world compliance

DICKINSON WRIGHT PLLC

Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, un mapa para su cumplimiento

world compliance

DICKINSON WRIGHT PLLC

LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO

Contenido

Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero 1
Disposiciones Antisoborno de la FCPA 4
Quién está cubierto 4
Pagos corruptos 5
Oficiales extranjeros 7
Pagos a terceros 8
Excepciones y Defensas Afirmativas 8
Sanciones 10
Disposiciones Contables 10
Las Industrias Globales Tienen Mayor Riesgo 12
Banderas Rojas 12
Autoevaluación Corporativa 14
Conclusión 15
Perfil de Michael Volkov 16
Perfil de Dickinson Wright 17
Un Mundo en Cumplimiento 18

www.fcpa-worldcompliance.com

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero

Treinta años después de su aprobación original en 1977, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA)[1] está en su nivel de implementación más agresivo por parte del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Valores (SEC). En los últimos años, el aumento en las actividades de implementación de estas leyes ha estado marcado por técnicas agresivas de implementación de regulaciones tales como allanamientos, oficiales encubiertos, informantes confidenciales, intervención de teléfonos y otras estrategias típicamente reservada para investigaciones de grupos violentos y organizaciones de tráfico de drogas. La estrategia de implementación de la FCPA por parte del gobierno ha dado como resultado grandes multas a corporaciones y sanciones penales a individuos. ***La Administración Obama ha dejado en claro a la comunidad de negocios que la implementación de la FCPA será de alta prioridad*** y se enfocará en los nuevos sectores—farmacéutico y financiero—mientras se asignan nuevos recursos para llevar a cabo este esfuerzo. Según la solicitud de presupuesto de la División Presidencial:

> La FCPA es consistente con las metas de la Administración Obama de promover la transparencia, democracia, desarrollo sostenible y buen gobierno. La actual crisis económica presenta una verdadera amenaza a nuestro progreso en promover la integridad en los negocios internacionales.[2]

Las disposiciones antisoborno prohíben que una entidad nacional (una persona o entidad corporativa de los Estados Unidos) haga pagos corruptos o promesas de pago a oficiales con el propósito de lograr o retener negocios. Las definiciones de ciertos términos, incluyendo entidad nacional y oficial extranjero, son amplias de forma intencional para incluir la mayor cantidad de actividad de negocios que sea posible. Las disposiciones referentes a los controles contables incluyen el mantenimiento de registros y mecanismos de control interno que se aplican a empresas cuyos valores estén registrados en la Comisión de Valores (SEC) o que deban consignar informes de

1 Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA) de 1977, codificada en su enmienda en 15 U. S. C. §§ 78m, 78dd, y 78ff.

2 Departmento de Justicia, Solicitud de Presupuesto Presidencial a la División Criminal, disponible en http://www.justice.gov/jmd/2011justification/pdf/fy11-crm-justification.pdf.

forma regular ante la SEC. Estas empresas deben mantener registros precisos para dar cuenta de ciertos gastos, así como métodos regulares de contabilidad, para verificar el acceso y uso de activos.

La implementación de la FCPA ha aumentado drásticamente resultando en mega multas a corporaciones y en un mayor escrutinio a individuos.

Los números cuentan la historia—año tras año, el número de acciones de implementación de la ley incrementa. Las acciones judiciales recientes han incrementado cinco veces desde el 2004:

En el 2008 el DOJ y la SEC ejecutaron multas y sanciones de unos 2.8 mil millones de dólares contra 36 corporaciones y 64 individuos por violaciones a la FCPA. De las 36 acciones legales contra empresas, varias han resultado en enormes multas:

> Diciembre 2008: Siemens, AG y tres subsidiarias se declararon culpables de violaciones a la FCPA y acordaron pagar **$1.6 mil millones en multas** a los Estados Unidos y autoridades extranjeras.[3]
>
> Febrero 2009: la firma Kellogg, Brown and Root se declaró culpable de una situación de soborno en Nigeria y acordó pagar **$402 millones en multas penales, y $177 millones en restitución de ganancias.**[4]
>
> Febrero 2010: BAE Systems plc culminó con un proceso de soborno de más de 10 años que involucraba a países del medio oriente, y acordó pagar **$400 millones en multas**.[5]

Esta tendencia creciente se puede evidenciar también en las tasas de procesamiento de individuos de los últimos dos años. ***En el 2009, se procesaron a cuarenta y seis individuos por violaciones a la FCPA, de sólo dieciséis en el 2008.*** Lanny A. Breuer, Fiscal General Asistente para la División Criminal del DOJ, dijo recientemente:

3 *Ver* http://www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html.
4 *Ver* http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html.
5 *Ver* http://www.justice.gov/opa/pr/2010/March/10-crm-209.html.

