5 July). In any case, the de facto director can never be a middle manager, as s/he gives the instructions, even to the directors of the company (Art. 236.3 LSC), and does not receive instructions, as “s/he must actively participate in management and direction, on a permanent basis and not being subject to higher spheres of approval or decision making.” (Supreme Court Judgment no. 59/2007). Therefore, de facto administrators would only fit under the heading of those “authorised to take decisions,” and not under the heading of those “with powers of organisation and control.” In the context of the concept of de facto administrators, it has to be interpreted that



the authorisation to take decisions on behalf of the legal entity may also be tacit. Any other interpretation would lead to the unjustified exclusion of de facto directors from the circle of subjects which may transfer criminal liability to the legal entity.

The current wording also makes it possible to include in this section those who, without actually being directors or legal representatives of the company, form part of corporate bodies with decision-making powers, as well as individual proxies and other persons to whom certain functions have been delegated.

c) Those who “have powers of organisation and control”

The term encompasses a potentially large number of positions and middle managers with such powers, including powers over monitoring and control measures to prevent crime. This new wording expands and better defines the specific duty position in the company, using language that is more appropriate to the categories of attribution and establishes with greater precision the connecting factor that generates the criminal liability of the legal entity. The most significant consequence is the inclusion in subparagraph (a) of Art. 31 bis, section 1 of *compliance officers* themselves.

#### **2.4. The direct or indirect benefit of the legal entity**

The original Art. 31 bis required that the conduct of the natural person, in both liability criteria, had been carried out in the name or on behalf of the legal entity and “for its benefit.” The latter expression raised a doubt as to whether such a benefit constituted a subjective, or an objective, element of the wrongdoing. Circular 1/2011 studied this issue, and opted to interpret the legal expression in accordance with objective parameters, without requiring the effective confirmation of the benefit, as an objective tendency of the action to achieve the benefit, assessing it as profitable from an objective and hypothetically reasonable perspective, regardless of external factors that could determine that the benefit did not ultimately materialise.

It was more problematic to specify whether the benefit had to be of an economic nature, or could also be of a different kind. The diversity of meanings of the term and the silence of the 2010 Legislator allowed for both interpretations, something that the CGPJ [General Council of the Judiciary] and the Council of State had already warned about in their corresponding opinions. Circular 1/2011, based on Art. 52.4, clearly stated that “any kind of advantage in favour of the institution meets the requirement of acting *for the benefit*, however difficult it may be to translate this into Euros.” However, even though this solution was followed by a majority of commentators, there was also room for a restrictive interpretation that was not in accordance with the objectives pursued in introducing the criminal liability of legal entities. Echoing these doubts, in its

Phase 3 report on Spain's compliance with the Convention against Corruption of Foreign Public Officials in International Business Transactions, the OECD warned that the legal entity could avoid criminal liability in the case of obtaining an indirect benefit, such as a competitive advantage.

The replacement of the term "profit" with the expression "direct or indirect benefit" in the Organic Act 1/2015 clears away the doubts, in favour of the broad interpretation that allows extending the liability of the legal person to those entities whose corporate purpose does not pursue strictly economic interests, as well as including the profits obtained through an interposed third party (this is the case of chain companies), those consisting of cost savings, and in general, all kinds of strategic, intangible or reputational benefit.

The new legal expression "in direct or indirect benefit" maintains the objective nature of the deleted "for profit," as an action aimed at obtaining a benefit, without the need for this to materialise, it being sufficient that the action of the natural person is aimed directly or indirectly at benefiting the entity. Even when the natural person has acted for their own benefit or in their own interest or in the interest of third parties outside the legal entity, the legal requirement will also be fulfilled, provided that the benefit can reach the legal entity, and it must be assessed to what degree the conduct makes it possible for the legal entity to obtain some kind of advantage associated with it. It should be borne in mind that the natural person will normally act out of a desire for personal gain and not so much, or not at all, for the benefit of the company. Take the example of a bouncer at a discotheque who, improperly controlled by his superiors, sells drugs to customers for his own financial gain, which may indirectly benefit the company, which may as a result of his activities see a greater influx of customers.

Only conduct which, within the corporate structure, is carried out by the natural person for their own exclusive benefit or for the benefit of third parties, and which cannot bring any direct or indirect benefit to the entity, shall be excluded.

The requirement of "direct or indirect benefit" established in Art. 31 bis of the Penal code contrasts with the regime of Art. 129 of the Criminal Code, as this provision only requires that the crime that is the object of the conviction has been committed "within, with the collaboration, through or by means of" the corresponding entity without legal personality, without contemplating in this case that the crime is committed on behalf of and for the benefit of an organisation. However, the clearly punitive nature of these accessory consequences – once the reference to their preventive orientation disappeared with Organic Act 5/2010 – their optional nature and the need for judges to explain their use, with scrupulous respect for the principle of proportionality, will require special prudence in their application in order to avoid an inadmissible strict liability.

The possibility of admitting that the offence was committed by the natural person through negligence remains a possibility from the moment that the action is assessed as beneficial to society from an objective perspective. It has to be acknowledged that such a possibility is in principle problematic, because of the difficult compatibility of the formula “for direct or indirect benefit” with the structure of negligent offences, even if the possibility that the formula defines a subjective element is excluded. On the other hand, criminal policy provisions do not, in principle, seek to punish the collective entity for the negligence of its managers, or that of their subordinates who are not properly managed. However, since Art. 31 bis does not describe the specific conduct of the natural person, it is in the corresponding provisions of the Special Part that the question of the possibility of responsibility for negligence must be examined.

A survey of the offences for which the liability of the legal entity is foreseen shows that the vast majority describe exclusively intentional conduct. The offences against public health provide for serious negligence (Art. 367), but the liability of the legal entity does not extend to it (Art. 366). Moreover, this exclusion is unfortunate, as it makes it impossible to demand liability from companies that have seriously failed to comply with minimum due diligence in the manufacture or marketing of products that are lethal or seriously harmful to the health of consumers, actions that are not unknown in Spanish case law. Finally, only four groups of negligent conduct may generate criminal liability for the legal entity, namely: punishable insolvency, crimes against natural resources and the environment, money laundering and financing of terrorism.

With regard to punishable insolvencies, Art. 261 bis refers to the “offences covered by this Chapter,” which include the negligence-based modality (Art. 259.3). The same applies to section 328 and its reference to offences against natural resources and the environment in Chapter III of Title XVI, the negligence-based modality being contemplated in section 331. Art. 576.5 also extends the liability of the legal entity to gross negligence in the failure to comply with obligations to prevent terrorist financing activities (Art. 576.4). The fourth legal provision is more obscure, as Art. 302.2 seems to refer only to the “cases” of Art. 302.1, i.e. to money laundering organisations. However, it could be interpreted in such a way that the reference that Article 302.2 makes to “such cases” also extends to “the cases provided for in the previous article,” which would include the modality of negligent money laundering, recognised in Article 301.3. This interpretation is in line with the administrative obligations that Law 10/2010, of 28 April, *on the prevention of money laundering and terrorist financing* imposes on legal entities (Art. 2.1), which requires them to be charged when a natural person commits a negligent money laundering offence in the circumstances provided for in Art. 31 bis. On the other hand, it would be inconsistent to treat the negligent failure to prevent money laundering and to

prevent terrorist financing differently, when both topics are subject to the same legal regime.

## **2.5. Serious failure to comply with the duties of supervision, monitoring and control referred to in Article 31 bis, section 1**

Organic Act 1/2015 replaces the condition that the perpetrator of the offence could have committed it because “due control” was not exercised over them with the less demanding requirement of “having seriously failed to comply with duties of supervision, monitoring and control.” As mentioned above, these duties are demanded of the persons referred to in subparagraph (a) and not directly on the legal entity. It is therefore a matter of an infringement by the natural persons, due to wilful misconduct or gross negligence, and not a questions of culpability due to an “organisational defect” on the part of the legal entity.

Under the previous regulation, this conclusion, which defines the model of the indirect or vicarious liability of the legal entity, raised the objection that legal representatives and directors, given their hierarchical position in the company, are not in a position to exercise real and effective control over subordinates. The extension of the parties responsible in subparagraph (a), together with the requirement that the control deficiency be serious, makes it possible to correct this objection, which is applicable only to large companies with a large number of middle managers, anyway.

The difficulty of identifying the specific control duties that are personally enforceable on natural persons was another criticism of the model. Indeed, the very nature of business activity, governed by principles of specialisation, division of labour and complementarity in the pursuit of common objectives, may significantly hinder the necessary individualisation. All the more so if the corporate structure has been set up precisely with a view to avoiding individual liability for certain offences. The new organisational and management models would come to correct this limitation by rigorously identifying the monitoring and control obligations of each individual.

The clear reduction of the punitive intervention that the introduction of the adverb “seriously” entails, makes it possible to leave breaches of minor importance outside the criminal sphere, in accordance with a reasonable application of the principle of minimum intervention. Such breaches should be corrected by the relevant administrative and commercial regulations. In any case, this reference to extra-penal legislation is obligatory, since the requirement for the control deficiency to have been serious goes further than the sectoral provisions contained in all the Framework Decisions, and more recently in European Union Directives. These systematically establish the obligation for legal entities to be sanctioned when there is a “lack of supervision or control,”

which is never described with the addition of the adjective ‘serious.’ Penalties do not necessarily have to be criminal sanctions; it is sufficient for them to be “effective, proportionate and dissuasive,” but as the Council of State rightly warned in its Opinion on the Preliminary Draft, if criminal sanctions are limited to serious breaches, minor breaches should be punished administratively in order to cover the entire range established by Community law.

Another alternative to the aforementioned double sanctioning system, criminal for serious breaches and administrative for other breaches, could be envisaged. It is provided by Rule 2 of Article 66 bis of the Criminal Code, which establishes that “when the liability of the legal entity, in the cases provided for in Article 31 bis, section 1 (b), derives from a breach of the duties of supervision, monitoring and control that is not of a serious nature, these penalties shall in any case have a maximum duration of two years.” Given that the seriousness of the breach is precisely the prerequisite for the liability of the legal entity to arise in the aforementioned liability criterion in subparagraph (b), it seems clear that the principle of legality prevents the application of this sentencing rule introduced by Organic Act 1/2015.

Therefore, for less serious breaches of control duties, only administrative sanctions are appropriate. It so happens that such administrative sanctions complementary to criminal sanctions are only partially regulated in an incomplete and dispersed regulation that must be sought in the corresponding laws, generally commercial laws, which regulate some of the matters related to the offences for which the Criminal Code contemplates the liability of the legal entity. These include those relating to consumers and users, financial markets, securities markets and the prevention of money laundering and terrorist financing.

It should be recalled here that “although there is no express general rule in this regard, and only in specific cases does the law provide for the Public Prosecutor’s Office to inform the administrative authority of matters of which they are aware and which may have consequences in terms of administrative sanctions, a general principle of inter-organic or inter-institutional communication can be extracted from this fragmentary regulation” (Instructions 10/2005 and 1/2009).

While the requirement of a serious breach of the duty of control implies a restriction of criminal liability, the replacement of “due control” by “the duties of supervision, monitoring and control,” even if it does not extend liability, at least better specifies the content of the duty, with the terms “supervision” and “monitoring” emphasising that this control or supervision is external and superior to the tasks entrusted or carried out by others, also defining more adequately the duties of the new subjects that, like the compliance officer, have been incorporated into paragraph one (a). In any case, the new wording is in line

with commercial law. Thus, the Capital Companies Act, following the reform introduced by Law 31/2014, imposes the duty of diligence “of an orderly businessperson” on directors, requiring them to adopt “the measures necessary for the proper management and control of the company” (art. 225). Supervision is precisely one of the powers that cannot be delegated by the board of directors as regards the “effective functioning of the committees it has set up and the actions of the delegated bodies and the executives it has appointed” (Art. 249 bis). A non-delegable power, which in listed companies extends, in more detail to “the determination of the risk control and management policy, including tax risk, and the supervision of internal information and control systems” (Art. 529 ter, 1.b). In short, it is a question of ensuring that the delegation of functions and the principle of trust inherent to corporate activity do not serve as an excuse for directors to neglect the duties of supervision, monitoring and control that are their personal responsibility.

The question has been addressed by the Second Chamber of the Supreme Court, which in Judgments no. 257/2009 of 30 March, and 234/2010 of 11 March, examines the position of specific duty to avert and the possibility of commission by omission in relation to liability for the conduct of third parties subordinate to the omitting party, or, at least to third parties over whom the omitting party exercises a certain authority and has a possibility of supervision that allows it to avert the result, when the activity of those third parties is considered a source of danger to the interests of others. On liability for omission in organised structures, Supreme Court Judgment no. 1193/2010, of 24 February, warned that “there is no compelling reason to exclude the criminal liability of the superior who knows of the execution of the unlawful act of the subordinate, committed both within the scope of the latter’s functions and of the superior’s powers of supervision, and being able to do so, does not exercise their powers of control, or does not act to prevent it. This criminal liability extends to those “activities or actions that do not ordinarily generate danger for third parties, if in the specific case, the manager knows of the existence of the risk generated and the high probability that it exceeds the limit of the legally permitted risk,” concluding that “a manager who has sufficient information to know that the conduct of his subordinates, carried out within the scope of his or her functions and within the framework of his or her managerial authority creates a legally disapproved risk, is liable for omission if s/he does not exercise the powers of control over the subordinate or does not act to prevent it.”

The new requirement that the breach of the duty of supervision needs to have been serious means that together with the legal entity, the person who failed to carry out the duty of supervision may also be liable for an offence, either intentionally, by commission through omission, or by gross negligence, which moves the conduct to subparagraph (a). This gives rise to the simultaneous concurrence of the two criteria for attributing liability to the legal entity: on the

one hand, that of subparagraph (b), for the offence committed by the subordinate, and on the other that of subparagraph (a), for the offence underlying the serious breach of duty by the persons included in this section. The extension of the expression “offences committed” allows for this double possibility of transferring liability to the legal entity, which is of some significance when assessing exemption from criminal liability given the different exemption regime of these two liability criteria. Although in these cases the perpetrator in the strict sense will be the subordinate (subparagraph (b)), while the person included in subparagraph (a) would be considered as a mere participant in the offence committed by the former, the fact is that the conduct of the person entrusted with control appears to be the real determining factor in the transfer of responsibility to the entity, either directly in the case of subparagraph (a) or indirectly, since without a serious infringement on their part the criminal conduct of the subordinate becomes irrelevant. Therefore, in these cases of concurrence, public prosecutors will charge the legal entity under both liability criteria, without the need to choose one or the other.

As for the offences giving rise to liability of the legal entity, they must have been committed by persons under the authority of the natural persons referred to in paragraph 1 (a), it being sufficient that they operate within the scope of their duties of management, supervision, monitoring or control. It is not necessary for a formal link with the company to be established through an employment or commercial contract, and this includes self-employed or subcontracted workers as long as they are integrated into the perimeter of its corporate domain.

The serious breach of the duties of supervision, monitoring and control must be assessed, “taking into account the specific circumstances of the case,” an expression which, even before the reform and with complete clarity after it, refers to the control programmes that are regulated immediately afterwards, in paragraph 2 of the same Article 31 bis. Precisely, the transfer or vicarious liability model has also been criticised for the fact that, even if the company had made considerable efforts to maintain control of the risks generated by the activity, it would always be possible to demand liability from it. Although this is not entirely true, as the actual content of the natural person’s mandate, and possible overreach of that mandate, can be assessed among such “circumstances,” and the legal entity can defend itself in the proceedings independently of the individual defendants, the fact is that this objection disappears altogether with the far-reaching value that the reform attaches to control programmes.

Naturally, when a breach of the duty of control has not occurred, or has been minor, it is always possible in criminal proceedings to declare the subsidiary civil liability of the legal entity, in accordance with Art. 120. (4) of the Criminal Code. Such liability is “anchored in the principles of *culpa in vigilando* and *culpa*

*in eligendo*, which are the legal foundations upon which such liability is based, noting that these criteria have evolved into more strict forms aimed at the protection of the victims, linking subsidiary civil liability to those persons or entities that through the activity of the offender obtain a benefit at the cost of creating a situation of risk (risk theory) in accordance with the principle of *qui sentit commodum, debet sentire incommodum*. [...]” (Supreme Court Judgment no. 811/2014, of 3 December).

Subsidiary civil liability is also a last resort in cases where the legal entity is not criminally liable. In this sense, Supreme Court Judgment no. 830/2014, of 28 December, recalls that

it is certainly not possible to declare that there was a benefit to the company as a result of such criminal activity, in the manner described today in Art. 31 bis of the Criminal Code, but it must be agreed that we are not judging the criminal liability of the legal entity, whose controls for its activation must be more rigorous, but we are declaring a purely civil aspect, which is the subsidiary civil liability, which as such must fall directly and principally on the accused [...] and following insolvency in its principal, as the necessary controls had not been implemented to avoid this type of conduct in the company, such civil liability being justified not only in the classic principles of fault in *eligendo* or in *vigilando*, but in the strict liability through which this Court of Cassation is constantly striving to ensure the due protection of the victims in the area of subsidiary civil liability.

### 3. Imputable and non-imputable legal entities

It is clear that the legal person is the structure that is involved in an almost generalised way in legal and economic traffic, hence its leading role in economic crime. This is especially true of large companies, whose real capacity for domination constitutes one of the policy reasons why the criminal liability of legal entities has been extended in the vast majority of legal systems, to the point of considering that the exclusive punishment of the individual does not eliminate the danger of the collective entity, or sufficiently protect the legal interests at risk.

Corporate liability is thus born as a complement to individual liability, never as a means of avoiding individual responsibilities within complex corporate structures. EU law is very precise when in the various Framework Decisions and Directives introducing the provision for liability of legal entities; it expressly states that such liability “shall be without prejudice to criminal proceedings which may be brought against natural persons.” This eliminates punitive loopholes and avoids the natural temptation for the legal entity’s managers to transfer their liability to the legal entity. Consistent with these principles, Art. 31 ter makes clear the compatibility and autonomy between the sanctioning of the



legal entity and that of the natural person responsible, whose actual punishment is not a necessary requirement for the organisation's liability.

