

**CORPORACIÓN DE INVERSIONES
PRIVADAS EN EL EXTRANJERO (OPIC)**

**MANUAL DE NORMAS Y ESTRATEGIAS
ANTICORRUPCIÓN**

[Sello]

**Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero
Estados Unidos de América**

Septiembre de 2006

MENSAJE DEL PRESIDENTE Y DIRECTOR EJECUTIVO DE LA OPIC

La corrupción en los medios oficiales tiene un efecto pernicioso en la inversión tanto en el país como en el extranjero. Amenaza los principios básicos del sistema de mercado libre y mina el estado de derecho. La corrupción se manifiesta de muchas maneras diferentes. Unas veces es directa, como una solicitud o exigencia de soborno; otras veces es mucho más sutil. Al elevar el costo de las operaciones comerciales de una forma inapropiada e ineficiente, desvía un capital muy necesario hacia otros puntos de destino y obstaculiza los esfuerzos mundiales por erradicarla.

Últimamente se ha avanzado mucho. Varias instituciones y organizaciones financieras, como el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Corporación del Desafío del Milenio (MCC), las Naciones Unidas y Transparency International, desempeñan una función más amplia en el combate a la corrupción. La OPIC apoya decididamente sus actividades y busca siempre la manera de trabajar con esas instituciones en pro del logro de la meta común de erradicar la corrupción mundial.

El Gobierno de los Estados Unidos sigue desempeñando una parte importante en la lucha mundial contra la corrupción. En la Cumbre del Grupo de los Ocho (G-8) celebrada en San Petersburgo en 2006, los Estados Unidos y otras naciones reafirmaron su compromiso de luchar contra la corrupción y de promover una mayor transparencia de la gestión de los fondos públicos. El 10 de agosto de 2006, el Presidente Bush reveló su estrategia nacional para internacionalizar las actividades de lucha contra la corrupción de alto nivel por funcionarios públicos superiores. Afirmó lo siguiente:

“La corrupción de alto nivel por funcionarios públicos superiores, o cleptocracia, es un grave y corrosivo abuso de poder y representa la forma más odiosa de corrupción pública. Amenaza nuestro interés nacional y viola nuestros valores. Dificulta nuestros esfuerzos para promover la libertad y la democracia, terminar con la pobreza y combatir la delincuencia y el terrorismo internacionales. La cleptocracia es un obstáculo para el progreso democrático, socava la fe en las instituciones públicas y priva de prosperidad a los pueblos. La promoción de una gobernanza transparente y responsable es un elemento crítico de nuestro programa de trabajo en pro de la libertad”.

Presidente George W. Bush, 10 de agosto de 2006.

En 1977, el Congreso promulgó la Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA). El Departamento de Justicia de los Estados Unidos tiene la responsabilidad de la aplicación de la ley penal y civil relacionada con las disposiciones de la FCPA en el caso de las empresas nacionales y las empresas y los ciudadanos extranjeros. La Comisión de Valores y Bolsas (SEC) tiene la responsabilidad de la aplicación de la ley civil relacionada con las disposiciones de la FCPA contra la corrupción en el caso de los emisores de valores sujetos a la supervisión de dicha Comisión.

La OPIC, como organismo del Gobierno de los Estados Unidos, trabaja cuidadosamente para asegurar el empleo de las prácticas óptimas contra la corrupción en los proyectos que apoya y el cabal cumplimiento de estos últimos con la FCPA y otras leyes contra la corrupción. La OPIC realiza un extenso proceso de diligencia debida con respecto a los proyectos propuestos desde el principio y los supervisa en todas las etapas para determinar si hay indicios de pagos y prácticas corruptos. Como posible beneficiario del apoyo de los proyectos de la OPIC, a usted se le pedirá que expida una certificación del cumplimiento de las disposiciones contra la corrupción al presentar su solicitud de financiamiento o de seguro contra riesgo político de la OPIC. Se exigirán otras seguridades con respecto al cumplimiento en los documentos de transacciones de la OPIC, que también le solicitará a usted información personal y sobre el programa de cumplimiento de las disposiciones de lucha contra la corrupción en su empresa.