> "Simplemente, la posibilidad de sentencias significativas de cárcel debería poner en claro a cada ejecutivo de empresa, a cada miembro de Junta Directiva, a cada agente de ventas, que los buscaremos y los haremos responsables por violaciones a la FCPA. A medida que hagamos estos esfuerzos, estaremos mejorando los recursos para hacerlo mejor. Como muchos sabrán, en el 2007 el FBI creó un escuadrón de agentes dedicados a investigar violaciones potenciales a la FCPA. El escuadrón ha crecido y mejorado su experticia en los dos últimos anos. Adicionalmente, hemos iniciado discusiones con la División Criminal del IRS para que nos unamos para casos de la FCPA en todo el país. Finalmente, ahora estamos en busca de alianzas estratégicas con ciertas oficinas de la Fiscalía en todo el país donde tengan investigaciones de FCPA. Nuestros esfuerzos hasta ahora en la implementación de la FCPA se han debido en parte al sorprendente trabajo de nuestros agentes de la Sección de Fraudes, y la responsabilidad permanecerá ahí, claro está. Pero esperamos que estas alianzas incrementen nuestros recursos y nos permitan capitalizar las habilidades y experticias de AUSAs en las mejores oficinas de la Fiscalía en el país."[6]

El DOJ está poniendo en práctica las palabras de Breuer. ***En una operación reciente que se llevó a cabo por un periodo de dos años, el DOJ puso en práctica más técnicas, incluyendo agentes encubiertos, intervención de teléfonos y órdenes de allanamiento.*** En enero del 2010 la operación culmino con el arresto de veintidós tratantes de armas en Las Vegas, Nevada. Un informante encubierto se hizo pasar por representante del Ministerio de la Defensa de un país africano.[7] El informante uso un micrófono, y pudo grabar cientos de conversaciones con los veintidós blancos de la operaciones, y trabajo de cerca con un agente encubierto del FBI haciéndose pasar por el intermediario necesario para "facilitar las comisiones" a pagar al Ministerio de la Defensa. Según la nota de prensa del DOJ del día del arresto:

> "en conexión con estas acusaciones, unos 150 agentes del FBI llevaron a cabo 14 allanamientos en diferentes lugares en todo el país, incluyendo Bull Shoals, Ar; San Francisco; Miami; Ponte Vedra Beach, Fl; Sarasota, Fl; St. Petersburg, Fl; Sunrise, Fl; University Park, Fl; Decatur, Ga; Stearns, Ky; Upper Darby, Pe; y Woodbridge, Va. Adicionalmente, la Policía de la Ciudad de Londres en el Reino Unido llevo a cabo siete órdenes de allanamiento en conexión con sus propias investigaciones en compañías involucradas en conductas de soborno extranjero que hicieron la base para las acusaciones.[8]

6 Comentarios de Lanny Breuer en el 22do. Foro Nacional sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, 17 de Noviembre del 2009. Ver: http://www.justice.cgov/criminal/pr/speecchestestimony/documents/11-17-09aagbreuer-remarks-fcpa.pdf

7 *Ver* http://www.mainjustice.com/2010/04/05/fcpa-sting-case-why-gabon/; *see also* http://www.fbi.gov/page2/jan10/fcpa_012610.html.

8 *Ver* http://www.justice.gov/opa/pr/2010/January/10-crm-048.html.

Los arrestos y acusaciones que surgen de la operación de Las Vegas representan la acción de implementación e investigación más amplia llevada a cabo por el DOJ. Y es apenas una sombra de lo que vendrá.

Las Disposiciones Antisoborno de la FCPA

La operación de Las Vegas es un estudio de caso de la FCPA en acción y la implementación de sus disposiciones antisoborno. Los individuos acusados fueron parte de una presunta conspiración para pagar "comisiones" al Ministerio de la Defensa a cambio de asegurar varios negocios de armas. En la jerga del a FCPA, (1) entidades nacionales (los individuos), (2) pagaron algo de valor (comisiones en efectivo) (3) a un oficial extranjero (el Ministro de la Defensa y su intermediario) (4) con el fin de obtener un negocio (contrato militar). Lo que sigue es una explicación de los elementos enumerados.