This compatibility regime does not imply that once the legal criteria for transfer have been met the liability of the legal entity becomes unavoidable. In addition to companies that operate normally in commercial legal transactions and within which criminal behaviour can take place, there are other corporate structures whose exclusive or main purpose is precisely the commission of criminal offences. The liability regime for legal entities is not really designed to deal with these companies (supervision of subordinates, compliance programmes, mitigating circumstances, etc.), so the exclusive sanctioning of the individuals who run them will frequently constitute the entire punitive reproach of the conduct, which may be supplemented by other instruments such as confiscation or *in rem* precautionary measures. Thus, it is understood that instrumental corporations, although formally legal entities, materially lack sufficient organisational development for Art. 31 bis to be applicable to them, especially after the complete regulation of compliance programmes.

Prior to the introduction of these programmes, Circular 1/2011 warned that it was not inevitably necessary to charge the legal entity in those cases in which the existence of *shell* companies was detected, companies characterised by the absence of any real activity, organisation, their own infrastructure, assets, etc., used as tools for the crime or for the purpose of hindering its investigation. As stated in this Circular, nothing stands against the recourse to the notion of contractual simulation or to the *corporate veil doctrine*.

A refusal to charge the legal entity in the aforementioned cases has an undeniable procedural significance, as the legal entity is deprived of the rights and guarantees, which like those of an accused natural person, were introduced in the Criminal Procedure Code by Law 37/2011 of 10 October on *procedural streamlining measures*. This has generated some procedural controversy, a good example of which is the order of 19 May 2014, issued by the Criminal Division of the National High Court, which upheld the decision by the Central Court of Instruction to refuse to charge a company whose sole administrator was the accused and whose assets had been seized in a case of money laundering. On the occasion of this ruling, the Court examined more deeply the material basis of the criminal liability of the legal entity by introducing the concept of corporate responsibility, with the consequent distinction between responsible and non-responsible legal entities, in such a way that only those legal entities that have a sufficient material substratum will be criminally liable.

From the point of view of organisational accountability, three categories of legal entities would thus emerge:

1. Those which operate normally on the market and to which the provisions on organisational and management models in Art. 31 bis, sections 2 to 5, are

specifically and exclusively addressed. Regardless of whether or not they are well organised, they are liable of being held criminally responsible.

2. Companies carrying out a certain activity, most of which is illegal. As stated in the aforementioned order, “the threshold beyond which the legal entity is considered criminally to be a totally independent entity, and not a mere instrument, is a normative threshold that is likely to vary over time.” An example of this type of company is one that is commonly used in money laundering or terrorist financing schemes as an instrument to place funds under the cover of the company’s legal activity, pretending that it is larger than it really is. In most cases, funds of licit and illicit origin are commingled, usually with a gradual increase in those of illicit origin. Rule 2 of Article 66 bis refers to them as those used “instrumentally for the commission of criminal offences. The latter shall be deemed to be the case if the legal activity of the legal entity is less significant than its illegal activity.” The provision clearly brings such companies within the circle of liability of legal entities, and to the extent that they have a minimum organisational development and some activity, albeit mostly illegal, they are also liable of being held criminally responsible.

3. Finally, only those companies whose “instrumental nature exceeds the aforementioned, i.e. that are totally instrumental, not having any other kind of legal activity, or legal activities that are merely residual and a façade for their own criminal purposes” (order of 19 May 2014, cit.) will be considered non-liable of being criminally responsible entities. Often, this type of company is used once only. For example, as an instrument for obtaining a simulated capital gain through the purchase and subsequent sale of the same asset, usually real estate (due to its high value) or financial assets (due to the difficulty of knowing their real value). This category also includes companies used for the purpose of holding or owning funds or assets in the name of the entity, as a veil that hides the natural person who actually holds the funds or benefits from the asset.

Other cases in which it is appropriate to charge only the natural person were noted in Circular 1/2011. They are those in which there is an absolute and substantial identity between the manager and the legal entity, so that their wills appear in practice to overlap completely or in which the legal personality is irrelevant in the specific offence, thus avoiding a double charge that would be contrary to the reality of things and could violate the principle of non bis in idem.

The risk of triggering bis in idem is particularly high in the case of small companies, both in the cases pointed out in Circular 1/2011 [which correspond with the liability criterion of Art. 31 bis 1(a)] and when the company’s liability for the acts of its employees is based on the lack of control of its managers [Art. 31 bis, section 1 (b)], correspond with the lack of an adequate system of corporate control. It can be argued that the liability system, as it has been designed, with

the references to the list of subjects in subparagraph (a), the duties of control or the organisational and management models themselves, is fundamentally designed for medium-sized and large companies, in line with the aforementioned crime policy reasons. For small companies, the requirements imposed in the programmes may be excessive, even with the corrections of Art. 31 bis, section 3, which will be discussed below.

#### **4. Public legal entities exempted from liability**

Art. 31 quinquies refers to legal entities exempted from criminal liability, and incorporates the content of the fifth paragraph of the previous Art. 31 bis with some modifications:

1. The provisions relating to the criminal liability of legal entities shall not apply to the State, to territorial and institutional public administrations, regulatory bodies, agencies and public commercial entities, international organisations under public law, or others exercising public sovereign or administrative powers.

2. In the case of public commercial companies that implement public policies or provide services of general economic interest, only the penalties provided for in subparagraphs (a) and (g) of Art. 33 section 7 may be imposed. This limitation shall not apply where the judge or court finds that it is a legal form created by its promoters, founders, administrators or representatives for the purpose of avoiding possible criminal liability.

The first modification of Art. 31 bis comes from Organic Act 7/2012, of 27 December, which reformed the Criminal Code *in terms of transparency and the fight against tax and social security fraud*. The parliamentary procedure was used to remove political parties and trade unions from the list of excluded entities. Although the exclusion from the criminal liability regime proclaimed only two years earlier could be justified on the basis of the functions that the Constitution recognises them in Articles 6 and 7, it is also true that business associations are treated in the same way as trade unions in this second provision, without having been declared exempt from criminal liability. The Preamble of Organic Act 7/2012 succinctly explained the sudden attribution of criminal liability to political parties and trade unions by assuring that “in this way the perception of impunity of these two actors in political life is overcome.”

Along with political parties, foundations and entities with legal personality that are considered to have links to them will also be criminally liable, in accordance with the criteria established in the seventh additional provision of Organic Act 8/2007 of 4 July *on the financing of political parties*, following the modification made by Organic Act 3/2015, of 30 March *on the control of the economic-financial activity of political parties*.

With the same criminal liability regime as any commercial company, the peculiarities of political parties and trade unions dictate, however, that their organisational and management models must be adapted to their special characteristics (citizen participation and internal democracy) and risks. Regarding these, it seems clear that prevention programmes will focus on illegal financing.

It should be noted that, unlike other legal entities in principle not obliged to establish prevention programmes, Article 9 bis of Organic Act 8/2007, introduced by Organic Act 3/2015, expressly obliges political parties to “adopt in their internal rules a system for the prevention of conduct contrary to the legal system and for supervision, for the purposes provided for in Article 31 bis of the Criminal Code.”

In relation to the penalties of dissolution and judicial suspension, the provisions of Chapter III of Organic Act 6/2002, of 27 June, on *Political Parties* (modified by Organic Act 3/2015) must be taken into account. This regulates the causes for dissolution of the political party, which covers cases not contemplated in the Criminal Code [subparagraphs (b) and (c) of paragraph 2 of Article 10 of the Organic Act], the procedure for requesting the declaration of their illegality and their consequent dissolution in such cases and the effects of judicial dissolution. As for the judicial suspension of a political party, this will only apply in the cases foreseen in the Criminal Code, with suspension being possible as a precautionary measure, both in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Code and in accordance with Article 8 of the Organic Act (Article 10.3).

The rest of the content of the former Art. 31 bis, section 5 remains unchanged in Art. 31 quinquies 1, and hence it retains its terminological imprecision. With regard to the State, its initial mention would make it possible to include all administrations, as is established more simply in the French Criminal Code (Art. 121-2), which would make the subsequent list of State public sector bodies unnecessary. However, Art. 31 quinquies enters the often uncertain field of relations and does so with a terminology that does not always fit in with the corresponding administrative classifications, which are also changing, that make up the public sector, consisting of three sectors: the public administrative sector, the public commercial sector, and the public foundational sector.

The administrative public sector includes autonomous bodies, state entities governed by public law (including some of the so-called “regulatory bodies”) and consortia, as established in Law 40/2015 of 1 October on the Legal Regime of the Public Sector, which came into force on 2 October 2016 and repealed Law 6/1997 of 14 April on the Organisation and Functioning of the General State Administration. The legal reference to “those other [organisations] exercising public sovereign or administrative powers” makes it possible to include the entire administrative public sector.

With regard to the public commercial sector, the state trading companies, mentioned in the original Art. 31 bis, section 5, had been the subject of particular controversy. In the aforementioned report adopted by its Working Party in 2012, the OECD was concerned that state-owned companies could circumvent the liability regime for legal entities. This organisation drew particular attention to public ownership of the shares of the financial institutions *rescued* by the State through the FROB [the Spanish Executive Resolution Authority], warning that “in Spain, the exclusion of these companies from criminal liability is even more worrying, due to the fact that in many cases they are controlled by regional governments.” The report concluded by recommending a reform of the Criminal Code clarifying that state companies are criminally liable for crimes under the current Art. 286 ter.

In response to this recommendation, the Organic Act 1/2015 recognises the criminal liability of publicly-owned companies, to which it devotes section 2 of Article 31 quinquies, although it limits the penalties that can be imposed on them to those provided for in subparagraphs (a) and (g) of Article 33.7 of the Criminal Code, i.e. a fine and judicial intervention. As it refers to publicly-owned companies and not only to state-owned companies, it also clearly includes those set up by Autonomous Communities and local authorities.

In order for this penalty limitation clause to apply to public commercial companies, it is necessary that they “implement public policies or provide services of general economic interest.” Although the execution and delivery of such policies and services at the state level is normally attributed to autonomous bodies, consortiums or public commercial entities (Law 6/1997 and Law 40/2015 of 1 October), it is not uncommon for state companies, especially companies wholly publicly-owned, to provide public services of general economic interest. Finally, it will be the analysis of the specific public purpose developed by each company that determines the classification and relevance of the service provided, as from a functional perspective of public assets the concept of public service must not be understood as linked to, or restricted by, administrative categories, as interpreted by the most recent case law in relation to the aggravated offence of current Art. 432.3 (a) of the Criminal Code (Supreme Court Judgment no. 277/2015, of 3 June).

Although they are not expressly mentioned, public foundations, which form part of the public foundational sector, must also be considered exempt from liability, given their subjection to administrative law (Law 40/2015, Law 50/2002, on Foundations, and Law 47/2003, of 26 November, *General Budgetary Law*). Their activity is always related to the sphere of competence of the founding public sector entities, without this implying the assumption of competences of their own (art. 128 Law 40/2015). Their budgets, accounting, auditing of accounts and recruitment of staff are governed by administrative provisions,

such as their contracting regime, which is subject to Law 30/2007, of 30 October, on public sector contracts [Art. 4.2 (g) Law 47/2003 and 131 of Law 40/2015] and their monitoring, entrusted to the *Intervención General de la Administración del Estado* (General Intervention of the State Administration).

Ultimately, public foundations are simply forms of management, whose existence is due to an administrative decision that must be in line with the effective fulfilment of general interest purposes. Although the public foundation only carries out such activities in the general interest and these are never of a commercial or industrial nature (Instruction no. 1/2008, of 5 February, of the State Attorney's Office), even when it carries out certain activities for profit, as long as it continues to serve needs of general interest, it will be considered a public law body (ECJ ruling of 10 April 2008, Case C-393/06). In view of the above, its exclusion from the regime of Art. 31 bis is not in doubt, although once the listing technique was chosen by the Legislator, its incorporation would have been very appropriate.

This can be extended to the foundations of the autonomous public sector, for which each Autonomous Community has its own regulations, and also to local foundations, since although the creation of local foundations is a possibility not expressly provided for in local legislation, it is inherent to the free organisation of local public services.

After the legal reform, doubts remain with regard to professional associations. Circular 1/2011 understood that their criminal liability could not be considered generally excluded, "since they constitute intermediate bodies with a dual configuration whose primary purpose is to defend private interests, albeit common to the members of a certain economic or professional sector, and thus to a greater or lesser extent participate in tasks of a public nature, with a variable degree of similarity of their acts to the administrative regime, which makes it advisable to make a casuistic legal assessment in this regard." Following the inclusion of political parties and trade unions in the criminal liability regime, this criterion should be rectified. Professional associations do not fall into any of the categories mentioned in Art. 31 quinquies, and there is no room in this case for a clearly extensive interpretation of the excluded legal entities. It must be understood that the exercise of public sovereign or administrative powers, according to its literal wording, is applicable only to public administrations and not to private associative entities, such as professional associations, chambers of commerce, trade unions or political parties themselves. This restrictive interpretation is fully in line with all sectoral Framework Decisions and Directives, which exclude only states, public bodies in the exercise of their public authority and public international organisations from the concept of 'responsible legal entity.'

The last indent of the second paragraph provides for an exception to the exclusion regime for public commercial companies, which concerns legal structures created by their promoters, founders, managers or representatives for the purpose of avoiding possible criminal liability. The rule requires the company to have been set up ad hoc for that purpose, meaning that the supervening illegality of the company will not be relevant. This exception, which was extended to all public legal entities in the previous Art. 31 bis, section 5, is restricted to public commercial companies following the reform. In principle, this limitation will not produce punitive loopholes, as it is difficult to imagine this conduct in the bodies, entities and organisations mentioned in no. 1 of Article 31 quinquies, except perhaps for some public commercial entities, which are closer in nature to public trading companies.

### **5. The liability exemption regime for legal entities: organisational and management models**

The most novel aspect of the 2015 reform is the complete regulation, in sections 2, 3, 4 and 5 of article 31 bis, of the normative compliance programs or *compliance guides*, referred to as organisational and management models:

2. If the offence is committed by the persons referred to in subparagraph (a) of the preceding section, the legal entity shall be exempted from liability if the following conditions are fulfilled:

1. the management body has adopted and effectively implemented, prior to the commission of the offence, organisational and management models that include appropriate monitoring and control measures to prevent offences of the same nature or to significantly reduce the risk of their commission;
2. supervision of the functioning of and the compliance with the prevention model in place has been entrusted to a body of the legal entity with autonomous powers of initiative and control or which is legally tasked with the function of supervising the effectiveness of the legal entity's internal controls;
3. the individual perpetrators have committed the offence by fraudulently circumventing the organisational and preventive models, and
4. there has been no omission or insufficient exercise of its supervisory, monitoring and control functions by the body referred to in condition 2.

In cases where the above circumstances can only be partially proven, this circumstance shall be assessed for the purposes of mitigating the sentence.

3. In the case of small legal entities, the supervisory functions referred to in the second sentence of paragraph 2 may be carried out directly by the management body. For these purposes, small legal entities are those which, according to the applicable legislation, are authorised to present abridged profit and loss accounts.

4. If the offence was committed by persons referred to in paragraph 1(b), the legal entity shall be exempted from liability if, prior to the commission of the offence, it has adopted and effectively implemented an organisational and management model which is suitable to prevent offences of the nature of the one committed, or to significantly reduce the risk of its commission.

In this case, the mitigation provided for in the second subparagraph of paragraph 2 of this Article shall also apply.

5. The organisational and management models referred to in paragraph 2, condition 1 and the preceding paragraph shall meet the following requirements:

1. Identify the activities within the context of which the offences that must be prevented may be committed.
2. They shall establish the protocols or procedures that specify the process for the formation of the legal entity's will, the adoption of decisions and the execution of those decisions in relation to them.
3. Have in place appropriate financial resource management models to prevent the commission of crimes that must be prevented.
4. Impose the obligation to report possible risks and non-compliance to the body responsible for overseeing the operation of and compliance with the prevention model.
5. Establish a disciplinary system that adequately sanctions non-compliance with the measures set out in the model.
6. They shall carry out a periodic verification of the model and consider its possible modification when significant breaches of its provisions are brought to light, or when changes in the organisation, control structure or activity carried out make modifications necessary.

### 5.1. Background and general principles

In the original 2010 regulation there was no reference to compliance programmes other than the one contemplated in the mitigating circumstance of Article 31 bis, section 4, paragraph d: "to have put in place effective measures to prevent and detect future offences that may be committed with the means, or under the cover, of the legal entity before the commencement of the oral trial." The mitigating circumstance raised the question of the benefits that could accrue to the legal entity when such measures had been put in place prior to the commission of the criminal offence. From the absence of the corresponding exonerating circumstance in the Criminal Code, it could be inferred that the prior adoption of a prevention plan did not exclude the criminal liability of the legal entity, a position maintained in Circular 1/2011. However, on the other hand, the mitigating value accorded to the plans implemented after the commission of the crime appeared to demand a greater reward for those plans



that were already in place beforehand, leading a doctrinal sector to consider complete exemption from criminal liability as a solution. In short, it was an incomplete regulation that required the “due control” of the second paragraph of Art. 31 bis, section 1 to be given an evaluative content in order to clarify whether it referred to the legal entity, or to the natural persons who organise and control it.

As previously stated, the Organic Act 1/2015 continues to attribute “due control” (now “duties of supervision, monitoring and control”) to the natural persons in subparagraph (a) of Art. 31 bis, section 1 and not to the legal entity itself, meaning that these programmes neither define the culpability of the company nor constitute the basis of its liability, which lies in the commission of an offence by the natural persons referred to in the two points in Art. 31 bis, section 1 in the specific circumstances it details.

Notwithstanding the above, the 2015 Legislator decided that these codes of good practice, which in almost literal translation are taken from the Italian Legislative Decree 231/2011, exempt the company from liability under certain conditions. This qualifies the established model of vicarious liability, from which any hint of strict liability is thus banished. Hence, the subject matter of the criminal proceedings now also essentially extends to assessing the suitability of the compliance programme adopted by the corporation.

It is of course a laudable objective to promote the structuring of legal entities with organisational and control systems that among other things tend to prevent the commission of crimes within them, or at least to ensure the detection of any such crimes, and this is to be welcomed. In this regard, the OECD and the European Union have shown particular concern for the establishment of adequate control and an efficient and prudent management of corporate risk.

What is less plausible is that it is the criminal legislator, who by means of a necessarily insufficient regulation of the requirements to be met by the normative programmes, has taken on a task that belongs more to the administrative sphere. The programmes entail requirements of a corporate nature, a corporate organisational structure, require a high degree of development and have an obvious preventive purpose, factors that should have led this regulation to be included in the corresponding commercial legislation, to which the judge could turn to assess the existence of an organisational structure adequate for the prevention of crimes within the company, in a similar way to what occurs with the regulations on the prevention of money laundering and the financing of terrorism (Law 10/2010 and Royal Decree 304/2014).

