

MAYER • BROWN

Introducción a la Ley de Prácticas  
Corruptas en el Extranjero  
de los Estados Unidos  
*U.S. Foreign Corrupt Practices Act –  
"FCPA"*

**Pablo C. Ferrante**

*Partner*

713-238-2662

[pferrante@mayerbrown.com](mailto:pferrante@mayerbrown.com)

**Junio 2010**

# Introducción

- La FCPA fue promulgada en 1977, pero ha adquirido una nueva trascendencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la *Sarbanes-Oxley Act (SOX)*.
- La FCPA consta de 2 partes:
  - Disposiciones Anti-corrupción (que aplican a "Personas de EE.UU.")
  - Disposiciones sobre Registros Contables/Control Interno (que aplican a "Emisores de Valores en EE.UU.")
- Estados Unidos fue pionero en la aprobación de legislación en contra del pago de sobornos a funcionarios extranjeros.
- Desde entonces, muchos otros países han adoptado legislación similar y, actualmente, existen múltiples iniciativas internacionales contra la corrupción transnacional.

# Introducción (cont.)

- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales adoptada por Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) – Vigente desde Febrero 1999.
  - Ratificada por 38 países – incluyendo Argentina, Brasil, Canadá, España, Estados Unidos, México y Reino Unido.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Vigente desde Diciembre 2005.
  - Ratificada por 143 países – incluyendo Angola, Argentina, Brasil, China, Colombia, Cuba, Egipto, Estados Unidos, Indonesia, México, Nigeria, Noruega, Perú, Reino Unido y Venezuela
- Convención Interamericana contra la Corrupción adoptadas por la Organización de los Estados Americanos (OEA) – Vigente desde Marzo 1997.
  - Ratificada por 38 países – incluyendo Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela.
- Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción – Vigente desde Agosto 2006.
  - Ratificada por 31 países – incluyendo Argelia, Congo, Madagascar, Nigeria, Sudáfrica, Tanzania y Uganda.

## Introducción (cont.)

- Sin embargo, cada año se pagan US\$1 trillón en concepto de sobornos.  
(Fuente: Instituto del Banco Mundial)
- Índice de Percepción de Corrupción Global de la Organización Transparencia Internacional  
(Dónde estás haciendo negocios?)

País	Ranking 2009	Calificación
Nueva Zelanda	1	9.4
Noruega	11	8.6
Reino Unido	17	7.7
Estados Unidos	19	7.5
Chile/Uruguay	25	6.7
España	32	6.1
Cuba	61	4.4
Colombia / Brasil / Perú	75	3.7
China	79	3.6
India	84	3.4
México	89	3.3
Argentina	106	2.9
Egipto / Indonesia	111	2.8
Nigeria	130	2.5
Ecuador	146	2.2
Angola / Venezuela	162	1.9
Somalia	180	1.1

# Disposiciones Anti-corrupción

*Es un delito que cualquier persona o compañía de EE.UU., directa o indirectamente, pague u ofrezca pagar dinero o cualquier cosa de valor a cualquier funcionario extranjero con la intención de obtener o retener negocios o cualquier otra ventaja inapropiada.*

# Palabras claves

- Persona o compañía de EE.UU.
- Dinero o cualquier cosa de valor
- Directa o indirectamente
- Funcionario extranjero
- Obtener o retener negocios

# Palabras claves – Persona o compañía de EE.UU.

- Entidades organizadas bajo las leyes de EE.UU.
- Entidades con domicilio principal de negocios en EE.UU.
- Emisores de acciones u otros títulos de deuda en los EE.UU.
  - Incluyendo compañías con ADRs(*American Depositary Receipts*) en EE.UU.
  - Siemens (2008); Statoil (2006); PetroCanada (2003)
- Empleados, funcionarios, directivos, agentes e intermediarios de compañías y emisores en EE.UU.
  - Independientemente de su nacionalidad o ubicación geográfica.
- Ciudadanos o residentes de EE.UU.
- Cualquier persona mientras se encuentre dentro del territorio de EE.UU.
- Subsidiarias de compañías de EE.UU.
  - Depende de la relación.