¿Quién está cubierto?

Las disposiciones antisoborno de la FCPA se aplican a tres tipos de individuos y entidades corporativas:

(1) Emisores. Un "emisor" es una empresas cuyos valores están registrados en la SEC o que consigna de forma regular sus informes ante la SEC.[9] Esto incluye empresas extranjeras cuyos valores se comercian en bolsas de valores nacionales a través del uso de ADRs, y se extiende a las filiales del emisor.

(2) Entidad nacional. Son ciudadanos residentes en los Estados Unidos y cualquier negocio o asociación cuyo principal lugar de negocio sea los Estados Unidos.[10]

(3) Cualquier persona que no sea un emisor o un asunto doméstico incluye residentes extranjeros o empresas en el territorio de los Estados Unidos.[11]

9 15 U.S.C. § 78dd-1(a).
10 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(1).
11 15 U.S.C. § 78dd-3(f).

"Un pago corrupto" debe hacerse con el fin de obtener o retener un negocio

El pago o promesa de pago hecho por alguno de los tres sujetos definidos anteriormente debe hacerse con el conocimiento de que el pago podría influenciar a un oficial "de manera de ayudar... en la obtención o retención de un negocio", es decir, la "conducta".[12] A los fines del estatuto, "conocer" es el conocimiento verdadero o la consciencia de que la conducta está ocurriendo. Es suficiente si la persona tiene la "firme creencia" de que las circunstancias existen (es decir, que se está haciendo un pago corrupto con el fin de obtener o retener un negocio) o que el resultado es "altamente probable".[13] El estándar de "firme creencia" tiene un alcance amplio, que abarca todo.

"La ceguera voluntaria" no es suficiente para evitar la responsabilidad ante la FCPA. Como se ha establecido en el Informe de la Conferencia:

> Al clarificar el estándar antisoborno de responsabilidad bajo la Ley de 1977, los participantes estuvieron de acuerdo con que la "simple negligencia" o la "simple imprudencia" no deberían ser la base de la responsabilidad. Sin embargo, los Participantes de la Conferencia también acordaron que el problema llamado "cabeza enterrada"—descrito de varias formas por las autoridades pertinentes como "indiferencia consciente" "ceguera voluntaria" o "ignorancia deliberada" por su olvido injustificado—debería estar cubierto de manera que los oficiales de gerencia no puedan refugiarse de la prohibición de la Ley por su olvido injustificado de cualquier acción (o no acción), lenguaje o cualquier otra "forma de señalización" que pudiera de forma razonable alertarlos de la "alta probabilidad" de una violación a la FCPA.[14]

La indiferencia consciente o el evitar adrede conocer la verdad será suficiente conocimiento. ***Si el sujeto sabe o tiene suficiente información para creer que existen las circunstancias para que ocurra una violación, debe actuar para detener la violación potencial y no puede "ver hacia otro lado".***

12 15 U.S.C. § 78dd-3(f).
13 15 U. S. C. § 78 dd-1(a) and (f).
14 1977 Historia legislativa – Informe de la Cámara de Representantes, disponible en http://10.173.2.10/criminal/fraud/fcpa/history/1988/tradeact.html.

Cualquier pago u oferta de pago debe hacerse de forma "corrupta". Un tribunal ha definido "corrupta" como:

> La oferta o promesa de pago, pago o autorización de pago, cuya intención sea inducir al receptor a usar indebidamente su posición o influenciar a otro a que lo haga... un acto es "corrupto" si se hace de forma voluntaria e intencional, y con el mal propósito de lograr un fin o resultado ilegal o un fin o resultado legal pero por un medio o método ilegal.[15]

El pago u oferta de pago corrupto debe hacerse con el fin de "influenciar", "inducir" o asegurar una "ventaja inapropiada" para "obtener o retener negocios".[16] ***La FCPA se aplica a más que "maletas de dinero"*** a líderes de gobiernos extranjeros para asegurar contratos con el gobierno. El término "cualquier cosa de valor" se ha definido de forma amplia para incluir no solo efectivo o su equivalente, sino también, entre otras cosas, descuentos; regalos; uso de materiales, facilidades o equipos; entretenimiento; bebidas; comidas; transporte; alojamiento; beneficios de seguros; y la promesa de empleo futuro. No hay un valor mínimo asociado con el elemento "cualquier cosa de valor", y la percepción del receptor y la valoración subjetiva de lo transmitido es con frecuencia y un factor clave considerado por las agencias legales al determinar si "algo de valor" se ha entregado a un oficial extranjero.