Strictly speaking, the aim of organisational and management models or *corporate compliance programmes* is not to avoid criminal sanctions for the company, but rather to promote a truly ethical corporate culture. The company must have a model that ensures compliance with the law in general, and of

course with criminal law, but not solely with criminal law, the only content that the 2015 Legislator expressly imposes on the organisation and on management models, which is even further restricted by limiting this kind of *criminal compliance* to “crimes of the same nature.”

Undoubtedly, many companies have been, and will be, equipped with comprehensive and costly programmes for the sole purpose of avoiding criminal prosecution, but beyond formal compliance with the requirements of the Criminal Code, such programmes cannot focus on achieving this purpose, but rather on reaffirming a corporate culture of respect for the law, where the commission of a crime is an accidental event, and exemption from punishment is a natural consequence of this culture. Otherwise, there is a risk that such programmes will be perceived within the organisation as a kind of insurance against criminal prosecution.

## 5.2. The exemption regime in the two liability criteria for the legal entity

Art. 31 bis extends the exonerating value of the organisation and control models to the two sources of the criminal liability of the legal entity: crimes committed by its directors and managers, and crimes committed by subordinates who are not controlled by them, referred to in paragraph 1 (a) and (b), respectively. It does so with a double exemption regime, substantially identical but with certain nuances that sketch a somewhat broader framework of exemption of the legal entity with respect to the conduct of subordinates.

The Legislator’s decision, admittedly not very clearly expressed in the provision, is based on the superior importance that can be given to organisational models with respect to offences committed by subordinates. In the case of subordinates, the reference to “the specific circumstances of the case” [subparagraph (b) of Article 31 bis, section 1]) already allows for the existence and effectiveness of these programmes to be assessed in relation to the defective control exercised by the persons in Article 31 bis, section 1, paragraph a). However, the exemption is less justified in the case of directors and managers, because the transfer of liability to the legal entity, which in this case is automatic and does not require there to be deficient control, should not be nullified by the invocation of a proper organisation which these persons ultimately embody. The exemption system must therefore be interpreted in such a way that the liability criterion in subparagraph (a) is not distorted, and the criminal liability of legal entities is not rendered meaningless. This was suggested by the Council of State in its opinion on the Preliminary Draft, when it warned that “the appointment of legal representatives and the decision to entrust powers of representation must, in itself, respond to an organisational reflection on the way in which such representatives and proxies are to act,” which generates “a certain tautology

between the action of some representatives and proxies and the existence of a clear organisational and operating structure.”

The legal description addresses in greater detail the preventive measures to be taken by the legal entity in the case of offences committed by directors or officers than it does in the case of their subordinates. Paragraph 4, devoted to the latter, reproduces the first condition of paragraph 2 with only minor differences in wording. In fact, there is no reason from a semantic, logical or teleological point of view to distinguish between the organisational and management models required for the two categories, which must in any case be ‘suitable’ or ‘appropriate’ and meet the requirements listed in paragraph 5, expressly stated to be applicable to the two liability criteria. However, paragraph 4 does not refer to the rest of the conditions set out in paragraph 2. Despite this silence, the requirement of a supervisory body for the model (condition 2 of paragraph 2) is also common to both liability criteria (it is referred to in the fourth requirement of paragraph 5). The same applies to condition 4, which is applicable to both exemption systems, since if the supervisory body has failed to exercise its functions, or has not exercised those functions effectively, the model will not have been implemented with the degree of efficacy required by both paragraphs 2 and 4, and one of the six requirements set out in paragraph 5 for both organisational models will also necessarily have been breached.

In fact, the only difference in the double exemption regime for legal entities is to be found in the third condition of paragraph 2, which is only applicable to offences committed by the subjects of subparagraph (a). This condition is not foreseen for subordinates, which allows the legal entity to avoid liability in the cases of (b) by simply proving that its model was adequate, without the need to prove that the employee had not acted fraudulently. In the established model, it must be proven that the person responsible for supervision and control has seriously breached their duties, but the legal entity cannot be required to prove that the employee fraudulently circumvented the control model in order to exonerate itself from liability.

A slightly broader framework of exemption from liability for the legal entity is thus designed for offences committed by subordinates. However, it should be noted that in practice the minimal difference made by condition 3 of paragraph 2 will be relative. since with the exception of negligent conduct, the effectiveness of a programme will hardly be provable if it can be circumvented by dependants without the concurrence of conduct involving some form of fraud.

### **5.3. Conditions and requirements for organisational and management models**

Article 31 bis, section 2 sets out the four conditions that legal entities must fulfil in order to be exempt from liability. The first two and the fourth are applicable to

the two liability criteria, and the third only to offences committed by the persons indicated in subparagraph (a), in the terms already set out.

Beyond establishing minimum reference guidelines, it is not the purpose of this Circular to elaborate on the content of the conditions and requirements of the prevention programmes covered by the necessarily generic provisions of Art. 31 bis.

As an interpretative criterion, and with the adaptations necessary required to take into account the nature and size of the corresponding legal entity, it is useful to refer to the sectoral regulations of the entities for which a specific organisation and risk management is specifically envisaged: CNMV [National Securities Market Commission] Circulars no. 6/2009, of 9 December, *on internal control of management companies of collective investment undertakings and investment companies* and no. 1/2014, of 26 February, *on the requirements for internal organisation and control functions of entities providing investment services*, the Good Governance Code of Listed Companies, published by the CNMV on 24 February 2015 or Royal Decree 304/2014, of 5 May, *which approves the Regulation developing Law 10/2010, of 28 April, on the prevention of money laundering and terrorist financing*, which in its chapter IV and throughout fourteen articles describes the internal control procedures of the obliged entities, the risk analyses, the minimum content of the prevention manual, the control bodies and measures, their obligations in terms of training and the ethical standards in the hiring of employees and managers.

The first condition of Article 31 bis, section 2 requires the management body to have “adopted and effectively implemented, prior to the commission of the offence, organisational and management models” with the sole requirement that these contain the appropriate supervision and control measures to prevent offences of the same nature, or to significantly reduce the risk of their commission. The requirements for such models are set out in Article 31 bis, section 5.

Programmes must be clear, precise and effective, and of course put down in writing. The existence of a programme, however complete it may be, is not enough; its suitability for preventing the specific offence committed must be proven, and to this end a judgement must be made as to the suitability of the programme’s content with regard to the offence. Organisational and management models must therefore be perfectly adapted to the company and its specific risks.

In order to reduce costs and to avoid the programme falling short of the standards of the compliance industry, it is not uncommon in practice in other countries for companies to simply copy programmes developed by others, even in different industrial or commercial sectors. This practice raises serious

reservations about the suitability of the model adopted, and the company's true commitment to the prevention of criminal conduct.

The first requirement in paragraph 5 refers to the need for the legal entity to identify and adequately manage risks and to put measures to neutralise them in place. The legal entity shall establish, implement and maintain effective risk management procedures to identify, manage, control and report actual and potential risks arising from its activities in accordance with the overall risk level approved by the entities' senior management, and with specific risk levels established. To this end, the analysis will identify and assess risk by type of customer, country or geographical area, product, service, transaction, etc., taking into account variables such as the purpose of the business relationship, its duration or the volume of its transactions.

In companies of a certain size, it is important to have software applications that control the company's internal business processes as comprehensively as possible. In general – as it depends on the size of the company – no compliance programme can be considered effective if the company's core business is not minimally robust and properly audited.

The second requirement of paragraph 5 concerns protocols and procedures for the constitution of the legal entity's will, for decision making and for the implementation of decisions. Such procedures should ensure high ethical standards, in particular in terms of recruitment and promotion of managers, and in the appointment of members of management bodies. In addition to the obligation to comply with the suitability criteria established by the sectoral regulations, and in the absence of such criteria, the legal entity must take into account the applicant's professional background, rejecting those who, due to their previous history, are not suitable.

Although the commission of a crime can be interpreted as an initial sign of the ineffectiveness of the model, in fact it does not automatically disqualify a programme as ineffective. The crime does not necessarily invalidate the prevention programme, which may have been well designed and implemented without being fully effective. In view of this reality, suitability is established in the articles on a relative basis, admitting as effective a programme that only "significantly reduces" the risk of committing the crime, imprecise terminology that will force the judge to make a difficult hypothetical and retrospective judgement on the previously existing likelihood of the commission of a crime that has already taken place.

Although this first condition of paragraph 2 does not expressly mention it, an organisational and management model, in addition to having preventive effectiveness, must make it possible to detect criminal behaviour. This is suggested by the fourth requirement of paragraph 5, when it imposes "the obligation to report possible risks and non-compliance to the body responsible

for monitoring the functioning and enforcement of the prevention model.” The existence of channels for reporting internal breaches or illegal activities within the company is one of the key elements of prevention models. However, in order for the obligation imposed on employees to be enforceable, it is essential that the entity has a specific whistleblower protection regulation that allows reporting of various breaches, facilitating confidentiality through systems that guarantee such confidentiality in communications (telephone calls, e-mails, etc.) without risk of reprisal.

The obligation to establish an adequate disciplinary system to sanction non-compliance with the measures adopted in the model, as set out in the fifth requirement, presupposes the existence of a code of conduct that clearly sets out the obligations of managers and employees. The most serious infringements will logically be those constituting a criminal offence, and conduct that contributes to preventing or hindering their detection, as well as the infringement of the specific duty to inform the supervisory body of the breaches detected, as referred to in the fourth requirement.

The sixth requirement of paragraph 5 imposes a duty on the legal entity to periodically verify the effectiveness of the model. Although the text does not establish any specific timeframe or review procedure, a proper organisational model should expressly include both. Furthermore, the model must be revised immediately in the event of circumstances that may influence the risk analysis, which must be detailed, and shall include, in addition to those indicated in this requirement, other situations that significantly alter the risk profile of the legal entity (e.g. changes in the Criminal Code that affect the corporation’s activity).

Even if all the above conditions and requirements are fulfilled, the legal entity will only be exempted from punishment if the offenders committed the offence by fraudulently circumventing the organisational and control models, as provided for in the third condition of the second paragraph, only applicable, as mentioned above, to the offences referred to in paragraph 1 (a).

The last subparagraph of paragraph 2 provides for the possibility of mitigating the penalty when the above conditions, which it now calls “circumstances,” can only be partially established. The provision is presented as an incomplete exonerating circumstance which, with better systematics, should have been included in the closed catalogue of mitigating circumstances in Article 31 quater, and that above all should have been drafted in such a way that its mandatory application would have been clearer, a defect which is partly corrected by the better formulated second paragraph of section 4.

The reference to “partial establishment” does not mean that the existence and application of the control mechanisms has only been partially proven, but rather that not all the elements and requirements indicated in the section have been met, in the way that is stipulated in the first mitigating circumstance of Article

21 of the Criminal Code. In other words, partial establishment implies a lowering of the substantive rather than the evidentiary requirements, i.e., that the model has some defects, or that it has only been demonstrated that there was some concern about control, a somewhat less intense control than that required for full exemption from criminal liability, but sufficient to mitigate the penalty.

The second subparagraph of paragraph 4 states that the mitigation provided for in the second subparagraph of paragraph 2 applies to the offences of subordinates in “cases where the above circumstances can only be partially proven.” Of these circumstances, or conditions, only the third is inapplicable to crimes committed by subordinates, as has already been explained.

#### **5.4. The compliance officer**

The second condition of Art. 31 bis, section 2 attributes the supervision of the crime prevention model implemented to a specific body with autonomous powers of initiative and control within the legal entity, a body that must be specifically created to assume this function, except in those entities in which by law it already exists, to verify the effectiveness of the legal entity’s internal risk controls, which include crime prevention. This is the case for investment firms as referred to in Art. 193. 2 (a) of Royal Legislative Decree 4/2015, of 23 October, *which approves the consolidated text of the Securities Market Act*, and which reproduces the content of Art. 70 ter of the repealed *Securities Market Act 24/1988* of 28 July, the development of which is contained in CNMV Circulars no. 6/2009 and 1/2014. There is also regulatory provision for regulated legal entities in relation to the prevention of the offence of money laundering (Articles 2 and 26. 1 of Law 10/2010) and for listed companies, although it does not have legal status, as the Code of Good Governance of Listed Companies drawn up by the CNMV establishes that “the company shall have a risk control and management function exercised by an internal unit or department under the direct supervision of the audit committee, or where appropriate another specialised committee of the board of directors” (principle 21).

In both cases (with the more limited function of crime prevention or the more extensive function of internal control), the rule refers to a compliance body (compliance officer) which, depending on the size of the legal entity, may be made up of one or more persons, with sufficient training and authority.

The text does not set out the content of the compliance officer’s supervisory functions. They must participate in the development of organisational and risk management models and ensure their proper functioning by establishing appropriate audit, monitoring and control systems to at least verify compliance with the requirements of paragraph 5 of the Article, as insufficient exercise of their functions will prevent the company’s exemption, as set out in the fourth

and final condition of paragraph 2. To this end, there is a requirement for staff with sufficient professional knowledge and experience, adequate technical means and access to the internal processes, necessary information and activities of the entities to ensure broad coverage of the necessary compliance functions. An illustrative definition of the content of the regulatory compliance function can be found in Rule 5 of the aforementioned CNMV Circulars 6/2009 and 1/2014, which establish in detail the content of this function, the former for management companies of collective investment undertakings and investment companies, and the latter for entities that provide investment services, which applies to both investment firms and credit institutions.

The compliance officer(s) must necessarily be a body of the legal entity, which will facilitate the day-to-day contact with the functioning of the corporation itself. This does not imply that this body must itself perform all the tasks that make up the regulatory compliance function, which may be carried out by bodies or units other than the specific regulatory compliance body, such as the risk unit, the internal control unit, the occupational risk prevention service or the money laundering prevention service. What is essential is that there should be a supervisory body for the overall functioning of the model, which should clearly establish who is responsible for the different functions and tasks.

There is also no objection for a large company to outsource the various activities involved in the compliance function. It would be pointless and ineffective to impose on a multinational the duty to perform and control all the tasks that make up the compliance function internally. What is essential is that the legal entity has a body responsible for the compliance function, not that each and every one of the tasks that constitute the compliance function are performed by that body. Many of them will even be more effective the higher the level of outsourcing, as is the case, for example, with management and employee training or whistleblowing channels, which are more frequently used and more effective when managed by an external company, which can guarantee higher levels of independence and confidentiality.

It is worth mentioning that, without prejudice to the functions of the compliance officer, it will always be the responsibility of the board of directors to establish the company's risk control and management policy and its supervision, which in listed companies is a non-delegable power [Art. 529 ter (b) LSC].

Precisely for this reason, although the aim is for the compliance officer to be as independent as possible, as a body of the legal entity appointed by the management body, which the compliance officer must also supervise, it will be difficult for the compliance officer to enjoy full autonomy. In order to achieve the highest levels of autonomy, the models should provide mechanisms for the appropriate management of any conflict of interest that may arise in the performance of the compliance officer's duties, ensuring that there is



operational separation between the management body and the members of the control body, who should preferably not be directors, at least not all of them.

Finally, reference should be made to the position of the compliance officer in relation to its own criminal liability and that of the legal entity. On the one hand, the compliance officer can transfer criminal liability to the legal entity through its criminal action *via* subparagraph (a), since as has been pointed out, they are included among the persons who have organisational and control powers within the legal entity. On the other hand, it may be one of the persons under (a) who by seriously neglecting their duty of supervision towards a subordinate allows the transfer of liability to the legal entity. In this case, the omission of duty may lead them to be held criminally responsible for the offence committed by the subordinate. Finally, if the compliance officer neglects its supervisory duties, the legal entity will in no case be exempted from criminal liability [4<sup>th</sup> condition of Art. 31 bis, section 2].

According to this approach, the compliance officer's personal exposure to criminal risk is no higher than that of other managers of the legal entity. Comparatively, its higher criminal risk can only arise from the fact that due to its position and functions it may have more frequent access to knowledge of the commission of criminal acts, especially given its responsibility in relation to the management of the whistleblowing channel, and provided that the report refers to acts that are being committed that the compliance officer can therefore take steps to prevent.

## 5.5. The special regime for small legal entities

Article 31 bis, section 3 includes a special regime for small legal entities, defined as those companies authorised to file abridged profit and loss accounts. The only particularity that the Legislator dispenses with for these entities consists of exempting them from complying with the second condition of the previous section, meaning that the functions of the compliance officer are carried out directly by the administrative body. The obligation to adopt the organisational and management models, with the requirements referred to in paragraph 5, is therefore maintained.

Notwithstanding this obligation, the characteristics of the organisational and control models of these small legal entities must be adapted to their own organisational structure, which cannot be compared to that of companies with a certain complexity of organisation, that is to a large extent legally imposed on them.

These small organisations will therefore be able to demonstrate their ethical commitment by reasonably adapting the formal requirements of paragraph 5 to their own size, enabling them to demonstrate their compliance culture, beyond

the literal wording of the provision and in line with the less stringent requirements imposed on these companies from an accounting, commercial and tax point of view.

Bearing in mind the special characteristics of some of these companies, in which confusion between the responsibility of the natural person who is responsible for the duty of supervision and the compliance body that they themselves embody will be commonplace, in order to avoid an unconstitutional situation of *bis in idem*, the public prosecutors will exercise extreme caution in charging them.

### **5.6. Criteria for assessing the effectiveness of organisational and management models**

In light of the above, it will not be easy for prosecutors and judges to verify that the organisational and management models fulfil the conditions, and above all the requirements laid down in Art. 31 bis, sections 2 and 5 respectively. In any case, the concurrence of conditions and requirements will allow to assess, the existence and suitability of the model, not so much the required degree of monitoring in the corporation.