# Palabras claves – Dinero o cualquier cosa de valor / Obtener o retener negocios

- Dinero en efectivo; servicios; oportunidades de negocio
- Obsequios (tales como comidas lujosas, mercancías con el logotipo de la compañía)
- Gastos de viajes
  - Lucent Technologies (2007)
- Los sobornos no necesariamente debieron haber sido pagados – la mera "promesa" del soborno constituye un acto ilícito.
- Los términos "obtener o retener negocios" o cualquier "ventaja inapropiada" se interpretan en forma amplia.

## Palabras clave –Directa o indirectamente (a través de intermediarios)

- Se considera ilegal todo pago efectuado a una tercera persona con "conocimiento" de que dicho pago o una porción de ese pago iría directa o indirectamente a un funcionario extranjero.
- "Conocimiento" es más amplio que "conocimiento efectivo" e incluye "descuido consciente" ("*conscious disregard*") y "desconocimiento deliberado" ("*willful ignorance*")
  - Firme creencia de que el pago ilegal muy probablemente ocurrirá ("*substantially certain to occur*")
- Cualquier tercero – agentes; intermediarios; consultores; contratistas; representantes; socios en un joint-venture; subsidiarias.
  - Vetco Gray (2007); Baker Hugues (2007); KBR (2009)

## Palabras clave –Directa o indirectamente (a través de intermediarios) (cont.)

- Cuando se está negociando con intermediarios o potenciales socios o representantes:
  - *Duediligencey* verificación de antecedentes en la etapa previa a la concreción del negocio, y seguimiento con posterioridad en la implementación – debe quedar suficientemente documentado.
  - No realizar pagos en efectivo.
  - Comisiones razonables y no efectuar reembolsos sin documentación de soporte.
  - Acuerdo por escrito – incluyendo declaraciones sobre el sometimiento y cumplimiento con la FCPA, derecho de terminación, auditoria, etc.

# Palabras clave –Funcionarioextranjero

- Funcionarios y empleados del gobierno
- Candidatos y empleados de partidos políticos
- Empleados de compañías o instrumentalidades controladas por el gobierno
- Empleados de organizaciones públicas internacionales
- Cualquier otro funcionario con investidura pública (incluyendo cargos honoríficos)

# Excepciones y Defensas

- Pagos para facilitar o expeditar ("*facilitating payments*")
  - Pequeños pagos realizados con el propósito de acelerar o asegurar la ejecución de una acción gubernamental de rutina y no-discrecional.
  - Estos pagos deben ser adecuadamente registrados e identificados como tal.
  - Estos pagos son usualmente ilegales bajo las leyes locales.
  - Vetco Gray – promedio \$5,550 (378 pagos; 2 año; total de aprox. \$2.1M)
- Tendencia actual: limitar los "*facilitating payments*" a situaciones de peligro a la vida o la integridad.

NOTA: Esta excepción debe ser interpretada restrictivamente.

## Excepciones y Defensas (cont.)

- Pagos autorizados bajo la legislación escrita de un país extranjero.
- Gastos razonables y de buena fe directamente relacionados con:
  - La promoción y exhibición de productos o servicios; o
  - La celebración y ejecución de un contrato con gobierno o instrumentalidad extranjera.
  - Lucent Technologies (2007)

NOTA: Estas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente.

# Disposiciones sobre Registros Contables/Control Interno

- Crear y llevar libros y registros contables con un nivel razonable de detalle que reflejen de manera exacta y completa todas las transacciones o enajenaciones de activos.
- Crear y mantener un sistema de control interno que permita asegurar que:
  - Las transacciones son ejecutadas de conformidad con las instrucciones y autorización de la dirección/administración;
  - Existen responsabilidades sobre los activos; y
  - Las transacciones son registradas de conformidad con las normas GAAP.
- Constituye un delito "eludir conscientemente" los controles o "falsificar" los libros y registros.

# Disposiciones sobre Registros Contables/Control Interno (cont.)

- Aplica a "Emisores de Valores en EE.UU."
  - Nivel de detalle razonable – un nivel de detalle que permita satisfacer a un "funcionario prudente" en la conducción de sus propios negocios.
  - No hay estándar de materialidad – todas las transacciones sin importar el importe.
  - Aplicable a subsidiarias extranjeras de cualquier "Emisor de Valores en EE.UU."
    - Se requiere un "esfuerzo de buena fe" en caso de que el emisor sea un accionista minoritario.