Por ejemplo, el vicepresidente de un proveedor militar fue hallado culpable de violar la FCPA cuando pagó los boletos aéreos del primo de un oficial extranjero, porque a pesar del testimonio del primo que consideraba que los boletos eran un "regalo" personal, el pago se hizo poco antes de que un contrato se aprobara, y el oficial tenía una relación cercana con su primo.[17] Algo que puede ser una práctica común en un país, como sobornar a oficiales de aduanas, también se consideran de forma negativa con la FCPA si el propósito establecido del soborno es ayudar a las empresas a lograr o retener negocios.[18] Así, en el caso de Estados

15 *Estados Unidos vs. Liebo, 923 F.2d 1308, 1312 (8vo. Cir. 1991).*
16 15 U. S. C.. § 78dd-1(a).
17 *Liebo, supra* en 1312.
18 *Ver* Estados Unidos v. Kay, 513 F.3d 461, 464-466 (5to. Cir. 2007), aff'g 359 F.3d 738 (5to. Cir. 2004).

Unidos vs. Cay, dos ejecutivos de una exportadora de arroz de Estados Unidos fueron hallados culpables bajo la FCPA por pagos a oficiales de aduana de Haití que la corte reconoció como "práctica común" en Haití.[19]

Oficiales Extranjeros

El receptor de un pago o de una promesa de pago debe ser un "oficial extranjero". ***Se define Oficial Extranjero de forma amplia de manera que incluye cualquier nivel posible de un oficial de gobierno*** , como un miembro u oficial de un partido político; candidato para un cargo público; oficial o empleado del gobierno extranjero y de cualquiera de sus departamentos; agencias; instrumentos; u organización pública internacional.[20] Ejemplos de oficiales extranjeros incluyen oficiales de bancos propiedad de gobiernos, directores de fondos de de salud regionales, médicos y otros empleados de hospitales propiedad o bajo control de gobiernos, y oficiales de servicios financieros propiedad de gobiernos.

Los instrumentos, si bien no están definidos claramente en la regla, pueden incluir agencias cuasi gubernamentales o alianzas de negocios entre gobierno y sector privado. Las organizaciones públicas internacionales están designadas como tales por Orden Ejecutiva.[21]

Debido a las definiciones amplias, el Gerente General de una empresa extranjera propiedad parcial de una empresa propiedad del Estado es un "oficial extranjero".[22] En este sentido, incluso las empresas que buscan entrar en oportunidades de inversión o joint ventures con tales personas deben considerar tomar precauciones para asegurar el cumplimiento de la FCPA.[23]

19 *Estados Unidos vs. Kay,* 513 F.3d 432, 439 (5to. Cir. 2007).
20 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A).
21 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(B)(i)-(ii).
22 FCPA Op. Proc. Rev. 08-01.
23 *Ver id.*

Pagos a Terceros

La FCPA también contiene disposiciones sobre pagos a terceros bajo las que las acciones de filiales en el extranjero y a otros terceros como agentes, consultores, distribuidores y socios de joint ventures, que pueden resultar en responsabilidad ante la FCPA de la casa matriz o la entidad que involucra al tercero. En otras palabras, ***las empresas no son inmunes a la responsabilidad de la FCPA por hacer negocios en el extranjero*** a través de terceros porque la FCPA prohíbe pagos inapropiados a "cualquier persona, sabiendo que todo o parte de ese dinero o cosa de valor será ofrecido, entregado o prometido, directa o indirectamente, a un oficial extranjero."