Although it is not easy to establish uniform criteria applicable to the different types of companies, their specific organisation, their business models, the nature and extent of their transactions, their products or services or their clients, it seems appropriate to try to provide prosecutors with some initial interpretative criteria so that, beyond what has been said so far when examining the content of sections 2 to 5 of Art. 31 bis, they can assess the suitability and effectiveness of the organisational and management models in an attempt to provide uniform solutions that guarantee the principle of unity of action on the part of the Public Prosecutor's Office in such a novel and transcendental matter. Similarly, companies potentially responsible for crimes committed internally demand homogeneous, clear criteria that are as objective as possible on how such models are to be assessed by the Public Prosecutor's Office. This is why, without prejudice to the very different circumstances that may arise in each specific case, the following general interpretive guidelines are provided:

Firstly, the regulation of organisational and management models must be interpreted in such a way that the regime of criminal liability of the legal entity is not left devoid of content and made impossible to assess in practice. The OECD, in the repeatedly mentioned report adopted by the Working Party in 2012, warns about these programmes, recommending that their implementation by the legal entity may not be used as a defence to avoid liability. Therefore, it is to be avoided that the mere adoption of these models, which are widely available on the specialised market, is used as a safeguard for the impunity of the legal entity, shielding it not only from the acts of those persons with less responsibility

within the company, but also from the acts of those who manage it, represent it and even design and monitor the observance of such programmes.

Secondly, as stated above, the organisational and management models are not only aimed at avoiding criminal sanctions against the company, but also at promoting a truly ethical business culture. Therefore, the key to assessing true effectiveness lies not so much in the existence of a prevention programme, but in the importance the programme has in the decision-making of its managers and employees, and the extent to which it is a true expression of the organisation's compliance culture. This general criterion will govern the interpretation of the organisational and management models by public prosecutors when determining whether, beyond their formal conformity with the conditions and requirements established by the provision, these express a corporate commitment that really discourages criminal conduct.

Third: Certifications on the suitability of the model issued by companies, corporations or associations that evaluate and certify compliance with obligations, through which it is stated that a model complies with the legal conditions and requirements, may be appreciated as an additional element of observance, but in no way prove the effectiveness of the programme, nor do they replace the assessment that is the exclusive responsibility of the judicial body.

Fourth: Any effective programme depends on the unequivocal commitment and support of the company's senior management. The conduct and involvement of the Board of Directors and senior executives are key to spreading a culture of compliance throughout the rest of the company. Conversely, their hostility towards these programmes, ambiguity, misleading messages or indifference to their implementation convey to the company the idea that non-compliance is merely a risk that may be worth taking in order to achieve a higher financial benefit. If the key decision-makers within the entity infringe the organisational and prevention model, or are directly or indirectly rewarding or incentivising employees who are in breach of it, it can hardly be considered that there is an effective programme that reflects a true culture of respect for the law within the company.

Therefore, the liability of the company cannot be the same if the offence is committed by one of its directors or a senior manager as if it is committed by an employee. The first scenario reveals a lesser ethical commitment on the part of the company and calls into question the seriousness of the programme, with the result that the public prosecutors will presume the programme to be ineffective if a senior company official participated in, acquiesced in, or tolerated the offence.

Fifth: Although, as stated above, an indirect benefit to the legal entity is possible, corporate liability should not be assessed in the same way in cases where the

criminal conduct is mainly for the benefit of society as in others where that benefit is secondary or merely tangential to that pursued by the offender. In these cases, it should be borne in mind that the preventive value of a compliance programme, even if properly designed and implemented, is low in the face of a decision to commit an offence, and that its intimidating effect will be lower than that represented by the threat of a criminal sanction itself. The best way to prevent these conducts is the proper selection of managers and employees. Therefore, in cases where the offence was committed by the person for their own benefit, with only an indirect benefit for the legal entity, public prosecutors should particularly assess whether the company's organisational and control models set high ethical standards for the recruitment and promotion of managers and employees, and their application in the specific case.

Sixth: Although the detection of offences is not expressly included in the statement nor in the requirements of the organisational and management models, it is part, together with prevention, of their essential content. Given that any prevention programme, however effective it may be, will still entail some residual risk of crime, the ability to detect non-compliance will appear as a substantial element of the model's validity. Consequently, the public prosecutors will attach particular value to the detection of the offences by the corporation itself, so that once the criminal conduct has been detected by the legal entity and brought to the attention of the authorities, they should request that the legal entity be exempted from punishment, as it evidences not only of the effectiveness of the model but also its consistency with a culture of corporate compliance.

Seventh: It has been said above that the commission of a crime does not automatically invalidate the prevention model but it is also true that the model may be seriously called into question, depending on the seriousness of the criminal conduct and its scale within the corporation, the high number of employees involved, the low intensity of the fraud used to circumvent the model, or the frequency and duration of the criminal activity. All these circumstances should be taken into account in assessing the effectiveness of the model.

Eighth: The behaviour of the corporation in relation to previous conduct is relevant to ascertain the willingness of the legal entity to comply, and to what extent the offence represents a one-off event that is alien to its ethical culture, or conversely is evidence of the absence of such a culture, revealing the organisational model to be a mere exculpatory device. The company may prove that, even if it has failed in this particular case, the model has worked effectively on previous occasions. The firmness of the response to previous violations also sends a clear message of intolerance of unethical behaviour to employees. In contrast, and by way of example, the continuation in office of a director or

manager who has been subject to criminal proceedings in which the commission of a crime has been proven undermines an alleged ethical commitment.

The existence of previous or pending criminal proceedings should also be assessed by the public prosecutors, even if it should refer to criminal conduct other than that under investigation. Whether the corporation has been sanctioned in administrative proceedings (environmental and tax or social security infractions, those relating to the prevention of money laundering, to the regulation and discipline of the securities market, etc.) must also be taken into account.

Ninth: The actions carried out by the legal entity after the commission of the offence must also be evaluated. Disciplinary action against perpetrators or an immediate review of the programme to identify possible weaknesses and make any necessary modifications, is a sign of commitment by the corporation's management to the compliance programme.

Similarly, restitution, immediate reparation of the damage, active collaboration with the investigation or the contribution to the progress of an internal investigation, without prejudice to their consideration as mitigating factors, indirectly reveal the company's level of ethical commitment, and may lead to exemption from punishment. Delay in reporting the criminal conduct, its concealment, or an obstructive or uncooperative attitude will have the opposite effect.

### **5.7. Nature of the exemption and burden of proof**

As an additional crime element, Article 31bis (2) introduces a clause exempting the legal entity from liability, the nature of which is much debated in doctrine but that in the final analysis depends on the solution to be adopted to the no less controversial question of the nature of the model for attributing criminal liability to the legal entity.

It is not easy to adequately conceptualise the legal nature of the exclusion of the legal entity's criminal liability, as over the last two centuries criminal law has been constructing conceptual references to unlawfulness, culpability or punishability on the basis of individual, not collective, behaviour. However, it should be pointed out that if it is considered that the liability of the legal entity is based on its defective organisation, the presence of a diligently implemented normative compliance plan would demonstrate correct organisation, thus eliminating one element of the offence, either the subjective or the objective part. This would not strictly speaking be an exonerating circumstance, which would relate to unlawful conduct or conduct that was not *personally* attributable, but rather that, if the appropriate preventive measures had been taken prior to the commission of the offence, a basic element of the offence (the objective

element) would not be present, or in any case part of the subjective element, intent or negligence, i.e. *mens rea*, would be lacking.

However, given that Art. 31 bis establishes a system of indirect or vicarious liability according to which the basis of the criminal liability of the legal entity rests on an act performed by another person, and not on an act of its own, the commission of the offence by the corresponding natural persons under the conditions required by the provision will determine the transfer of liability to the legal entity. This means that the offence of the natural person also gives rise to the offence of the legal entity, which will, however, be exempted from punishment if it is proven that it had an adequate organisational and management model.

This construction refers unequivocally to punishability and its grounds for exclusion. At the moment when the natural person commits the offence and transfers responsibility to the legal entity, the organisational models that meet the legal requirements will operate as grounds for acquittal, as a reason for the exclusion of *personal* punishability and not of suppression of punishability, the latter being reserved for post-criminal behaviour or positive rectification, such as those contemplated in the attenuating circumstances of Article 31 quater.

Thus, it is up to the legal entity to prove that the organisational and management models fulfil the legal conditions and requirements, and it will be up to the prosecution to prove that the offence has been committed in the circumstances set out in Art. 31 bis, section 1. Of course, as mentioned above the programmes will also provide a valuable benchmark against which to measure the obligations of natural persons referred to in paragraph 1 (a) in relation to offences committed by seriously out of control subordinates.

It can be argued that the placing of the burden of proof on the legal entity also derives from the fact that the commission of the offence itself operates as an indication of the ineffectiveness of the model, and that on this basis, an exculpatory explanation could be demanded of the legal entity that would eliminate the incriminating effect of the evidence. This is similar to the caselaw doctrine on circumstantial evidence, which states that it is not a reversal of the burden of proof, nor does it harm the presumption of innocence, to require the accused to provide information that it is in a unique and irreplaceable position to provide in order to be exonerated (ECHR of 8 February 1996, *Murray vs. United Kingdom*; of 1 March 2007, *Geerings vs. Holland*; of 23 September 2008, *Grayson and Barnham vs. United Kingdom*; SSTC no. 137/98 of 7 July and 202/2000 of 24 July; and Supreme Court Judgment no. 1504/2003, of 25 February, 578/2012, of 26 June and 487/2014, of 9 June).

This interpretation is not automatically applicable, since as noted above the commission of a crime remains a residual risk in any prevention programme, however effective it may be. However, as has also been explained, if a specific offence committed by an employee does not carry much weight as grounds for

undermining the suitability of the model, this is not the case for other criminal conduct, authorised or tolerated by the management body, which has been widespread in the company or has lasted for a long period of time.

In any case, there is no doubt that it is the company itself that has the resources and the possibility of proving that despite the commission of the offence, its programme was effective and met the legally required standards, as it is in the best position to provide the data concerning its organisation in a unique and irreplaceable manner, especially that relating to certain requirements which are very difficult for the prosecutor or judge to assess, such as the provision of protocols or procedures for the formation of the legal entity's will, or the adoption and implementation of decisions (second requirement of paragraph 4) or of "models for the management of financial resources adequate to prevent the commission of the offences" (third requirement).

## **6. Validity clause**

This Circular does not affect the validity of Circular 1/2011, which shall apply in all aspects that have not been modified by Organic Act 1/2015.

## **7. Conclusions**

1. The Organic Act 1/2015 maintains the essential basis for the attribution of criminal responsibility to the legal entity of a vicarious or representative nature in subparagraphs (a) and (b) of Art. 31 bis, section 1. Both liability criteria require, as before the reform, the prior commission of an offence by a natural person in the specific circumstances established. The first liability criterion is generated by persons with higher responsibilities in the entity, and the second by persons not properly controlled by them.

Nevertheless, the reform makes progress in the recognition of the autonomous liability of the legal entity by means of the regulation of the organisational and management programmes, to which it attributes exonerating value under certain conditions.

2. The new definition of natural persons in section 1 (a) notably broadens the circle of persons covered by this criterion of liability, which allows the inclusion of those who without strictly speaking being directors or legal representatives of the company, form part of corporate bodies with decision-making power, as well as middle management, individual proxies and other persons to whom certain functions have been delegated, including those of risk control held by the compliance officer.

3. The replacement of the expression "for their benefit" with "for their direct or indirect benefit," preserves the objective nature of an action intended to obtain a benefit without the requirement that that benefit should actually be obtained,

it being sufficient that the action of the natural person should be directly or indirectly aimed at benefiting the entity. In addition, it allows the extension of liability of the legal entity to those entities whose corporate purpose does not pursue strictly economic interests, as well as clearly including the benefits obtained through an interposed third party, those consisting of cost savings, and in general all kinds of strategic, intangible or reputational benefits. Only conduct carried out by a natural person, for their own benefit or for the benefit of third parties, which is not likely to bring benefits to the entity, shall be excluded.

4. Only four negligent conducts committed by natural persons within the circumstances described in Art. 31 bis may lead to the criminal liability of the legal entity. These are those related to punishable insolvency (Art. 259.3), natural resources and the environment (Art. 331), money laundering (Art. 302.2) and the financing of terrorism (Art. 576.5).

5. Organic Act 1/2015 replaces the condition in section 1 (b) that the perpetrator of the offence could have committed it because of a lack of “due control” by their superiors, with the less demanding requirement of “a serious failure to comply with the duties of supervision, monitoring and control” on the part of their superiors. This clear reduction in punitive intervention makes it possible to leave out of the criminal sphere those breaches of a minor nature (not serious) in respect of which only the administrative or commercial sanctions that regulate some of the subject matters related to the offences for which the Criminal Code contemplates the liability of the legal entity are applicable.

6. For the legal entity to be liable in the cases envisaged in subparagraph (b) of section 1 of Art. 31 bis, there must be a serious breach of the duties of supervision, monitoring and control on the part of one of the persons included in subparagraph (a).

7. In addition to the transfer of liability to the legal entity for the offence committed by the uncontrolled subordinate, the requirement for the breach of the duty of control to have been serious may determine that the person failing to exercise adequate control is also liable for an offence, either intentionally, as commission by omission, or through gross negligence, which opens up the possibility of the attribution of liability criterion in subparagraph (a) of section 1, which means that public prosecutors must maintain both liability criteria in such cases.

8. The persons referred to in section 1 (b) must operate within the scope of the management, supervision, monitoring or control of the natural persons mentioned in subparagraph (a) of the same paragraph, and it is not necessary to establish a direct link with the company; this includes self-employed persons, subcontracted workers and employees of subsidiary companies, provided that they are included within the scope of the corporate domain.



9. Serious breach of the duties of supervision, monitoring and control must be assessed, “taking into account the specific circumstances of the case,” an expression which, even before the reform and very clearly after it, relates to the organisational and management programmes, which will be the object of an initial assessment in relation to this criterion of liability in order to evaluate the scope and real content of the mandate held by the persons who seriously breached these duties.

10. Even if an infringement of the duty of supervision, monitoring and control has not occurred, it has been minor in nature, or the legal entity has not obtained any benefit, it is possible to declare its subsidiary civil liability in criminal proceedings, in accordance with Art. 120. (4) of the Criminal Code.

11. The responsibility of the legal entity requires it to have a sufficient material substratum, which makes it possible to identify three types of companies:

11.1. Those corporations that operate normally on the market, and to which the provisions on organisational and management models in sections 2 to 5 of Art. 31 bis are exclusively addressed. Better or worse organised, they may be held criminally liable.

11.2. Companies carrying out a certain activity, most of which is illegal, referred to in rule 2 of Art. 66 bis as those used “instrumentally for the commission of criminal offences” and that may also be held criminally liable.

11.3. Companies whose illegal activity far exceeds their legal activities, the latter being merely residual and apparent for their own criminal purposes, may not be held criminally liable.

12. The criminal liability of political parties and trade unions, introduced in Organic Act 7/2012, has the following peculiarities:

12.1. Their liability shall extend to the foundations and entities with legal personality linked to them.

12.2. Unlike other legal entities, which in principle are not obliged to establish prevention programmes, Art. 9 bis of Organic Act 8/2007, introduced by Organic Act 3/2015, expressly imposes this obligation on political parties.

12.3. In relation to the penalties of dissolution and judicial suspension, the provisions of Chapter III of Organic Act 6/2002 (modified by Organic Act 3/2015) must be taken into account.

13. Although they are not expressly mentioned in Art. 31 quinquies 1, public foundations, which form part of the so-called public foundational sector and are subject to administrative law, should be considered exempt from criminal liability.

14. The exercise of “public sovereign or administrative powers” applies only to public administrations and not to private associative bodies, such as professional associations or chambers of commerce, which are considered to be criminally liable legal entities.

15. After the reform of the Organic Act 1/2015 the “due control” (now “duties of supervision, monitoring and control”) continues to be attributed to the natural persons mentioned in paragraph (a) of Art. 31 bis, section 1, and not to the legal entity itself, with the result that the organisational and management models neither define the company’s culpability nor constitute the basis for its liability. Since these models exempt the company from liability under certain conditions, the subject matter of the criminal proceedings now also extends to assessing the suitability of the model adopted by the corporation.

16. There is a double regime of exemption from liability for the legal entity, one for offences committed by directors or managers and another for those committed by their subordinates, both substantially identical, as of the four conditions that section 2 of Article 31 bis requires to be met in relation to the conduct of those included in paragraph 1 (a), only the third, referring to the fraudulent evasion of organisational models, is inapplicable to the perpetrators of the offence in paragraph 1 (b).

17. The organisational and management models must comply with the conditions and requirements established in paragraphs 2 and 5 of Article 31 bis, the content of which shall be interpreted by the public prosecutors following the guidelines indicated in sections 5.3 and 5.4 of this Circular, taking into account, with the necessary adaptations to the nature and size of the corresponding legal entity, the sectoral regulations applicable to the entities on which a specific organisational and management model is specifically imposed.

18. Small legal entities (Art. 31 bis, 3) may demonstrate their ethical commitment by means of a reasonable adaptation of the formal requirements of paragraph 5 to suit their own size, in line with the less stringent requirements imposed on these companies from an accounting, commercial and tax point of view. The public prosecutors, taking into account the special characteristics of these companies, will be extremely cautious when charging them, in order to avoid an unconstitutional situation of bis in idem.

19. Without prejudice to taking into account the very different circumstances in each specific case, the public prosecutors will observe the following general guidelines for assessing the effectiveness of organisational and management models:

19.1. The regulation of organisational and management models must be interpreted in such a way that the regime of criminal liability of the legal

entity does not become devoid of content and impossible to assess in practice.

19.2. The purpose of organisational and management models is not only to avoid criminal sanction of the company, but to promote a truly ethical corporate culture, so that their real effectiveness lies in the importance of such models in the decision making of managers and employees, and the extent to which they are a true expression of the company's compliance culture. The public prosecutors will analyse whether or not the prevention programmes in place express a corporate commitment to effectively discourage criminal behaviour.

19.3. Certifications on the suitability of the model issued by companies or associations that evaluate and certify compliance with obligations, that state that a model complies with the legal conditions and requirements, may be appreciated as an additional element of the suitability of the model but in no way will it prove its effectiveness, or do replace the assessment that is the exclusive responsibility of the judicial body.

19.4. Any effective programme depends on the unequivocal commitment and support of senior management in spreading a culture of compliance throughout the rest of the company. If it is the company's key managers who fail to comply with the organisation and prevention model, or who directly or indirectly reward or incentivise employees who fail to comply with it, it is difficult to accept that an effective programme that reflects a true culture of respect for the law exists within the company, so in these cases the public prosecutors will presume that the programme is not effective.

19.5. Corporate liability should be more demanding in cases where the criminal conduct is primarily for the benefit of society than in cases where such benefit is secondary or merely tangential to that directly and personally pursued by the offender. In such cases, the legal entity should be required to ensure that the recruitment or promotion of the offending individual has followed the protocols and procedures that guarantee high ethical standards in the recruitment and promotion of managers and employees.