# Cumplimiento

- Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) – Penal.
- Comisión de Valores de los Estados Unidos (SEC) – Civil.
- El número de casos investigados por parte del DOJ, así como por la SEC ha aumentado significativamente en los últimos años.
- Existe una firme intención de continuar estos procesamientos no sólo contra las grandes empresas, sino también contra las pequeñas y medianas empresas y contra los individuos involucrados en los casos.
- El sistema de imposición de las penas está estructurado sobre la base de "recompensar" el auto-control, el auto-reporte, la reparación y la cooperación ("*Sentencing Guidelines*").

# Sanciones

- Disposiciones Anti-corrupción:
  - Hasta US\$100,000 de multa penal y/o 5 años de prisión para individuos y US\$ 2 millones de multa penal para compañías.
  - Hasta US\$10,000 de pena civil para individuos y compañías.
  - Las multas impuestas a individuos no pueden ser pagadas por el empleador o mandante.
  - Es importante resaltar que directivos y empleados pueden ser sujetos de responsabilidad personal.

## Sanciones (cont.)

- Disposiciones sobre Registros Contables/Control Interno:
  - Hasta US\$5 millones de multa penal y/o 20 años de prisión para individuos y US\$ 25 millones para compañías.
  - Hasta US\$100,000 de pena civil para individuos y US\$500,000 de pena civil para compañías, o una suma equivalente al lucro obtenido (por cada violación).
- Bajo la "Ley de Penalidades Alternativas" ("*Alternative Fines Statute*"), las multas penales pueden ser aquellas establecidas en cada ley, o una suma equivalente de hasta dos veces el beneficio que se procuraba obtener !!!
- Prohibición de ejercer negocios con el gobierno de los EE.UU. (i.e., Ex-Im Bank); pérdida de la licencia de exportación (i.e., armamento, etc.).

# Sanciones (cont.)

- Estas sanciones son alternativas y no excluyentes entre si:
  - Titan Corporation (2005) – US\$28.5 millones de dólares en sanciones: US\$15.5 millones en devolución de ganancias e intereses (SEC) y US\$13 millones como multa (SEC y DOJ).
  - Statoil (2006) – US\$21 millones en sanciones: US\$10.5 millones de multa (DOJ) y US\$10.5 millones en devolución de ganancias (SEC).
  - Vetco-Gray (2007) – US\$26 millones en multas.
  - Baker Hughes Inc. (2007) – US\$44 millones en multas: US\$23 millones en devolución de ganancias e intereses (SEC), US\$10 millones de dólares en multa civil (SEC) y US\$11 millones de multa criminal (DOJ).
  - Siemens (2008) US\$1,654 millones en sanciones: US\$350 millones en devolución de ganancias e intereses (SEC), US\$450 millones de multa criminal (DOJ), US\$854 de multas en Alemania.
  - KBR/Halliburton (2009) – US\$579 millones en sanciones: US\$177 millones en devolución de ganancias e intereses (SEC), y US\$402 millones de multa criminal (DOJ).

# Comentarios finales

- El riesgo es cada vez más alto – incremento en la actividad de persecución y el DOJ/SEC están requiriendo devolución de las ganancias.
  - No hay tal cosa como un "pequeño soborno".
- Las excepciones han sido interpretadas restrictivamente (i.e. , "facilitating payments")
- Penas de prisión y multas significativas para las compañías y para los empleados involucrados.
- Necesidad de establecer políticas y procedimientos robustos:
  - Articulación clara de las políticas y procedimientos.
  - "Tone from the top" y cultura de cumplimiento.
  - Capacitación y entrenamiento a todos los empleados involucrados en los asuntos internacionales.
  - Certificaciones periódicas de los empleados y socios de negocios.
  - Auditorias periódicas sobre el cumplimiento de la norma FCPA y revisión de las políticas y procedimientos.
  - Examen y monitoreo de los agentes/representantes y socios de negocios.

*Gracias!!!*

**Pablo C. Ferrante**

pferrante@mayerbrown.com

Phone: 713-238-2662

Mayer Brown LLP

700 Louisiana Street, Suite 3400

Houston, TX 77002