Excepciones y Defensas Afirmativas

Hay pocas y estrechas excepciones y defensas afirmativas antes las violaciones del estatuto. Las costumbres y prácticas de negocios en un país extranjero no son suficientes para escapar de la responsabilidad.[24] Reconociendo que las costumbres o prácticas de negocios puedan influenciar las decisiones cotidianas de negocios, la regla permite, como excepción, los pagos realizados a oficiales extranjeros con el fin de facilitar o hacer más expedita la acción gubernamental regular.[25] Ejemplos de esto incluyen pagos para obtener permisos o licencias o recibir servicios de correo, teléfono, agua, electricidad, o manejo de carga.[26] Presumiblemente, tales pagos no se hacen con el fin de obtener o retener una ventaja de negocios porque se hacen con un fin legítimo. Sin importar la razón, cualquiera de estos tipos de pagos debe ser debidamente contabilizado y registrado para reflejar su legitimidad y propósito.

Dos defensas afirmativas permiten la consideración de pagos u ofertas que se justifican legalmente o que parten de una actividad de negocios legítima. Primero, puede ser apropiado el pago u oferta de pago en atención a una ley o regulación escrita.[27] Un ejemplo de tal pago sería uno hecho para cubrir gastos de un administrador designado por una corte extranjera para proceder con la disposición de una propiedad.[28] Una ley escrita, sin embargo, no siempre protege de

24 *Ver, por ejemplo, Kay*, 513 F.3d en 439.
25 15 U.S.C. § 78dd-2(b).
26 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(3)(A); 78dd-2(h)(4)(A); 78dd-3(f)(4)(A).
27 15 U.S.C. § 78dd-2(c)(1).
28 FCPA Op. Proc. Rel. 07-03.

responsabilidad ante la FCPA. Así, el DOJ indicó que llevaría a cabo una investigación penal si una empresa sujeta a una multa por daños ambientales de $50.000 por el gobierno nigeriano, procediera a hacer el pago de la multa a través de una persona "recomendada".[29]

Segundo, un pago de buena fe o un regalo que es un gasto legítimo de trabajo y que se relaciona directamente con la promoción, demostración o explicación del producto o servicio, o al desempeño de un contrato con un gobierno o agencia de un país extranjero.[30] Los pagos apropiados bajo esta categoría podrían incluir gastos de viaje para asistir a un viaje promocional de los sitios de operación de una empresa en los Estados Unidos[31] o el suministro de muestras de producto con el fin de prueba y evaluación por parte de la agencia pertinente de gobierno.[32] EL DOJ también ha indicado que no investigará un estipendio que se pagó a periodistas locales empleados por medios propiedad de la República Popular de China para cubrir gastos de transporte local, comidas y gastos incidentales que permitieron a los periodistas asistir a la conferencia promocional de una compañía en Shanghai.[33] ***Sin embargo el DOJ si acusó a una empresa que pagó viajes de dos personas a varios destinos turísticos*** en los Estados Unidos para el presidente (su esposa e hijos) de una empresa mediadora egipcia que otorgó contratos para el mantenimiento de instalaciones para el tratamiento de aguas servidas.[34]

Cada uno de los ejemplos de pagos permisibles ya mencionados conlleva la advertencia de que las compañías en cuestión han tomado varias precauciones y controles para asegurar el cumplimiento de la FCPA. Así, en cada instancia en que el DOJ aprobó un pago o practica en particular, declaró que su decisión no era vinculante ante cualquier otra instancia no vincularía al DOJ si los hechos no eran precisos o completos.

29 FCPA Op. Proc. Rel. 98-01.
30 15 U.S.C. § 78dd-2(c)(2).
31 FCPA Op. Proc. Rel. 07-01.
32 FCPA Op. Proc. Rel. 09-01.
33 FCPA Op. Proc. Rel. 08-03.
34 *Estados Unidos vs Metcalf & Eddy, Inc.*, No. 1:99CV12566 (D. Mass. archivado Dic. 14, 1999).

Sanciones

Una amplia gama de sanciones civiles y penales se suman a la potencia de la FCPA. Del lado civil, el DOJ puede hacerse de desagravio por mandato judicial si cree que un individuo o empresa nacional está involucrado en una conducta ilegal.[35] Si bien las empresas y sus ejecutivos y empleados pueden recibir multas de hasta $2 millones y $100.000, respectivamente, las sanciones civiles en cualquier caso no pueden exceder los $10.000.[36] ***Del lado penal, los ejecutivos y empleados pueden recibir multas y prisión hasta de 5 años.***[37]

Disposiciones Contables – Mantenimiento de registros y de controles internos para mejorar el cumplimiento