19.6. The public prosecutors will attach particular value to the detection of the offences by the corporation itself, so that once the criminal conduct has been detected by the legal entity and brought to the attention of the authorities, they should request that the legal entity be exempted from punishment, as evidence not only of the effectiveness of the model, but also of its consistency with a culture of corporate compliance.

19.7. While the commission of a crime does not automatically invalidate the prevention model, it may be seriously undermined by the seriousness of the criminal conduct and its extent in the corporation, the high number of

employees involved, the low intensity of the fraud used to circumvent the model, or the frequency and duration of the criminal activity.

19.8. The public prosecutors will look at the corporation's past behaviour. A positive assessment will be made of the firmness of the response in previous situations, and a negative one in the case of the existence of previous criminal proceedings or proceedings currently in progress, even if they refer to criminal conduct other than that under investigation, or to previous administrative sanctions.

19.9. Actions taken by the legal entity after the commission of the offence may demonstrate the commitment of its managers to the compliance programme. Thus, the imposition of disciplinary measures on the perpetrators, or the immediate review of the programme to detect its possible weaknesses, the restitution and immediate reparation of the damage, active collaboration with the investigation or contribution to the progress of an internal investigation, without prejudice to the mitigating value that any of these actions may have. Delay in reporting the criminal conduct, its concealment, or an obstructive or uncooperative attitude will have the opposite effect.

20. The clause exempting the legal entity from liability incorporated in section 2 of Article 31 bis constitutes a cause for exclusion from punishability, in the form of grounds for acquittal – the burden of proof of falls to the legal entity, which must demonstrate that the organisational and management models complied with the legal conditions and requirements.

In view of the above, in order to adopt a uniform criterion for the application of the liability of the legal entity, the public prosecutors shall henceforth comply with the requirements of this Circular.

## PART II

### **1. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**

*Preamble*

*The Parties,*

Considering that bribery is a widespread phenomenon in international business transactions, including trade and investment, which raises serious moral and political concerns, undermines good governance and economic development, and distorts international competitive conditions;

Considering that all countries share a responsibility to combat bribery in international business transactions;

Having regard to the Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, adopted by the Council of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) on 23 May 1997, C(97)123/FINAL, which, inter alia, called for effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials in connection with international business transactions, in particular the prompt criminalisation of such bribery in an effective and co-ordinated manner and in conformity with the agreed common elements set out in that Recommendation and with the jurisdictional and other basic legal principles of each country;

Welcoming other recent developments which further advance international understanding and cooperation in combating bribery of public officials, including actions of the United Nations, the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organisation, the Organisation of American States, the Council of Europe and the European Union;

Welcoming the efforts of companies, business organisations and trade unions as well as other nongovernmental organisations to combat bribery;

Recognising the role of governments in the prevention of solicitation of bribes from individuals and enterprises in international business transactions;

Recognising that achieving progress in this field requires not only efforts on a national level but also multilateral co-operation, monitoring and follow-up;

Recognising that achieving equivalence among the measures to be taken by the Parties is an essential object and purpose of the Convention, which requires that the Convention be ratified without derogations affecting this equivalence;

Have agreed as follows:

### **Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials**

1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.
2. Each Party shall take any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorisation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that Party.
3. The offences set out in paragraphs 1 and 2 above are hereinafter referred to as “bribery of a foreign public official.”
4. For the purpose of this Convention:
  - a) “foreign public official” means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organisation;
  - b) “foreign country” includes all levels and subdivisions of government, from national to local;
  - c) “act or refrain from acting in relation to the performance of official duties” includes any use of the public official’s position, whether or not within the official’s authorised competence.

### **Article 2. Responsibility of Legal Persons**

Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official.

### **Article 3. Sanctions**

1. The bribery of a foreign public official shall be punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties. The range of penalties

shall be comparable to that applicable to the bribery of the Party's own public officials and shall, in the case of natural persons, include deprivation of liberty sufficient to enable effective mutual legal assistance and extradition.

2. In the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions, for bribery of foreign public officials.
3. Each Party shall take such measures as may be necessary to provide that the bribe and the proceeds of the bribery of a foreign public official, or property the value of which corresponds to that of such proceeds, are subject to seizure and confiscation or that monetary sanctions of comparable effect are applicable.
4. Each Party shall consider the imposition of additional civil or administrative sanctions upon a person subject to sanctions for the bribery of a foreign public official.

#### **Article 4. Jurisdiction**

1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official when the offence is committed in whole or in part in its territory.
2. Each Party which has jurisdiction to prosecute its nationals for offences committed abroad shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction to do so in respect of the bribery of a foreign public official, according to the same principles.
3. When more than one Party has jurisdiction over an alleged offence described in this Convention, the Parties involved shall, at the request of one of them, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.
4. Each Party shall review whether its current basis for jurisdiction is effective in the fight against the bribery of foreign public officials and, if it is not, shall take remedial steps.

#### **Article 5. Enforcement**

Investigation and prosecution of the bribery of a foreign public official shall be subject to the applicable rules and principles of each Party. They shall not be influenced by considerations of national economic interest, the potential effect

upon relations with another State or the identity of the natural or legal persons involved.

### **Article 6. Statute of Limitations**

Any statute of limitations applicable to the offence of bribery of a foreign public official shall allow an adequate period of time for the investigation and prosecution of this offence.

### **Article 7. Money Laundering**

Each Party which has made bribery of its own public official a predicate offence for the purpose of the application of its money laundering legislation shall do so on the same terms for the bribery of a foreign public official, without regard to the place where the bribery occurred.

### **Article 8. Accounting**

1. In order to combat bribery of foreign public officials effectively, each Party shall take such measures as may be necessary, within the framework of its laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures, and accounting and auditing standards, to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the-books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents, by companies subject to those laws and regulations, for the purpose of bribing foreign public officials or of hiding such bribery.
2. Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for such omissions and falsifications in respect of the books, records, accounts and financial statements of such companies.

### **Article 9. Mutual Legal Assistance**

1. Each Party shall, to the fullest extent possible under its laws and relevant treaties and arrangements, provide prompt and effective legal assistance to another Party for the purpose of criminal investigations and proceedings brought by a Party concerning offences within the scope of this Convention and for non-criminal proceedings within the scope of this Convention brought by a Party against a legal person. The requested Party shall inform the requesting Party, without delay, of any additional information or documents needed to support the request for assistance



and, where requested, of the status and outcome of the request for assistance.

2. Where a Party makes mutual legal assistance conditional upon the existence of dual criminality, dual criminality shall be deemed to exist if the offence for which the assistance is sought is within the scope of this Convention.
3. A Party shall not decline to render mutual legal assistance for criminal matters within the scope of this Convention on the ground of bank secrecy.

#### **Article 10. Extradition**

1. Bribery of a foreign public official shall be deemed to be included as an extraditable offence under the laws of the Parties and the extradition treaties between them.
2. If a Party which makes extradition conditional on the existence of an extradition treaty receives a request for extradition from another Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention to be the legal basis for extradition in respect of the offence of bribery of a foreign public official.
3. Each Party shall take any measures necessary to assure either that it can extradite its nationals or that it can prosecute its nationals for the offence of bribery of a foreign public official. A Party which declines a request to extradite a person for bribery of a foreign public official solely on the ground that the person is its national shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.
4. Extradition for bribery of a foreign public official is subject to the conditions set out in the domestic law and applicable treaties and arrangements of each Party. Where a Party makes extradition conditional upon the existence of dual criminality, that condition shall be deemed to be fulfilled if the offence for which extradition is sought is within the scope of Article 1 of this Convention.

#### **Article 11. Responsible Authorities**

For the purposes of Article 4, paragraph 3, on consultation, Article 9, on mutual legal assistance and Article 10, on extradition, each Party shall notify to the Secretary-General of the OECD an authority or authorities responsible for making and receiving requests, which shall serve as channel of communication for these matters for that Party, without prejudice to other arrangements between Parties.

## **Article 12. Monitoring and Follow-up**

The Parties shall co-operate in carrying out a programme of systematic follow-up to monitor and promote the full implementation of this Convention. Unless otherwise decided by consensus of the Parties, this shall be done in the framework of the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions and according to its terms of reference, or within the framework and terms of reference of any successor to its functions, and Parties shall bear the costs of the programme in accordance with the rules applicable to that body.

## **Article 13. Signature and Accession**

1. Until its entry into force, this Convention shall be open for signature by OECD Members and by Non-Members which have been invited to become full participants in its Working Group on Bribery in International Business Transactions.
2. Subsequent to its entry into force, this Convention shall be open to accession by any nonsignatory which is a member of the OECD or has become a full participant in the Working Group on Bribery in International Business Transactions or any successor to its functions. For each such non-signatory, the Convention shall enter into force on the sixtieth day following the date of deposit of its instrument of accession.

## **Article 14. Ratification and Depositary**

1. This Convention is subject to acceptance, approval or ratification by the Signatories, in accordance with their respective laws.
2. Instruments of acceptance, approval, ratification or accession shall be deposited with the Secretary-General of the OECD, who shall serve as Depositary of this Convention.

## **Article 15. Entry into Force**

1. This Convention shall enter into force on the sixtieth day following the date upon which five of the ten countries which have the ten largest export shares set out in DAFFE/IME/BR(97)18/FINAL (annexed), and which represent by themselves at least sixty per cent of the combined total exports of those ten countries, have deposited their instruments of acceptance, approval, or ratification. For each signatory depositing its instrument after such entry into force, the Convention shall enter into force on the sixtieth day after deposit of its instrument.

2. If, after 31 December 1998, the Convention has not entered into force under paragraph 1 above, any signatory which has deposited its instrument of acceptance, approval or ratification may declare in writing to the Depositary its readiness to accept entry into force of this Convention under this paragraph 2. The Convention shall enter into force for such a signatory on the sixtieth day following the date upon which such declarations have been deposited by at least two signatories. For each signatory depositing its declaration after such entry into force, the Convention shall enter into force on the sixtieth day following the date of deposit.

### **Article 16. Amendment**

Any Party may propose the amendment of this Convention. A proposed amendment shall be submitted to the Depositary which shall communicate it to the other Parties at least sixty days before convening a meeting of the Parties to consider the proposed amendment. An amendment adopted by consensus of the Parties, or by such other means as the Parties may determine by consensus, shall enter into force sixty days after the deposit of an instrument of ratification, acceptance or approval by all of the Parties, or in such other circumstances as may be specified by the Parties at the time of adoption of the amendment.

### **Article 17. Withdrawal**

A Party may withdraw from this Convention by submitting written notification to the Depositary. Such withdrawal shall be effective one year after the date of the receipt of the notification. After withdrawal, cooperation shall continue between the Parties and the Party which has withdrawn on all requests for assistance or extradition made before the effective date of withdrawal which remain pending.

## **2. Commentaries on the Convention**

Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997.

### **General**

1. This Convention deals with what, in the law of some countries, is called “active corruption” or “active bribery,” meaning the offence committed by the person who promises or gives the bribe, as contrasted with “passive bribery,” the offence committed by the official who receives the bribe. The Convention does not utilise the term “active bribery” simply to avoid it being misread by the non-technical reader as implying that the briber has taken the initiative and the recipient is a passive victim. In fact, in a number of situations, the recipient will have induced or pressured the briber and will have been, in that sense, the more active.

2. This Convention seeks to assure a functional equivalence among the measures taken by the Parties to sanction bribery of foreign public officials, without requiring uniformity or changes in fundamental principles of a Party's legal system.

### **Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials**

Re paragraph 1:

3. Article 1 establishes a standard to be met by Parties, but does not require them to utilise its precise terms in defining the offence under their domestic laws. A Party may use various approaches to fulfil its obligations, provided that conviction of a person for the offence does not require proof of elements beyond those which would be required to be proved if the offence were defined as in this paragraph. For example, a statute prohibiting the bribery of agents generally which does not specifically address bribery of a foreign public official, and a statute specifically limited to this case, could both comply with this Article. Similarly, a statute which defined the offence in terms of payments "to induce a breach of the official's duty" could meet the standard provided that it was understood that every public official had a duty to exercise judgement or discretion impartially and this was an "autonomous" definition not requiring proof of the law of the particular official's country.

4. It is an offence within the meaning of paragraph 1 to bribe to obtain or retain business or other improper advantage whether or not the company concerned was the best qualified bidder or was otherwise a company which could properly have been awarded the business.

5. "Other improper advantage" refers to something to which the company concerned was not clearly entitled, for example, an operating permit for a factory which fails to meet the statutory requirements.

6. The conduct described in paragraph 1 is an offence whether the offer or promise is made or the pecuniary or other advantage is given on that person's own behalf or on behalf of any other natural person or legal entity.

7. It is also an offence irrespective of, inter alia, the value of the advantage, its results, perceptions of local custom, the tolerance of such payments by local authorities, or the alleged necessity of the payment in order to obtain or retain business or other improper advantage.

8. It is not an offence, however, if the advantage was permitted or required by the written law or regulation of the foreign public official's country, including case law.

9. Small “facilitation” payments do not constitute payments made “to obtain or retain business or other improper advantage” within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, are also not an offence. Such payments, which, in some countries, are made to induce public officials to perform their functions, such as issuing licenses or permits, are generally illegal in the foreign country concerned. Other countries can and should address this corrosive phenomenon by such means as support for programmes of good governance. However, criminalisation by other countries does not seem a practical or effective complementary action.

10. Under the legal system of some countries, an advantage promised or given to any person, in anticipation of his or her becoming a foreign public official, falls within the scope of the offences described in Article 1, paragraph 1 or 2. Under the legal system of many countries, it is considered technically distinct from the offences covered by the present Convention. However, there is a commonly shared concern and intent to address this phenomenon through further work.

Re paragraph 2:

11. The offences set out in paragraph 2 are understood in terms of their normal content in national legal systems. Accordingly, if authorisation, incitement, or one of the other listed acts, which does not lead to further action, is not itself punishable under a Party’s legal system, then the Party would not be required to make it punishable with respect to bribery of a foreign public official.

Re paragraph 4:

12. “Public function” includes any activity in the public interest, delegated by a foreign country, such as the performance of a task delegated by it in connection with public procurement.

13. A “public agency” is an entity constituted under public law to carry out specific tasks in the public interest.

14. A “public enterprise” is any enterprise, regardless of its legal form, over which a government, or governments, may, directly or indirectly, exercise a dominant influence. This is deemed to be the case, inter alia, when the government or governments hold the majority of the enterprise’s subscribed capital, control the majority of votes attaching to shares issued by the enterprise or can appoint a majority of the members of the enterprise’s administrative or managerial body or supervisory board.

15. An official of a public enterprise shall be deemed to perform a public function unless the enterprise operates on a normal commercial basis in the relevant market, i.e., on a basis which is substantially equivalent to that of a private enterprise, without preferential subsidies or other privileges.

16. In special circumstances, public authority may in fact be held by persons (e.g., political party officials in single party states) not formally designated as public officials. Such persons, through their de facto performance of a public function, may, under the legal principles of some countries, be considered to be foreign public officials.

17. “Public international organisation” includes any international organisation formed by states, governments, or other public international organisations, whatever the form of organisation and scope of competence, including, for example, a regional economic integration organisation such as the European Communities.

18. “Foreign country” is not limited to states, but includes any organised foreign area or entity, such as an autonomous territory or a separate customs territory.

19. One case of bribery which has been contemplated under the definition in paragraph 4.c is where an executive of a company gives a bribe to a senior official of a government, in order that this official use his office – though acting outside his competence – to make another official award a contract to that company.

## **Article 2. Responsibility of Legal Persons**

20. In the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall not be required to establish such criminal responsibility.

## **Article 3. Sanctions**

Re paragraph 3:

21. The “proceeds” of bribery are the profits or other benefits derived by the briber from the transaction or other improper advantage obtained or retained through bribery.

22. The term “confiscation” includes forfeiture where applicable and means the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority. This paragraph is without prejudice to rights of victims.

23. Paragraph 3 does not preclude setting appropriate limits to monetary sanctions.

Re paragraph 4:

24. Among the civil or administrative sanctions, other than non-criminal fines, which might be imposed upon legal persons for an act of bribery of a foreign public official are: exclusion from entitlement to public benefits or aid; temporary or permanent disqualification from participation in public procurement or from

the practice of other commercial activities; placing under judicial supervision; and a judicial winding-up order.

#### **Article 4. Jurisdiction**

Re paragraph 1:

25. The territorial basis for jurisdiction should be interpreted broadly so that an extensive physical connection to the bribery act is not required.

Re paragraph 2:

26. Nationality jurisdiction is to be established according to the general principles and conditions in the legal system of each Party. These principles deal with such matters as dual criminality. However, the requirement of dual criminality should be deemed to be met if the act is unlawful where it occurred, even if under a different criminal statute. For countries which apply nationality jurisdiction only to certain types of offences, the reference to “principles” includes the principles upon which such selection is based.

#### **Article 5. Enforcement**

27. Article 5 recognises the fundamental nature of national regimes of prosecutorial discretion. It recognises as well that, in order to protect the independence of prosecution, such discretion is to be exercised on the basis of professional motives and is not to be subject to improper influence by concerns of a political nature. Article 5 is complemented by paragraph 6 of the Annex to the 1997 OECD Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, C(97)123/FINAL (hereinafter, “1997 OECD Recommendation”), which recommends, inter alia, that complaints of bribery of foreign public officials should be seriously investigated by competent authorities and that adequate resources should be provided by national governments to permit effective prosecution of such bribery. Parties will have accepted this Recommendation, including its monitoring and follow-up arrangements.

#### **Article 7. Money Laundering**

28. In Article 7, “bribery of its own public official” is intended broadly, so that bribery of a foreign public official is to be made a predicate offence for money laundering legislation on the same terms, when a Party has made either active or passive bribery of its own public official such an offence. When a Party has made only passive bribery of its own public officials a predicate offence for money laundering purposes, this article requires that the laundering of the bribe payment be subject to money laundering legislation.

## **Article 8. Accounting**

29. Article 8 is related to section V of the 1997 OECD Recommendation, which all Parties will have accepted and which is subject to follow-up in the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions. This paragraph contains a series of recommendations concerning accounting requirements, independent external audit and internal company controls the implementation of which will be important to the overall effectiveness of the fight against bribery in international business. However, one immediate consequence of the implementation of this Convention by the Parties will be that companies which are required to issue financial statements disclosing their material contingent liabilities will need to take into account the full potential liabilities under this Convention, in particular its Articles 3 and 8, as well as other losses which might flow from conviction of the company or its agents for bribery. This also has implications for the execution of professional responsibilities of auditors regarding indications of bribery of foreign public officials. In addition, the accounting offences referred to in Article 8 will generally occur in the company's home country, when the bribery offence itself may have been committed in another country, and this can fill gaps in the effective reach of the Convention.

## **Article 9. Mutual Legal Assistance**

30. Parties will have also accepted, through paragraph 8 of the Agreed Common Elements annexed to the 1997 OECD Recommendation, to explore and undertake means to improve the efficiency of mutual legal assistance.

Re paragraph 1:

31. Within the framework of paragraph 1 of Article 9, Parties should, upon request, facilitate or encourage the presence or availability of persons, including persons in custody, who consent to assist in investigations or participate in proceedings. Parties should take measures to be able, in appropriate cases, to transfer temporarily such a person in custody to a Party requesting it and to credit time in custody in the requesting Party to the transferred person's sentence in the requested Party. The Parties wishing to use this mechanism should also take measures to be able, as a requesting Party, to keep a transferred person in custody and return this person without necessity of extradition proceedings.

Re paragraph 2:

32. Paragraph 2 addresses the issue of identity of norms in the concept of dual criminality. Parties with statutes as diverse as a statute prohibiting the bribery of agents generally and a statute directed specifically at bribery of foreign public officials should be able to co-operate fully regarding cases whose facts fall within the scope of the offences described in this Convention.



## Article 10. Extradition

Re paragraph 2:

33. A Party may consider this Convention to be a legal basis for extradition if, for one or more categories of cases falling within this Convention, it requires an extradition treaty. For example, a country may consider it a basis for extradition of its nationals if it requires an extradition treaty for that category but does not require one for extradition of non-nationals.

## Article 12. Monitoring and Follow-up

34. The current terms of reference of the OECD Working Group on Bribery which are relevant to monitoring and follow-up are set out in Section VIII of the 1997 OECD Recommendation. They provide for:

- i) receipt of notifications and other information submitted to it by the [participating] countries;
- ii) regular reviews of steps taken by [participating] countries to implement the Recommendation and to make proposals, as appropriate, to assist [participating] countries in its implementation; these reviews will be based on the following complementary systems:
  - a system of self evaluation, where [participating] countries' responses on the basis of a questionnaire will provide a basis for assessing the implementation of the Recommendation;
  - a system of mutual evaluation, where each [participating] country will be examined in turn by the Working Group on Bribery, on the basis of a report which will provide an objective assessment of the progress of the [participating] country in implementing the Recommendation.
- iii) examination of specific issues relating to bribery in international business transactions;
- iv) provision of regular information to the public on its work and activities and on implementation of the Recommendation.

35. The costs of monitoring and follow-up will, for OECD Members, be handled through the normal OECD budget process. For Non-Members of the OECD, the current rules create an equivalent system of cost sharing, which is described in the Resolution of the Council Concerning Fees for Regular Observer Countries and Non-Member Full Participants in OECD Subsidiary Bodies, C(96)223/FINAL.

36. The follow-up of any aspect of the Convention which is not also follow-up of the 1997 OECD Recommendation or any other instrument accepted by all the

participants in the OECD Working Group on Bribery will be carried out by the Parties to the Convention and, as appropriate, the participants party to another, corresponding instrument.

### **Article 13. Signature and Accession**

37. The Convention will be open to Non-Members which become full participants in the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions. Full participation by Non-Members in this Working Group is encouraged and arranged under simple procedures. Accordingly, the requirement of full participation in the Working Group, which follows from the relationship of the Convention to other aspects of the fight against bribery in international business, should not be seen as an obstacle by countries wishing to participate in that fight. The Council of the OECD has appealed to Non-Members to adhere to the 1997 OECD Recommendation and to participate in any institutional follow-up or implementation mechanism, i.e., in the Working Group. The current procedures regarding full participation by Non-Members in the Working Group may be found in the Resolution of the Council concerning the Participation of Non-Member Economies in the Work of Subsidiary Bodies of the Organisation, C(96)64/REV1/FINAL. In addition to accepting the Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery, a full participant also accepts the Recommendation on the Tax Deductibility of Bribes of Foreign Public Officials, adopted on 11 April 1996, C(96)27/FINAL.

### **3. Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**

Adopted by the Council on 26 November 2021

The council, having regard to Articles 3, 5a) and 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Cooperation and Development of 14 December 1960;

Having regard to the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997 [OECD/LEGAL/O293] (hereinafter “the OECD Anti-Bribery Convention”);

Having regard to the Revised Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions of 23 May 1997 [C(97)123/FINAL] and the Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 26 November 2009 [C(2009)159/REV1/FINAL and C(2010)19] (hereinafter “the 2009 Recommendation”) to which the present Recommendation succeeds;

Having regard to the Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business

Transactions [OECD/LEGAL/0371], the Recommendation of the Council for Development Cooperation Actors on Managing the Risk of Corruption [OECD/LEGAL/0431], the Recommendation of the Council on Bribery and Officially Supported Export Credits [OECD/LEGAL/0447], the Recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises [OECD/LEGAL/0451], the OECD Guidelines for Multinational Enterprises [OECD/LEGAL/0144], the Recommendation of the Council on Public Integrity [OECD/LEGAL/0435], and the Recommendation of the Council on the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct [OECD/LEGAL/0443];

Considering the progress which has been made in the implementation of the OECD Anti-Bribery Convention and the 2009 Recommendation and reaffirming the continuing importance of the OECD AntiBribery Convention and the Commentaries to the Convention;

Considering that bribery of foreign public officials is a widespread phenomenon in international business transactions, including trade and investment, raising serious moral and political concerns, undermining good governance and sustainable economic development, and distorting international competitive conditions;

Acknowledging the harmful effects caused by foreign bribery and considering the importance of effectively combatting foreign bribery in order to address and prevent those effects on society;

Considering that all countries share a responsibility to combat bribery of foreign public officials in international business transactions;

Reiterating the importance of the vigorous and comprehensive implementation of the OECD AntiBribery Convention, including in periods of crisis, and reaffirming member countries' commitment to robust enforcement of the laws implementing the foreign bribery offence, as reiterated in the Statement on a Shared Commitment to Fight Against Foreign Bribery, adopted by Ministers of the Parties to the OECD Anti-Bribery Convention on 21 November 2007, the Policy Statement on Bribery in International Business Transactions, adopted by the Working Group on Bribery on 19 June 2009, the Conclusions adopted by the OECD Council Meeting at Ministerial Level on 25 June 2009 [C/MIN(2009)5/FINAL], and the Ministerial Declaration at the OECD Anti-Bribery Ministerial Meeting of 16 March 2016;

Recognising that the OECD Anti-Bribery Convention and the United Nations Convention against Corruption (UNCAC) are mutually supporting and complementary, and that ratification and implementation of the UNCAC supports a comprehensive approach to combating the bribery of foreign public officials in international business transactions;

Welcoming other developments which further advance international understanding and co-operation regarding bribery in international business transactions, including actions of the Council of Europe, the European Union, and the Organization of American States;

Welcoming the efforts of companies, business organisations and trade unions, non-governmental organisations, and the media to contribute to the fight against bribery of foreign public officials;

Recognising the need to improve our understanding of linkages between gender and corruption, including bribery of foreign public officials, how corruption can affect genders differently, and the importance of promoting gender equality and women's empowerment;

Recognising the potential role of innovative technologies in advancing public and private sector efforts to combat foreign bribery;

Recognising that achieving progress in this field requires not only efforts on a national level but also multilateral co-operation, as well as rigorous and systematic monitoring and follow-up;

On the proposal of the Working Group on Bribery in International Business Transactions:

### **General**

- I. Notes that the present Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions applies to OECD Member countries and other countries party to the OECD Anti-Bribery Convention (hereinafter "member countries").
- II. Notes that the present Recommendation is to be implemented in conformity with member countries' jurisdictional and other basic legal principles.
- III. Recommends that member countries continue taking effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials in connection with international business transactions.
- IV. Recommends that each member country take concrete and meaningful steps to examine or further examine the following areas:
  - i. awareness-raising and training initiatives in the public sector for the purpose of preventing and detecting foreign bribery;
  - ii. awareness-raising in the private sector, in particular among enterprises operating abroad, including small and medium size enterprises, for the purpose of preventing and detecting foreign

- bribery as well as, where appropriate, through targeted, profession and sector-specific initiatives, including on the Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance, as set out in Annex II hereto, which is an integral part of this Recommendation, and through collective action and partnerships between the private and public sector in awareness-raising activities;
- iii. criminal laws, their application and enforcement, in accordance with the OECD Anti-Bribery Convention, as well as sections V to XVIII of this Recommendation, and the Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, as set out in Annex I hereto, which is an integral part of this Recommendation;
  - iv. international co-operation in investigations and other legal proceedings, in accordance with section XIX of this Recommendation;
  - v. tax legislation, regulations and practice, to eliminate any indirect support of foreign bribery, in accordance with the 2009 Council Recommendation on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions [OECD/LEGAL/0371], and section XX of this Recommendation;
  - vi. provisions and measures to ensure the reporting of foreign bribery and protection of reporting persons, in accordance with sections XXI and XXII of this Recommendation;
  - vii. company and business accounting, external audit, as well as internal control, ethics, and compliance requirements and practices, in accordance with section XXIII of this Recommendation;
  - viii. laws and regulations on banks and other financial institutions to ensure that adequate records are kept and made available for inspection and investigation;
  - ix. public subsidies, licences, public procurement contracts, contracts funded by official development assistance, officially supported export credits, or other public advantages, so that advantages could be suspended or denied as a measure to combat foreign bribery in appropriate cases, and compliance incentives provided for appropriate remediation, in accordance with sections XXIV and XXV of this Recommendation;

- x. civil, commercial, and administrative laws and regulations, to combat foreign bribery.

### **Criminalisation and Enforcement of the Offence of Bribery of Foreign Public Officials**

- V. Recommends, in order to ensure the vigorous and comprehensive implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, including enforcement of the offence of bribery of foreign public officials, that member countries take fully into account the Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, set forth in Annex I hereto.
- VI. Recommends that member countries:
  - i. periodically review their laws implementing the OECD Anti-Bribery Convention and their approach to enforcement in order to effectively combat international bribery of foreign public officials;
  - ii. take all necessary measures to ensure that law enforcement authorities act promptly and proactively so that complaints of bribery of foreign public officials are seriously investigated and credible allegations are assessed by competent authorities;
  - iii. take a proactive approach to the investigation and prosecution of bribery of foreign public officials, with respect to both natural and legal persons, including by ensuring that the competent authorities are provided with adequate training and guidance on effective methods to detect and investigate foreign bribery.
- VII. Recommends that member countries provide adequate resources to law enforcement authorities so as to permit effective investigation and prosecution of bribery of foreign public officials in international business transactions, taking into consideration Commentary 27 to the OECD Anti Bribery Convention.
- VIII. Recommends that member countries encourage law enforcement authorities to proactively gather information from diverse sources to increase detection of foreign bribery and enhance investigations, such as the media, reporting persons, public agencies, including those referred to under Section XXI, foreign investigative authorities and the private sector.
- IX. Recommends that member countries:

- i. ensure that cases of bribery of foreign public officials are investigated and prosecuted without undue delay;
  - ii. where delays occur in investigations, prosecutions, and judicial or administrative proceedings, take reasonable steps to ensure that these do not unduly impede effective enforcement of the offence of bribery of foreign public officials and do not result in the expiry of limitation periods in such bribery cases.
- X. Recommends that member countries:
  - i. ensure that a broad range of investigative measures is available in foreign bribery investigations and prosecutions, such as access to financial, banking and company information, including on beneficial ownership, asset tracing, forensics, and special investigative techniques, where appropriate;
  - ii. where appropriate and proportionate, and to the extent permitted and under the conditions prescribed by domestic laws, ensure that competent authorities make full use of the broad range of investigative measures available in foreign bribery investigations and prosecutions, including special investigative techniques;
  - iii. consider measures to encourage persons who participated in, or have been associated with, the commission of bribery of foreign public officials, to supply information useful to competent authorities for investigating and prosecuting foreign bribery, and ensure that appropriate mechanisms are in place for the application of such measures in foreign bribery investigations and prosecutions.
- XI. Recommends that member countries permit and promote effective and timely co-operation and information sharing among and within national competent authorities with a view to improving the detection, investigation, and prosecution of bribery of foreign public officials. In particular, member countries should consider adequate methods and tools for facilitating such co-operation.

### **Addressing the Demand Side**

- XII. Recommends that member countries:
  - i. raise awareness of bribe solicitation risks among relevant public officials, particularly those posted abroad, and the private sector, with particular attention to high-risk geographical and industrial sectors of operation;

- ii. provide training to their public officials posted abroad on information and steps to be taken to assist enterprises confronted with bribe solicitation, where appropriate, and provide clear instructions on the authorities to whom allegations of solicitation and foreign bribery should be reported;
  - iii. where appropriate, undertake coordinated actions with other member and non-member countries, with a view to engaging with the host country on addressing the solicitation and acceptance of bribes;
  - iv. consider fostering, facilitating, engaging, or participating in anti-bribery collective action initiatives with private and public sector representatives, as well as civil society organisations, aiming to address foreign bribery and bribe solicitation.
- XIII. Urges all countries to:
- i. raise awareness of their public officials on their domestic bribery and solicitation laws with a view to stopping the solicitation and acceptance of bribes and small facilitation payments;
  - ii. publish on a publicly available website their rules and regulations governing gifts, hospitality, entertainment, and expenses for domestic public officials so that individuals and enterprises are aware of such rules and can abide by them.
- XIV. Recommends, in view of the corrosive effect of small facilitation payments, particularly on sustainable economic development and the rule of law, that member countries:
- i. undertake to periodically review their policies and approach on small facilitation payments in order to effectively combat the phenomenon;
  - ii. encourage companies to prohibit or discourage the use of small facilitation payments in internal controls, ethics, and compliance programmes or measures, recognising that such payments are generally illegal in the countries where they are made and must in all cases be accurately accounted for in such companies' books and financial records.

### **Sanctions and Confiscation**

- XV. Recommends that member countries:
- i. take appropriate steps, such as through providing guidance and/or training to law enforcement authorities and the judiciary without



- prejudice to the discretionary powers of judicial or other relevant authorities, to help ensure that sanctions against natural and legal persons for foreign bribery are transparent, effective, proportionate, and dissuasive in practice, including by taking into account the amounts of the bribe paid and the value of the profits or other benefits derived and other mitigating or aggravating factors;
- ii. with a view to incentivising and rewarding good corporate behaviour, consider taking into account mitigating factors, such as: fulsome, timely, and voluntary disclosures to law enforcement authorities of misconduct; full cooperation with law enforcement authorities including the disclosure of all facts relevant to the wrongdoing at issue; acceptance of responsibility; or timely and appropriate remediation including the implementation or enhancement of an effective ethics and compliance programme;
  - iii. make public and accessible, consistent with data protection rules and privacy rights, as applicable, and through any appropriate means, important elements of resolved cases of bribery of foreign public officials and related offences under Articles 7 and 8 of the OECD Anti-Bribery Convention (hereinafter “related offences”), including the main facts, the natural or legal persons sanctioned, the approved sanctions, and the basis for applying such sanctions.
- XVI. Recommends that member countries, in order to assist with ensuring that foreign bribery offences are punishable by effective, proportionate, and dissuasive sanctions:
- i. make full use, whenever possible and appropriate, of the measures available in their national laws for the identification, freezing, seizure, and confiscation of bribes and the proceeds of bribery of foreign public officials, or property the value of which corresponds to that of such proceeds;
  - ii. develop a proactive approach to the identification, freezing, seizure, and confiscation of bribes and the proceeds of bribery of foreign public officials or property the value of which corresponds to that of such proceeds, including in the context of proceedings involving legal persons;
  - iii. raise awareness among law enforcement and other competent authorities of the importance of conducting thorough financial investigations to detect and recover bribes and the proceeds of bribery of foreign public officials, and confiscating bribes and the proceeds of bribery of foreign public officials, or property the value of which corresponds to that of such proceeds; and

- iv. consider developing, publishing, and disseminating to law enforcement authorities guidelines for identifying, quantifying, and confiscating bribes and the proceeds of bribery of foreign public officials, or property the value of which corresponds to that of such proceeds.

### Non-Trial Resolutions

- XVII. Recommends that member countries consider using a variety of forms of resolutions when resolving criminal, administrative, and civil cases with both legal and natural persons, including non-trial resolutions. Non-trial resolutions refer to mechanisms developed and used to resolve matters without a full court or administrative proceeding, based on a negotiated agreement with a natural or legal person and a prosecuting or other authority.
- XVIII. Recommends that member countries ensure that non-trial resolutions used to resolve cases related to offences under the OECD Anti-Bribery Convention follow the principles of due process, transparency, and accountability, and in particular:
  - i. adopt a clear and transparent framework regarding non-trial resolutions, including the authorities entitled to enter into non-trial resolutions, whether these resolutions are available to natural and/or legal persons, and the requirement for the alleged offender to admit facts and/or guilt, where applicable;
  - ii. develop clear and transparent criteria regarding the use of non-trial resolutions including, where appropriate, voluntary self-disclosure of misconduct, cooperation with law enforcement authorities, and remediation measures;
  - iii. provide clear and publicly accessible information on the advantages that an alleged offender may obtain by entering into a non-trial resolution;
  - iv. where appropriate, and consistent with data protection rules and privacy rights, as applicable, make public elements of non-trial resolutions, including:
    - a. the main facts and the natural and/or legal persons concerned;
    - b. the relevant considerations for resolving the case with a non-trial resolution;
    - c. the nature of sanctions imposed and the rationale for applying such sanctions;

- d. remediation measures, including the adoption or improvement of internal controls and anticorruption compliance programmes or measures and monitorship;
- v. ensure that foreign bribery resolved by non-trial resolutions is punishable by transparent, as well as effective, proportionate and dissuasive sanctions as required by Article 3 of the OECD AntiBribery Convention;
- vi. ensure that the non-trial resolution of foreign bribery cases does not constitute an obstacle to the effective investigation and prosecution of natural or legal persons in other countries, and generally allows for effective international cooperation, as provided under Articles 9 and 10 of the OECD Anti-Bribery Convention;
- vii. ensure that the conclusion of a non-trial resolution with a natural or legal person is without prejudice to an enforcement action against other relevant natural or legal persons, where appropriate;
- viii. ensure that non-trial resolutions are subject to appropriate oversight, such as by a judicial, independent public, or other relevant competent authority, including law enforcement authorities.