El razonamiento tras las sanciones relacionadas con el mantenimiento de registros y controles internos es simple: se requiere que las empresas mantengan registros precisos de su actividad de negocios y que implementen controles internos que identificarán y excluirán la actividad proscrita. El ex-juez federal Stanley Sporkin, quien se considera el padre de la FCPA, explica el origen de las disposiciones contables como sigue:

> "Mas que todo, estaba sorprendido por el hecho de que no hubiera un requerimiento para que las empresas que cotizan en la bolsa mantengan libros y registros honestos. Mi investigación de las diferentes leyes si reveló que ese requerimiento de "libros y registros" estaba incluido en las leyes que gobiernan las instituciones financieras. Se me ocurrió que si ese requerimiento era lo suficientemente bueno para las instituciones financieras y de corretaje de esta nación, ¿por qué no para sus industrias?
>
> Me convencí de que lo que hacía falta era una ley simple que exigiera a las empresas el mantenimiento preciso de libros y registros. Desde mi punto de vista, las empresas pensarían dos veces antes de registrar un soborno por lo que es. Como en general el soborno se considera un crimen, sería virtualmente insostenible para que alguien admita por escrito que la empresa se involucra en tales actividades de forma

35 *Ver* 15 U.S.C. § 78dd-2(d).
36 *Ver* 15 U.S.C. § 78dd-2(g).
37 *Id.*

> cotidiana. EL soborno requiere del secreto para poder florecer. Así, tuve como teoría que al requerir la información de todos los sobornos pagados, en efecto, se acabaría esa actividad.[38]

Las disposiciones de mantenimiento de registros y controles internos juntas, operan como una de las formas más efectivas de implementación por parte de agencias gubernamentales. En todos sus aspectos prácticos, las disposiciones contables son extensiones de los requerimientos de la Ley de Valores y su enmienda, de 1934, que requiere que las empresas cuyos valores estén registrados en la SEC o que deban consignar informes de manera regular a la SEC para implementar el mantenimiento apropiado de registros y controles contables internos.

Las disposiciones de mantenimiento de registros requieren que los libros, registros y cuentas muestren de forma apropiada las transacciones y uso de activos con un nivel de "detalle razonable". Detalle razonable significa que "un nivel de detalle y grado de seguridad que pueda satisfacer a un oficial prudente en la conducción de sus asuntos."[39] Esta provisión de mantenimiento de registros se extiende a las filiales de propiedad mayoritariamente extranjera (50% o más).[40] Sin embargo, un emisor que sea dueño de 50% o menos de una empresa y que "demuestre esfuerzos de buena fe para usar esa influencia, se considerará como que ha cumplido con los requerimientos del parágrafo (2)."[41] Las disposiciones de control interno de la FCPA, son paralelas a las prácticas contables comunes. Requieren la implementación de procedimientos y controles contables para "ofrecer unas seguridad razonable" de que se sigue el procedimiento de una empresa, que las transacciones se registran y que el acceso y seguimiento de los activos está controlado y se monitorean regularmente.[42] De esta forma, ***una empresa que registre pagos a oficiales extranjeros de forma inapropiada, como por ejemplo, "tarifas incidentales" estará sujeta a responsabilidad por violación de las disposiciones de mantenimiento de registros de la FCPA.***[43]

---

38 Stanley Sporkin, *The Worldwide Banning of Schmiergeld, A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on Its Twentieth Birthday,* 18 Nw. J. Int'l Bus. 269, 274 (1998) (citas omitidas).

39 15 U. S. C. § 78m(b)(7).

40 *Ver SEC v. Int'l Business Machs. Corp.*, SEC Litig. Publicación No. 16, 839 (12/21/00).

41 15 U. S. C. § 78m(b)(6).

42 *Ver* 15 U. S. C. § 78m(b)(2).

43 *Estados Unidos vs O'Hara,* 960 F.2d 11 (2d Cir. 1992); ver también Liebo, 923 F.2d at 1312 (que indica que la clasificación del defendido de los boletos de avión adquiridos para el promo de un official extranjero como un "pago de comisión" es evidencia de una violación a la FCPA).