### **International Co-operation**

XIX. Recommends that member countries, in order to effectively combat bribery of foreign public officials in international business transactions, in conformity with their jurisdictional and other basic legal principles, consult and otherwise co-operate with competent authorities in other countries, and, as appropriate, international and regional law enforcement networks involving member and non-member countries, in investigations and other legal proceedings concerning specific cases of such bribery, through such means as the sharing of information spontaneously or upon request, the provision of evidence, extradition, and the identification, freezing, seizure, confiscation, and recovery of the proceeds of bribery of foreign public officials. In this regard:

#### **A. Mutual legal assistance procedures**

Member countries should, in order to effectively combat bribery of foreign public officials in international business transactions:

- i. make full use of existing agreements and arrangements for mutual international legal assistance and where necessary, enter into new agreements or arrangements for this purpose;

- ii. ensure that clearly publicised and easily accessible channels are in place for incoming and outgoing mutual legal assistance requests;
- iii. in accordance with Articles 9 and 10 of the OECD Anti-Bribery Convention, ensure that their national laws afford an adequate basis for mutual legal assistance, for any purposes, consistent with relevant laws, treaties, agreements and arrangements, including provision of evidence, executing searches, seizures, and freezing, identifying and tracing proceeds of crime, property or instrumentalities, and confiscation and recovery of the proceeds of bribery of foreign public officials;
- iv. to the fullest extent possible under national laws, relevant treaties and arrangements, provide mutual legal assistance in non-criminal investigations and proceedings within the scope of the OECD Anti-Bribery Convention involving a legal person, including when the non-criminal investigations and proceedings are not directly related to criminal proceedings involving a natural person;
- v. consider ways for facilitating mutual legal assistance between member countries and with countries not party to the OECD Anti-Bribery Convention in cases of such bribery, including regarding evidentiary thresholds for some member countries;
- vi. provide prompt and effective processing of outgoing and incoming mutual legal assistance requests;
- vii. ensure that their statute of limitations allows for adequate time to promptly and effectively provide and request mutual legal assistance in foreign bribery cases;
- viii. ensure that an effective institutional framework for mutual legal assistance is in place and that resources for the provision and requesting of mutual legal assistance are adequate and efficiently used. In particular, member countries should ensure that authorities responsible for receiving incoming mutual legal assistance and managing outgoing requests are provided with an adequate number of staff with relevant expertise and that adequate training is available to relevant staff, including on the mutual legal assistance framework and on drafting requirements and policies applicable to outgoing requests, where relevant;
- ix. consider the use of technologies for greater efficiency of the mutual legal assistance process, including adequate equipment to monitor the progress made on incoming and outgoing mutual legal assistance requests, presentation of outgoing mutual legal assistance requests in digital format, and presentation of information

provided in response to mutual legal assistance requests in a digital format suitable for use by the requesting country;

- x. adopt a proactive approach in seeking international cooperation for offences under the OECD AntiBribery Convention, including by raising awareness and providing training to competent authorities to identify foreign bribery cases requiring mutual legal assistance, with a view to ensuring that an outstanding outgoing mutual legal assistance request does not jeopardise an ongoing investigation.

## B. Enhancing international cooperation

Member countries should:

- i. take effective measures to develop direct co-operation with competent authorities in other member countries, as appropriate, including by:
  - a. entering into bilateral agreements or arrangements for mutual legal assistance with other member countries and making full use of existing agreements;
  - b. actively participating in regional and international law enforcement networks specialised in anti-corruption matters and involving member and non-member countries; and
  - c. promoting the exchange of personnel and experts where applicable, including the posting of liaison officers in other countries or international organisations;
- ii. without prior request, consider transmitting information, where appropriate and in a manner consistent with national laws and relevant treaties and arrangements, to a competent authority in another member country where such information could assist the member country in undertaking investigations or successfully concluding proceedings. The transmission of information spontaneously should be without prejudice to inquiries and proceedings carried out by the competent authority in the member country providing the information;
- iii. consider, in a manner consistent with national laws and relevant treaties and arrangements, complementary forms of international exchange of information through other mechanisms, such as by facilitating (a) exchange of financial intelligence by Financial Intelligence Units; (b) exchange of tax information; (c) exchange of information with financial regulators; and (d) cooperation, as appropriate, within relevant international and regional networks;

- iv. promptly investigate credible allegations of bribery of foreign public officials referred to them by international governmental organisations, such as the multilateral and regional development banks and, where applicable, seek from international governmental organisations the lifting of secrecy of internal investigation.

### C. Multijurisdictional cases

Member countries should:

- i. encourage direct coordination in concurrent or parallel investigations and prosecutions, where appropriate, including through such means as the sharing of information and evidence;
- ii. consistent with Article 4.3 of the OECD Anti-Bribery Convention, when more than one member country has jurisdiction over an alleged offence described in the OECD Anti-Bribery Convention, consider, where appropriate, consultations during the investigation, prosecution, and conclusion of the case, in conformity with their legal systems. Member countries should also pay due attention to the risk of prosecuting the same natural or legal person in different jurisdictions for the same criminal conduct;
- iii. consider coordination as early in the process as is feasible and where appropriate, and in such a way that respects the independence of the individual jurisdictions and recognises the benefits of co-operation in achieving effective law enforcement. Member countries should take steps to reasonably ensure that their coordination efforts do not unduly impact the effectiveness of investigations and prosecutions in other jurisdictions;
- iv. consider using relevant international and regional organisations which can assist with consultations between countries, where appropriate;
- v. where appropriate and in conformity with their national laws and relevant treaties and arrangements, consider setting up joint or parallel investigative teams when conducting investigations and prosecutions of bribery of foreign public officials that may necessitate coordinated and concerted action with one or several other member countries.

### Tax Deductibility

- XX. Recommends that member countries:
  - i. fully and promptly implement the 2009 Council Recommendation on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public

Officials in International Business Transactions [OECD/LEGAL/0371], which recommends in particular “that Member countries and other Parties to the OECD Anti-Bribery Convention explicitly disallow the tax deductibility of bribes to foreign public officials, for all tax purposes in an effective manner,” and that “in accordance with their legal systems” they “establish an effective legal and administrative framework and provide guidance to facilitate reporting by tax authorities of suspicions of foreign bribery arising out of the performance of their duties, to the appropriate domestic law enforcement authorities”;

- ii. support the monitoring carried out by the Committee on Fiscal Affairs as provided for under the 2009 Council Recommendation on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions [OECD/LEGAL/0371].

### **Reporting Foreign Bribery**

XXI. Recommends that member countries:

- i. establish and publicise clear policies and procedures by which any natural person, including public officials, can report suspicions of bribery of foreign public officials and related offences to competent authorities, including by allowing for confidential and, where appropriate, anonymous reporting;
- ii. provide easily accessible and diversified channels for the reporting of suspected acts of bribery of foreign public officials and related offences and raise awareness of these channels and of the importance of reporting such suspicions, including by providing guidance and follow-up to encourage and support reporting persons;
- iii. ensure that appropriate measures are in place to allow public officials to report or bring to the attention of competent authorities suspected acts of foreign bribery and related offences detected in the course of their work, in particular for officials in public agencies that interact with, or that are exposed to information regarding companies operating abroad, including foreign representations, financial intelligence units, tax authorities, trade promotion authorities, relevant securities and financial market regulators, anti-corruption agencies and procurement authorities;

- iv. encourage proactive detection by public officials, in particular those that interact with or that are exposed to information regarding companies operating abroad, through appropriate means including media monitoring and alerts, as well as early reporting of suspicions of bribery of foreign public officials and related offences;
- v. periodically review the effectiveness of reporting policies, procedures, and channels and consider making publicly available the results of these periodical reviews;
- vi. raise awareness through regular training and other means about the foreign bribery offence and reporting obligations to officials in government agencies that could play a role in preventing and/or detecting and reporting foreign bribery, including diplomatic missions, export credit agencies, and official development aid agencies, with a view to informing their companies operating abroad on foreign bribery laws and the importance of effective compliance programmes.

### **Protection of Reporting Persons**

XXII. Recommends, in view of the essential role that reporting persons can play as a source of detection of foreign bribery cases, that member countries establish, in accordance with their jurisdictional and other basic legal principles, strong and effective legal and institutional frameworks to protect and/or to provide remedy against any retaliatory action to persons working in the private or public sector who report on reasonable grounds suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions and related offences in a work-related context, and in particular:

- i. ensure that sufficiently-resourced and well-trained competent authorities implement the legal framework for the protection of reporting persons, and receive, investigate or otherwise process complaints of retaliation;
- ii. afford protection to the broadest possible range of reporting persons in a work-related context, including as appropriate to those whose work-based relationship has ended, to persons who acquire information on suspected acts of foreign bribery during advanced stages of the recruitment process or the contractual negotiations, and who could suffer retaliation, for instance in the form of negative employment references or blacklisting, and consider extending protection to third persons connected to the



reporting person who could suffer retaliation in a work-related context;

- iii. ensure appropriate measures are in place to provide for the confidentiality of the identity of the reporting person and the content of the report, in a manner consistent with national laws, in particular on investigations by competent authorities or judicial proceedings;
- iv. consider allowing for anonymous reports, and ensure that all relevant protections are available to those who are subsequently identified and may suffer retaliation;
- v. ensure appropriate measures are in place to prohibit or render invalid any contractual provisions designed or intended to waive, terminate, diminish, or modify the claims and legal protections of persons who make reports that qualify for protection to competent authorities;
- vi. provide a broad definition of retaliation against reporting persons that is not limited to workplace retaliation and can also include actions that can result in reputational, professional, financial, social, psychological, and physical harm;
- vii. ensure appropriate remedies are available to reporting persons to compensate direct and indirect consequences of retaliatory action following a report that qualifies for protection, including financial compensation, and interim relief pending the resolution of legal proceedings;
- viii. provide for effective, proportionate, and dissuasive sanctions for those who retaliate against reporting persons;
- ix. in administrative, civil, or labour proceedings, shift the burden of proof on retaliating natural and legal persons and entities to prove that such allegedly adverse action against a reporting person was not in retaliation for the report;
- x. ensure that reporting persons are not subject to disciplinary proceedings and liability based on the making of reports that qualify for protection;
- xi. consider introducing incentives for making reports that qualify for protection;
- xii. raise awareness and provide training on the design and implementation of the legal and institutional frameworks to protect reporting persons and protections and remedies available;

- xiii. periodically review the effectiveness of the legal and institutional frameworks for the protection of reporting persons and consider making publicly available the results of these periodical reviews;
- xiv. with due regard to data protection rules and privacy rights, ensure that such rules and laws that prohibit transmission of economic or commercial information do not unduly impede reports by and protection of reporting persons.

### **Accounting Requirements, External Audit, and Internal Controls, Ethics and Compliance**

XXIII. Recommends that member countries take the steps necessary, taking into account where appropriate the individual circumstances of a company, including its size, type, legal structure and geographical and industrial sector of operation, so that laws, rules or practices with respect to accounting requirements, external audits, and internal controls, ethics and compliance are in line with the following principles and are fully used in order to prevent and detect bribery of foreign public officials in international business, according to their jurisdictional and other basic legal principles. To this effect:

#### **A. Adequate accounting requirements**

- i. member countries shall, in accordance with Article 8 of the OECD Anti-Bribery Convention, take such measures as may be necessary, within the framework of their laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures, and accounting and auditing standards, to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the-books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents, by companies subject to those laws and regulations, for the purpose of bribing foreign public officials or of hiding such bribery;
- ii. member countries shall, in accordance with Article 8 of the Convention, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for such omissions and falsifications in respect of the books, records, accounts, and financial statements of such companies, and should ensure that both natural and legal persons can be held liable for the full range of conduct described in Article 8.1 of the Convention;

- iii. member countries should require companies to disclose in their financial statements the full range of material contingent liabilities;
- iv. member countries should ensure that competent authorities also give due consideration to proceeding against the involved natural or legal persons for accounting offences committed for the purpose of bribing foreign public officials or hiding such bribery, as defined under Article 8 of the OECD Anti-Bribery Convention;

#### **B. Independent External Audit**

- i. member countries should consider whether requirements on companies to submit to external audit are adequate;
- ii. member countries and professional associations should maintain adequate standards to ensure the independence of external auditors which permits them to provide an objective assessment of companies' accounts, financial statements and internal controls;
- iii. member countries should require the external auditor who discovers indications of a suspected act of bribery of a foreign public official to report this discovery to management and, as appropriate, to corporate monitoring or governance bodies;
- iv. member countries should encourage companies that receive reports of suspected acts of bribery of foreign public officials from an external auditor to actively and effectively respond to such reports;
- v. member countries should consider requiring the external auditor to report suspected acts of bribery of foreign public officials to competent authorities independent of the company, such as law enforcement or regulatory authorities, and for those countries that permit such reporting, ensure that auditors making such reports on reasonable grounds are protected from legal action.

#### **C. Internal controls, ethics, and compliance**

Member countries should encourage:

- i. companies, including state-owned enterprises, to develop and adopt adequate internal controls, ethics and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery, taking into account the Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, set forth in Annex II;
- ii. business organisations and professional associations, where appropriate, in their efforts to encourage and assist companies, in

particular small and medium size enterprises, in developing internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery, taking into account the Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, set forth in Annex II hereto;

- iii. company management to make statements in their annual reports or otherwise publicly disclose their internal controls, ethics and compliance programmes or measures, including those which contribute to preventing and detecting bribery;
- iv. the creation of monitoring bodies, independent of management, such as audit committees of boards of directors or of supervisory boards;
- v. companies to implement frameworks for the protection of persons reporting potential violations of law, as well as channels for reporting, including as part of an internal controls, ethics and compliance programme or measures for preventing and detecting bribery of foreign public officials, and to take appropriate action based on such reporting.

#### **D. Incentives for compliance**

Member countries should:

- i. encourage their government agencies to consider, where international business transactions are concerned and as appropriate, internal controls, ethics and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery in their decisions to grant public advantages, including public subsidies, licences, public procurement contracts, contracts funded by official development assistance, and officially supported export credits;
- ii. where member countries implement measures to incentivise enterprises to develop such compliance programmes or measures, provide training and guidance to their relevant government agencies, on how internal controls, ethics and compliance programmes or measures are taken into consideration in government agencies' decision-making processes, and ensure such guidance is publicised and easily accessible for companies;
- iii. encourage law enforcement authorities, in the context of enforcement of the foreign bribery and related offences, to consider implementing measures to incentivise companies to develop effective internal controls, ethics, and compliance programmes or measures, including as a potential mitigating factor. Member countries should nevertheless ensure that the mere existence of internal controls, ethics and

compliance programmes or measures does not fully exonerate the legal person from its liability, that the final consideration of such programmes or measures remains the sole responsibility of judicial, law enforcement, or other public authorities, and that sanctions remain effective, proportionate and dissuasive, in accordance with Article 3 of the OECD AntiBribery Convention;

- iv. where member countries implement measures to incentivise companies to develop such compliance programmes or measures, ensure that competent authorities consider providing training and guidance on assessing the adequacy and effectiveness of internal controls, ethics and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery, as well as on how such programmes or measures are taken into consideration in the context of foreign bribery enforcement, and ensure such information or guidance is publicised and easily accessible for companies, where appropriate.

### **Public Advantages, including Public Procurement**

XXIV. Recommends that:

- i. member countries' laws and regulations permit authorities to suspend or debar, to an appropriate degree, from competition for public contracts or other public advantages, including public procurement contracts and contracts funded by official development assistance, companies determined to have bribed foreign public officials in contravention of that member country's national laws, considering mitigating factors. To the extent that a member country's laws and regulations permit the application of such measures to companies that are determined to have bribed domestic public officials, such measures should also be permitted in case of bribery of foreign public officials;
- ii. member countries ensure that relevant government agencies are able to access information on companies sanctioned for foreign bribery, or, if this is not possible, to obtain this information from companies;
- iii. where appropriate and to the extent possible, in making such decisions on suspension and debarment, member countries take into account, as mitigating factors, remedial measures developed by companies to address specific foreign bribery risks, as well as any gaps in their existing internal controls, ethics, and compliance programmes or measures;
- iv. member countries provide guidance and training to relevant government agencies on such suspension and debarment

measures applicable to companies determined to have bribed foreign public officials and on remedial measures which may be adopted by companies, including internal controls, ethics and compliance programmes or measures, which may be taken into consideration;

- v. in accordance with the 2016 Recommendation of the Council for Development Cooperation Actors on Managing the Risk of Corruption [OECD/LEGAL/0431], member countries require anticorruption provisions in bilateral aid-funded procurement, promote the proper implementation of anti-corruption provisions in international development institutions, including multilateral development banks, and work closely with development partners to combat corruption in all development co-operation efforts;
- vi. member countries support the efforts of the OECD Public Governance Committee to implement the principles contained in the Recommendation of the Council on Public Procurement [OECD/LEGAL/0411], as well as work on transparency in public procurement in other international governmental organisations such as the United Nations, the World Trade Organisation (WTO), and the European Union, and are encouraged to adhere to relevant international standards such as the WTO Agreement on Government Procurement.

### **Officially Supported Export Credits**

XXV. Recommends that:

- i. countries Party to the OECD Anti-Bribery Convention that are not OECD Members adhere to and implement the OECD Recommendation of the Council on Bribery and Officially Supported Export Credits [OECD/LEGAL/0447];
- ii. member countries support the efforts of the OECD Working Party on Export Credits and Credit Guarantees to monitor implementation of the OECD Recommendation of the Council on Bribery and Officially Supported Export Credits [OECD/LEGAL/0447].

### **Data Protection**

XXVI. Recommends that, with due regard to data protection rules and privacy rights:

- i. member countries ensure that compliance with data protection rules and laws that prohibit transmission of economic or

commercial information does not unduly impede effective international co-operation in investigations and prosecutions of foreign bribery and related offences, in accordance with Articles 9 and 10 of the OECD Anti Bribery Convention;

- ii. member countries ensure that compliance with data protection rules and laws that prohibit transmission of economic or commercial information does not unduly impede the effectiveness of anti-corruption internal controls, ethics, and compliance programmes or measures, including internal reporting mechanisms, due diligence, and internal investigation processes;
- iii. member countries with applicable data protection rules provide guidance to companies and where appropriate, consider issuing regulations that allow for the processing of data in conducting anticorruption related due diligence and internal investigation processes.