Las Industrias Globales Tienen Mayor Riesgo

Los blancos más probables de las acciones de la FCPA son corporaciones multinacionales que buscan entrar a mercados extranjeros donde la recompensa de la globalización es a la vez el mayor riesgo. El crecimiento de un negocio a nivel internacional conlleva retos inherentes de cumplimiento, porque las adquisiciones, incorporación de terceros y la supervisión y regulaciones de un gobierno extranjero intrusivo pueden no ser conocidas debidamente o la *debida diligencia* esté incompleta. Los negocios son estrictamente responsables de los delitos de sus empleados bajo la doctrina legal de *respondeat superior*.

Ciertos sectores naturalmente tienen mayor riesgo porque sus negocios los llevan a regiones menos desarrolladas del mundo, donde el crecimiento potencial es ilimitado. Es en estas regiones menos desarrolladas donde el soborno de oficiales de gobierno es la norma. Entre el 2002 y el 2008, las empresas de telecomunicaciones, energía, industria y tecnología, salud y servicios financieros, fueron los sujetos de la vasta mayoría de los acuerdos y sanciones.[44] Ciertos sectores, como el energético, telecomunicaciones y equipos de salud, son blanco regular porque deben trabajar mano a mano con las divisiones regulatorias de los gobiernos. ***El sector de servicios financieros es otro segmento de negocios en riesgo, porque comúnmente interactúa con gobiernos extranjeros*** en una variedad de niveles que van desde la provisión de servicios financieros hasta el establecimiento de nuevos negocios. El área de expansión global y adquisición de nuevos negocios constituye el mayor riesgo para las empresas multinacionales.

Banderas Rojas

Para una empresa involucrada en la expansión global y la adquisición de empresas extranjeras, una onza de prevención es la mejor medicina. La implementación y ejecución de debida diligencia de anticorrupción antes de la adquisición es un deber antes de integrar alianzas estratégicas, joint ventures o asociaciones con nuevos negocios. Cualquier proceso de debida diligencia debe necesariamente

44 Pricewaterhouse Coopers, *Corruption Crackdown*, Julio 2009 en 15.

incluir la revisión de prácticas de negocios, contratos, procedimientos de pago y procedimientos contables. Cualquier número de banderas rojas pueden surgir exponiendo posibles violaciones a la FCPA:

- La falta persistente y repetida de cumplir con la ley local.
- Que los agentes o terceros representantes se rehúsen a firmar una política de cumplimiento de la FCPA.
- El tercero agente o representante de ventas es un ex oficial de gobierno.
- El tercero viene "altamente recomendado" por un oficial de gobierno.
- Métodos de pago inusuales como transferencias electrónicas o prácticas laxas de contabilidad facturación.

Combinadas o juntas, cualquiera de estas banderas rojas debería ser suficiente para preocuparse por el cumplimiento de la FCPA.

Como se afirmo en una reciente conferencia, por Denis McInerney del Departamento de Justicia, ***la debida diligencia no es un evento de una sola vez o un proceso marcado por una explosión de energía al comienzo de una relación nueva, en cambio el proceso de debida diligencia debe pensarse como un proceso continuo.*** La debida diligencia, relacionada con la FCPA, se lleva a cabo al comienzo del proceso en relación a los siguientes datos:

- Una base de datos de personas o empresas ya ligadas a acusaciones de corrupción o a investigaciones en curso por el Departamento de Justicia o por la Comisión de Valores
- Una base de datos probada que consiste en Oficiales Extranjeros, que debe incluir no solo los oficiales y sus miembros familiares y asociados conocidos, pero también los ejecutivos de las Empresas Propiedad de Estados

Además de llevar a cabo esta debida diligencia al comienzo de la relación, llamada debida diligencia inicial, las organizaciones debe establecer un proceso continuo de debida diligencia, de forma periódica, para encontrar los vínculos entre las relaciones actuales con terceros, tales como agentes, y comportamiento ilícito o nuevos vínculos con gobiernos extranjeros.