### **Follow-Up and Institutional Arrangements**

XXVII. Instructs the Working Group on Bribery in International Business Transactions to carry out an ongoing programme of systematic follow-up to monitor and promote the full implementation of the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation, in co-operation with the Committee for Fiscal Affairs, the Development Assistance Committee, the Investment Committee, the Public Governance Committee, the Working Party on Export Credits and Credit Guarantees, and other OECD bodies, as appropriate. This follow-up will include, in particular:

- i. continuation of the programme of rigorous and systematic monitoring of member countries' implementation of the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation to promote the full implementation of these instruments, including through an ongoing system of mutual evaluation, where each member country is examined in turn by the Working Group on Bribery, on the basis of a report which will provide an objective assessment of the progress of the member country in implementing the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation, and which will be made publicly available;
- ii. receipt of notifications and other information submitted to it by the member countries concerning the authorities which serve as

channels of communication for the purpose of facilitating international cooperation on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation;

- iii. periodic reporting in Working Group on Bribery meetings on steps taken by member countries to implement the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation, including nonconfidential information on investigations and prosecutions of bribery of foreign public officials, as well as where appropriate on steps taken to enforce the demand side of such foreign bribery cases;
- iv. voluntary meetings of law enforcement officials directly involved in the enforcement of the foreign bribery offence to discuss best practices and horizontal issues relating to the investigation and prosecution of the bribery of foreign public officials, in addition to voluntary participation by such law enforcement officials in Working Group on Bribery plenary sessions, country monitoring and other relevant activities;
- v. examination of prevailing trends, issues and counter-measures in foreign bribery, including through work on typologies and cross-country studies;
- vi. development of tools and mechanisms to increase the impact of monitoring and follow-up, and awareness raising, including through research, bribery threat assessments and the annual submission and public reporting of non-confidential enforcement data;
- vii. provision of regular information to the public on its work and activities and on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation; and
- viii. reporting to the Council on the implementation of this Recommendation no later than five years following its adoption and at least every five years thereafter.

XXVIII. Notes the obligation of member countries to co-operate closely in this follow-up programme, pursuant to Article 3 of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14 December 1960, and Article 12 of the OECD Anti-Bribery Convention.

### **Co-operation with Non-Members**

XXIX. Appeals to non-member countries that are major exporters and foreign investors to adhere to and implement the OECD Anti-Bribery



Convention and this Recommendation and participate in any institutional follow-up or implementation mechanism.

- XXX. Instructs the Working Group on Bribery in International Business Transactions to provide a forum for consultations with countries which have not yet adhered, in order to promote wider participation in the OECD Anti-Bribery Convention and this Recommendation, and their follow-up.

### **Relations with International Governmental and Non-Governmental Organisations and the Private Sector**

- XXXI. Invites the Working Group on Bribery in International Business Transactions, to consult and cooperate with the international organisations and international financial institutions active in the fight against bribery of foreign public officials in international business transactions, and consult regularly with the non-governmental organisations and representatives of the business community active in this field.

## ANNEX I

### **Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**

Having regard to the findings and recommendations of the Working Group on Bribery in International Business Transactions in its programme of systematic follow-up to monitor and promote the full implementation of the OECD Convention on Combating Bribery in International Business Transactions (the OECD Anti-Bribery Convention), as required by Article 12 of the Convention, good practice on fully implementing specific articles of the Convention has evolved as follows:

#### **A. Article 1 of the OECD Anti Bribery Convention: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials**

1. Article 1 of the OECD Anti-Bribery Convention should be implemented in such a way that it does not provide a defence or exception where the foreign public official solicits a bribe.
2. Member countries should undertake public awareness-raising actions and provide specific written guidance to the public on their laws implementing the OECD Anti-Bribery Convention and the Commentaries to the Convention.
3. Member countries should provide information and training as appropriate to their public officials posted abroad on their laws implementing the OECD Anti-Bribery Convention, so that such personnel can provide basic information to their companies in foreign countries and appropriate assistance when such companies are confronted with bribe solicitations.

#### **B. Article 2 of the OECD Anti Bribery Convention: Responsibility of Legal Persons**

1. Member countries should ensure that state-owned enterprises can be held liable for the bribery of foreign public officials in international business transactions.
2. Member countries systems for the liability of legal persons for the bribery of foreign public officials in international business transactions should not restrict the liability to cases where the natural person or persons who perpetrated the offence are prosecuted or convicted.
3. Member countries systems for the liability of legal persons for the bribery of foreign public officials in international business transactions should take one of the following approaches:

- a. the level of authority of the person whose conduct triggers the liability of the legal person is flexible and reflects the wide variety of decision-making systems in legal persons; or
  - b. the approach is functionally equivalent to the foregoing even though it is only triggered by acts of persons with the highest level managerial authority, because the following cases are covered:
    - a person with the highest level managerial authority offers, promises, or gives a bribe to a foreign public official;
    - a person with the highest level managerial authority directs or authorises a lower level person to offer, promise, or give a bribe to a foreign public official; and
    - a person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing a foreign public official, including through a failure to supervise him or her or through a failure to implement adequate internal controls, ethics, and compliance programmes or measures.
4. Consistent with Articles 2 and 4 of the OECD Anti-Bribery Convention and related Commentary, member countries should:
- a. explore all jurisdictional bases available under their law when investigating and prosecuting legal persons for foreign bribery offences, including to establish territoriality and nationality jurisdiction;
  - b. in asserting nationality jurisdiction over legal persons for the purpose of investigating and prosecuting bribery of foreign public officials, consider criteria such as, but not limited to, the laws under which the legal person was formed or is organised, or the legal person's headquarters or effective management and control;
  - c. ensure that they are able to exercise appropriate jurisdiction over legal persons regardless of whether they have jurisdiction over the natural person who committed the bribery of a foreign public official.
5. Member countries should have appropriate rules or other measures to ensure that legal persons cannot avoid liability or sanctions for foreign bribery and related offences by restructuring, merging, being acquired, or otherwise altering their corporate identity.

### **C. Responsibility for Bribery through Intermediaries**

1. Member countries should ensure that in accordance with Article 1 of the OECD Anti-Bribery Convention and the principle of functional equivalence in Commentary 2 to the OECD Anti-Bribery Convention, a legal person cannot

avoid responsibility by using intermediaries, including related legal persons and other third parties, irrespective of their nationality, to offer, promise, or give a bribe to a foreign public official on its behalf.

2. Member countries should undertake awareness-raising activities within both the public and private sectors and in particular among relevant law enforcement authorities in this regard.

#### **D. Article 5: Enforcement**

1. Member countries should be vigilant in ensuring that investigations and prosecutions of the bribery of foreign public officials in international business transactions are not influenced by considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another country or the identity of the natural or legal persons involved, in compliance with Article 5 of the OECD Anti-Bribery Convention.

2. Member countries should ensure, in conformity with their legal system, that the evidentiary threshold or any other standard necessary for initiating investigations is not applied in a way that prevents the effective investigation and prosecution of bribery of foreign public officials.

## ANNEX II

### Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance

#### Introduction

This Good Practice Guidance (hereinafter “Guidance”) is addressed to companies, including state-owned enterprises, for establishing and ensuring the effectiveness of internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for preventing and detecting the bribery of foreign public officials in their international business transactions (hereinafter “foreign bribery”), and to business organisations and professional associations, which play an essential role in assisting companies in these efforts. It recognises that to be effective, such internal controls, ethics, and compliance programmes or measures should be interconnected with a company’s overall compliance framework. It is intended to serve as non-legally binding guidance to companies in establishing effective internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for preventing and detecting foreign bribery. This Guidance is flexible, and intended to be adapted by companies, in particular small and medium sized enterprises (hereinafter “SMEs”), according to their individual circumstances, including their size, type, legal structure, and geographical and industrial sector of operation, as well as the jurisdictional and other basic legal principles under which they operate.

#### A. Good Practice Guidance for Companies

Effective internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for preventing and detecting foreign bribery should be developed on the basis of a risk assessment addressing the individual circumstances of a company, in particular the foreign bribery risks facing the company (such as its geographical and industrial sector of operation, and regulatory environment, potential clients and business partners, transactions with foreign governments, and use of third parties). Such circumstances and risks should be regularly monitored, re-assessed, and taken into account as necessary, to determine the allocation of compliance resources and ensure the continued effectiveness of the company’s internal controls, ethics, and compliance programme or measures. Companies should consider, inter alia, the following good practices for ensuring effective internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery:

1. strong, explicit and visible support and commitment from the board of directors or equivalent governing body and senior management to the company’s internal controls, ethics and compliance programmes or measures

for preventing and detecting foreign bribery with a view to implementing a culture of ethics and compliance;

2. a clearly articulated and visible corporate policy prohibiting foreign bribery, easily accessible to all employees and relevant third parties, including foreign subsidiaries, where applicable and translated as necessary;

3. compliance with this prohibition and the related internal controls, ethics, and compliance programmes or measures is the duty of individuals at all levels of the company;

4. oversight of ethics and compliance programmes or measures regarding foreign bribery, including the authority to report matters directly to independent monitoring bodies, senior management, the board of directors or equivalent governing body, the supervisory board or their relevant committees, are the duty of one or more senior corporate officers, such as a senior compliance officer, with an adequate level of autonomy from management and other operational functions, resources, access to relevant sources of data, experience, qualification, and authority;

5. ethics and compliance programmes or measures designed to prevent and detect foreign bribery, applicable to all directors, officers, and employees, and applicable to all entities over which a company has effective control, including subsidiaries, on, inter alia, the following areas:

- i. gifts;
- ii. hospitality, entertainment and expenses;
- iii. travel, including customer travel;
- iv. political contributions;
- v. charitable donations and sponsorships;
- vi. facilitation payments;
- vii. solicitation and extortion;
- viii. conflicts of interest;
- ix. hiring processes;
- x. risks associated with the use of intermediaries, especially those interacting with foreign public officials; and
- xi. processes to respond to public calls for tender, where relevant.

6. ethics and compliance programmes or measures designed to prevent and detect foreign bribery applicable, where appropriate and subject to contractual arrangements, to third parties such as agents and other intermediaries, consultants, representatives, distributors, contractors and suppliers, consortia,

and joint venture partners (hereinafter “business partners”), including, inter alia, the following essential elements:

- i. properly documented risk-based due diligence pertaining to the hiring, as well as the appropriate and regular continued oversight of business partners throughout the business relationship;
  - ii. informing business partners of the company’s commitment to abiding by laws on the prohibitions against foreign bribery, and of the company’s ethics and compliance programme or measures for preventing and detecting such bribery;
  - iii. seeking a reciprocal commitment from business partners;
  - iv. implementing mechanisms to ensure that the contract terms, where appropriate, specifically describe the services to be performed, that the payment terms are appropriate, that the described contractual work is performed, and that compensation is commensurate with the services rendered;
  - v. where appropriate, ensuring the company’s audit rights to analyse the books and records of business partners and exercising those rights as appropriate;
  - vi. providing for adequate mechanisms to address incidents of foreign bribery by business partners, including for example contractual termination rights.
7. a system of financial and accounting procedures, including a system of internal controls, reasonably designed to ensure the maintenance of fair and accurate books, records, and accounts, to ensure that they cannot be used for the purpose of foreign bribery or hiding such bribery;
8. the use of internal control systems to identify patterns indicative of foreign bribery, including as appropriate by applying innovative technologies;
9. measures designed to ensure effective periodic communication and documented training for all levels of the company, on the company’s ethics and compliance programme or measures regarding foreign bribery, as well as, where appropriate, for business partners;
10. appropriate measures to encourage and provide positive support and incentives for the observance of ethics and compliance programmes or measures against foreign bribery at all levels of the company including by integrating ethics and compliance in human resources processes, with a view to implementing a culture of compliance;

11. measures to address cases of suspected foreign bribery, which may include:

- i. processes for identifying, investigating, and reporting the misconduct and genuinely and proactively engaging with law enforcement authorities;
- ii. remediation, including, inter alia, analysing the root causes of the misconduct and addressing identified weaknesses in the company's compliance programme or measures;
- iii. appropriate and consistent disciplinary measures and procedures to address, among other things, violations, at all levels of the company, of laws against foreign bribery, and the company's ethics and compliance programme or measures regarding foreign bribery; and
- iv. appropriate communication to ensure awareness of these measures and consistent application of disciplinary procedures across the company.

12. effective measures for providing guidance and advice to directors, officers, employees, and, where appropriate, business partners, on complying with the company's ethics and compliance programme or measures, including when they need urgent advice on difficult situations in foreign jurisdictions, as well as measures to ensure there is no retaliation against any person within the company who is instructed or pressured, including from hierarchical superiors, to engage in foreign bribery and chooses not to do so;

13. a strong and effective protected reporting framework, including:

- i. internal, confidential, and where appropriate, anonymous, reporting by, and protection against any form of retaliation for, directors, officers, employees, and, where appropriate, business partners, not willing to violate professional standards or ethics under instructions or pressure from hierarchical superiors, as well as for reporting persons willing to report breaches of the law or professional standards or ethics occurring within the company on reasonable grounds; and
- ii. clearly defined procedures and visible, accessible, and diversified channels for all reporting persons to report breaches of the law or professional standards or ethics occurring within the company.

14. periodic reviews and testing of the internal controls, ethics and compliance programmes or measures, including training, designed to evaluate and improve their effectiveness in preventing and detecting foreign bribery, both on a regular basis and upon specific developments, taking into account the company's evolving risk profile, such as:

- i. changes in the company's activity, structure and operating model,
- ii. results of monitoring and auditing,
- iii. relevant developments in the field,



- iv. evolving international and industry standards, and
  - v. lessons learned from a company's possible misconduct and that of other companies facing similar risks based on relevant documentation and data.
15. in cases of mergers and acquisitions, comprehensive risk-based due diligence of acquisition targets; prompt incorporation of the acquired business into its internal controls and ethics and compliance programme; and training of new employees and post-acquisition audits;
16. external communication of the company's commitment to effective internal controls and ethics and compliance programmes.

## **B. Actions by Business Organisations and Professional Associations**

Business organisations and professional associations may play an essential role in assisting companies, in particular SMEs, in the development of effective internal control, ethics, and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery. Such support may include, inter alia:

1. dissemination of information on foreign bribery issues, including regarding relevant developments in international and regional forums, and access to relevant databases;
2. making training, prevention, due diligence, and other compliance tools available;
3. general advice on carrying out due diligence; and
4. general advice and support on resisting extortion and solicitation, including, where appropriate, by promoting collective action.

Professional associations that exercise regulatory powers over certain professions may also play a significant role in adopting and implementing robust ethics standards for their members, including by setting out frameworks on actions to be taken by their members to prevent bribery or when confronted with suspected acts of foreign bribery and related offences committed by clients or employers.

## **4. Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**

Adopted by the Council on 25 May 2009

THE COUNCIL,

Having regard to Article 5, b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14 December 1960;

Having regard to the Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials [C(96)27/FINAL] (hereafter the “1996 Recommendation”), to which the present Recommendation succeeds;

Having regard to the Revised Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions [C(97)123/FINAL];

Having regard to the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions to which all OECD Members and eight non-Members are Parties, as at the time of the adoption of this Recommendation (hereafter the “OECD Anti-Bribery Convention”);

Having regard to the Commentaries on the OECD Anti-Bribery Convention;

Having regard to the Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and on Capital (hereafter the “OECD Model Tax Convention”) [C(97)195/FINAL];

Welcoming the United Nations Convention Against Corruption to which most parties to the OECD AntiBribery Convention are State parties, and in particular Article 12.4, which provides that “Each State Party shall disallow the tax deductibility of expenses that constitute bribes”;

Considering that the 1996 Recommendation has had an important impact both within and outside the OECD, and that significant steps have already been taken by governments, the private sector and nongovernmental agencies to combat the bribery of foreign public officials, but that the problem still continues to be widespread and necessitates strengthened measures;

Considering that explicit legislation disallowing the deductibility of bribes increases the overall awareness within the business community of the illegality of bribery of foreign public officials and within the tax administration of the need to detect and disallow deductions for payments of bribes to foreign public officials; and

Considering that sharing information by tax authorities with other law enforcement authorities can be an important tool for the detection and investigation of transnational bribery offences;

On the proposal of the Committee on Fiscal Affairs and the Investment Committee;

I. RECOMMENDS that:

- (i) Member countries and other Parties to the OECD Anti-Bribery Convention explicitly disallow the tax deductibility of bribes to foreign public officials, for all tax purposes in an effective manner. Such disallowance should be established by law or by any other binding means which carry the same effect, such as:

- prohibiting tax deductibility of bribes to foreign public officials;
- prohibiting tax deductibility of all bribes or expenditures incurred in furtherance of corrupt conduct in contravention of the criminal law or any other laws of the Party to the Anti-Bribery Convention.

Denial of tax deductibility is not contingent on the opening of an investigation by the law enforcement authorities or of court proceedings.

- (ii) Each Member country and other Party to the OECD Anti-Bribery Convention review, on an ongoing basis, the effectiveness of its legal, administrative and policy frameworks as well as practices for disallowing tax deductibility of bribes to foreign public officials. These reviews should assess whether adequate guidance is provided to taxpayers and tax authorities as to the types of expenses that are deemed to constitute bribes to foreign public officials, and whether such bribes are effectively detected by tax authorities.
- (iii) Member countries and other Parties to the OECD Anti-Bribery Convention consider to include in their bilateral tax treaties, the optional language of paragraph 12.3 of the Commentary to Article 26 of the OECD Model Tax Convention, which allows “the sharing of tax information by tax authorities with other law enforcement agencies and judicial authorities on certain high priority matters (e.g. to combat money laundering, corruption, terrorism financing)” and reads as follows:

Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent authority of the supplying State authorises such use.

- II. Further RECOMMENDS Member countries and other Parties to the OECD Anti-Bribery Convention, in accordance with their legal systems, to establish an effective legal and administrative framework and provide guidance to facilitate reporting by tax authorities of suspicions of foreign bribery arising out of the performance of their duties, to the appropriate domestic law enforcement authorities.
- III. INVITES non-Members that are not yet Parties to the OECD Anti-Bribery Convention to apply this Recommendation to the fullest extent possible.
- IV. INSTRUCTS the Committee on Fiscal Affairs together with the Investment Committee to monitor the implementation of the Recommendation and to promote it in the context of contacts with non-Members and to report to Council as appropriate.