Autoevaluación Corporativa

Las empresas han comenzado a instaurar un enfoque proactivo hacia el cumplimiento. Anualmente, las empresas evalúan su gobierno corporativo y programas de cumplimiento. Una empresa multinacional toma una serie de pasos para implementar un programa anticorrupción sostenible, incluyendo programas de entrenamiento y comunicaciones, pruebas de transacciones y mecanismos disciplinarios incluidos en sus modelos de negocios que ayuden a mitigar áreas de riesgo:

- Desarrollar procesos de debida diligencia e investigación de antecedentes de empleados en el reclutamiento.
- Desarrollar políticas y procedimientos de aceptación y retención de terceros, incluyendo clausulas contractuales de cumplimiento, y mantener los contratos en una ubicación central.
- Implementar un proceso robusto de monitoreo, detección y auditoría para lugares, socios y actividades de alto riesgo, incluyendo las transacciones asociadas con tales relaciones.
- Mejorar las políticas y procedimientos de cumplimiento y contabilidad que rodean actividades relacionadas con gobiernos, implementar controles para transacciones en efectivo y delegar niveles apropiados de aprobación que requieran re-aprobación de transacciones de alto riesgo.
- Implementar políticas y procedimientos de conductas éticas y de negocios a nivel corporativo y transversal a las empresas.
- Ofrecer recursos adicionales para el cumplimiento en lugares de alto riesgo, y entrenamiento para empleados clave y terceros.
- Implementar un mecanismo disciplinario y plan de respuesta para instancias donde se noten violaciones potenciales.

Prevenir la corrupción es una buena estrategia de negocios de largo plazo, que ayuda a establecer que las corporaciones actúan de forma responsable y ética a la vez que aumenta el valor para los accionistas. Cada empresa debería involucrarse en una estrategia proactiva de cumplimiento, para que pueda manejar mejor los riesgos de operar globalmente y demostrar su fuerte compromiso con sus partes interesadas, asociados y agencias regulatorias.

Conclusión

El DOJ y la SEC han anunciado que están tras un aumento en las actividades de implementación de la FCPA. Las empresas deben actuar ahora para identificar debilidades potenciales de cumplimiento y de controles internos, así como violaciones potenciales. Las empresas también deben desarrollar y ejecutar módulos de auditoría de cumplimiento de mecanismos anticorrupción, y monitorear su cultura de cumplimiento en joint ventures y filiales.

DETROIT 11175-100 1161353v4

Michael Volkov Profile

El Sr. Volkov es un socio litigante que se concentra en la práctica en tribunales, defensa de crímenes de cuello blanco e investigaciones internas complejas.

Fue fiscal federal por 17 años, Consejero en Jefe del Comité Judicial del Senado y de la Cámara de Representantes; Asistente del Fiscal General en el Departamento de Justicia, y abogado de juicios en la División Antitrust. Ha ejercido en el Distrito de Columbia por casi 30 años. El Sr. Volkov tiene una amplia práctica en juicios—más de 75 juicios criminales.

Por su amplia experiencia y su experticia en varios temas, el Sr. Volkov maneja diferentes asuntos para sus clientes—FCPA, Fraude, Corrupción, Exportaciones-Importaciones, Oficina de Control de Activos en el Extranjero, Perdida de Activos y Lavado de Dinero, Ley de Reclamos Falsos, violaciones Antitrust, asuntos de implementación de la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA), disciplina profesional e implementación de regulaciones de valores.

Con sus contactos en Washington D.C., el Sr. Volkov trae un enfoque único para resolver problemas para sus clientes—estas soluciones a problemas complejos pueden involucrar un enfoque coordinado, incluyendo el diseño e implementación de una investigación interna, contactos con formuladores de políticas del Capitolio, o negociación de soluciones en el Departamento de Justicia o en la Oficina de un Fiscal de EEUU.

Información de Contacto

Direct: 202.263.3288
Cell: 240.505.1992
Washington, D.C. 20006
mvolkov@mayerbrown.com

Un Mundo en Cumplimiento

WorldCompliance® ofrece la solución más completa para la tarea cada vez más ardua de cumplimento. A medida que más y más líderes entienden que el uso de la inteligencia de fuente abierta significa proteger sus ganancias, miran hacia WorldCompliance® como su solución preventiva.

Para saber más acerca de una protección completa de su organización, donde quiera que usted se encuentre, envíe un email a:

North-America@worldcompliance.com
South-America@worldcompliance.com
Europe@worldcompliance.com
Middle-East@worldcompliance.com
Asia@worldcompliance.com
Africa@worldcompliance.com
Oceania@worldcompliance.com

Y nuestro representante más cercano le contactará.

También puede llamar al (+1 877 258 1877) en los EEUU,
o visitar www.worldcompliance.com para más detalles.

Europa	+49 951 3020 688
Alemania	+49 951 3020 688
Latinoamérica	+571 211 9601
México	+52 722 477 3985
Medio Oriente	+971 4 312 4043