El Manual tiene por objetivo explicar las políticas y los procedimientos generales de lucha contra la corrupción establecidos por la OPIC y sus obligaciones al respecto. También contiene una exposición detallada de la FCPA. Esta ley impone requisitos en dos campos amplios, a saber, las disposiciones contra el soborno y las referentes a contabilidad. Las disposiciones contra el soborno, si bien prohíben en términos generales los pagos corruptos a funcionarios extranjeros, también ofrecen orientación con respecto a pagos a terceros, a ciertos pagos permisibles y a la defensa afirmativa de presuntas infracciones.

Las disposiciones sobre contabilidad, establecidas con el fin de que funcionen junto con las disposiciones de la FCPA contra el soborno, exigen que las empresas amparadas por dichas disposiciones establezcan y mantengan libros y asientos contables que reflejen con precisión y a cabalidad las transacciones de la empresa y creen y mantengan un sistema adecuado de controles contables internos.

Espero que el Manual le sea de utilidad al preparar su solicitud de financiamiento o seguro de la OPIC. La Organización necesita su apoyo en nuestro esfuerzo común para combatir la corrupción.

Muchas gracias por su asistencia.

[firmado] Robert Mosbacher, Jr.

LA CORRUPCIÓN ES UNA AMENAZA CONTINUA PARA EL DESARROLLO MUNDIAL

¿Por qué nos importa el efecto de la corrupción? En calidad de organismo del Gobierno de los Estados Unidos con el mandato de promover el desarrollo internacional y proteger las inversiones estadounidenses en el exterior, la OPIC reconoce que la lucha contra la corrupción está íntimamente vinculada a su misión. Desde el punto de vista del crecimiento y desarrollo económicos, la corrupción presenta una amenaza para la inversión por varias razones: reduce la eficiencia de los sectores público y privado al permitir que determinadas personas asuman cargos de poder por medio de clientelismo y no de capacidad; distorsiona el medio financiero y económico; promueve el comportamiento centrado en la captación de rentas en lugar del mercado competitivo y, en su máxima expresión, introduce inestabilidad y anarquía al proceso político. Un medio económico previsible también es importante para los inversionistas privados. Cuando se asegura a estos últimos que los rendimientos de la empresa y la inversión se destinan al empresario y al inversionista, es más probable que haya inversión. Un medio económico inestable en el que prevalecen la corrupción y el soborno aumenta los costos y somete los rendimientos de la inversión a maquinaciones políticas.

Todavía hay mucho trabajo pendiente. Más de dos terceras partes de las 159 naciones estudiadas en el índice de percepciones de corrupción preparado en 2005 por Transparency International tuvieron una puntuación inferior a cinco dentro de una de 10, asignada a la ausencia de corrupción, lo que indica un grado preocupante de corrupción en una mayoría de los países estudiados. El índice de 2005 es testimonio de la doble carga de pobreza y corrupción que llevan los países de menor desarrollo del mundo. La corrupción es una causa importante de la pobreza y una barrera para superarla.

Extensas investigaciones muestran que la inversión extranjera es menor en los países que se consideran corruptos, lo que obstaculiza aún más sus posibilidades de prosperar. Cuando los países mejoran la gobernanza y reducen la corrupción, cosechan un “dividendo del desarrollo” que, según el Instituto del Banco Mundial, puede incluir una mejora de las tasas de mortalidad infantil, un mayor ingreso per cápita, y un mayor grado de alfabetismo. Las investigaciones realizadas por el Banco Mundial sobre los indicadores de gobernanza apoyan el hecho de que la mejora real del estado de derecho o del control de la corrupción en una nación podría redundar en un cuantioso aumento porcentual del ingreso per cápita a largo plazo. Véase: <http://www.worldbank.org/wbi/governance/pubs/govmatters4.html>.

La erradicación de la corrupción y la introducción de reformas encabezadas por los beneficiarios revisten importancia crítica para el aumento de la inversión directa extranjera y el logro de las metas cruciales de desarrollo humano y económico establecidas por la comunidad internacional. Es indispensable tener sólidos sistemas judiciales y regímenes de reglamentación para atraer nueva inversión y nutrir el crecimiento. Habiendo dicho eso, se cree que la globalización económica alimenta la necesidad imperativa del estado de derecho al ejercer presión sobre los gobiernos para

que ofrezcan la estabilidad, la transparencia y la responsabilidad que exigen los inversionistas internacionales.

ESTRATEGIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN FORMULADA POR LA OPIC

La OPIC reconoce que puede y debe desempeñar una función importante y activa en la lucha mundial para erradicar la corrupción y ayudar a fortalecer el estado de derecho en los países en desarrollo. Como único organismo del Gobierno de los Estados Unidos con la misión de facilitar y movilizar la inversión de capital estadounidense en los países en desarrollo, la OPIC está plenamente consciente de las dificultades que enfrentan los inversionistas en los mercados donde el estado de derecho es débil y la corrupción es desenfrenada. A menudo la OPIC es el prestamista o el asegurador de último recurso en esos mercados difíciles; por lo tanto, es imprescindible que realice una función previsiva en la lucha mundial contra la corrupción. De acuerdo con ello, la OPIC tiene una estrategia muy dinámica de lucha contra la corrupción. Además de prevenir la corrupción relacionada con los proyectos que apoya y de fomentar el estado de derecho por medio de los requisitos legales y en materia de política que impone a las transacciones que apoya, la OPIC respalda decididamente el empeño mundial por mejorar la transparencia y reducir la corrupción.

En su más amplio nivel, la postura de la OPIC con respecto a los asuntos relativos a la lucha contra la corrupción tiene por fin reducir la carga que impone la corrupción amplia y generalizada a los gobiernos y las economías del mundo. En términos más específicos, el enfoque de la OPIC se centra en cuatro objetivos:

- Fomentar los esfuerzos mundiales para reducir la corrupción y mejorar la transparencia en las transacciones comerciales en el ámbito internacional.
- Fomentar la buena gobernanza y la lucha contra la corrupción en cada país.
- Apoyar y ampliar la función del sector privado en la gobernanza y las actividades de lucha contra la corrupción en el sector público.
- Prevenir la corrupción en los proyectos apoyados por la OPIC.

Para alcanzar esos objetivos, la OPIC participa en programas de gobernanza que fomentan las actividades de lucha contra la corrupción y abordan otras cuestiones relacionadas con el estado de derecho, incluso una reforma reglamentaria, jurídica y judicial. También trabaja estrechamente con varios organismos del Gobierno de los Estados Unidos, instituciones financieras internacionales y organizaciones de lucha contra la corrupción para compartir información y colaborar en iniciativas de gobernanza, transparencia y lucha contra la corrupción. Una parte importante de la estrategia de la OPIC se centra en animar al sector privado a desempeñar una función activa en la lucha contra la corrupción mundial. Para prevenir la corrupción en los proyectos apoyados por la OPIC, ésta analiza y mejora constantemente sus propios procedimientos y políticas internos para velar por la adopción de mejores prácticas.

MANUAL DE LA OPIC SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Este Manual es parte clave de la estrategia de lucha contra la corrupción formulada por la OPIC. Se preparó principalmente para los patrocinadores, los inversionistas, las empresas y otras partes afines que realizan proyectos apoyados por la OPIC. Ofrece un amplio panorama general de las políticas, las directrices y los procedimientos de la OPIC en materia de lucha contra la corrupción y describe los diversos requisitos impuestos por la Organización a las transacciones que apoya como parte de su estrategia de lucha correspondiente. Además, contiene una exposición detallada pero de fácil lectura de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero y una explicación de la forma en que se aplica dicha ley a los proyectos extranjeros apoyados por organismos del Gobierno de los Estados Unidos tales como la OPIC. En todo el Manual y en el Anexo B se ofrecen enlaces a sitios virtuales que ofrecen recursos complementarios.

Este Manual puede consultarse en el sitio web de la OPIC y se distribuye a todos los solicitantes de apoyo de la Organización. Según sea necesario, dentro del marco de varios de sus programas, la OPIC exige que los solicitantes presenten una certificación de que han leído y entendido el Manual. Además los solicitantes que busquen apoyo de la OPIC deben certificar que han distribuido el Manual a una lista de partes del proyecto aprobada por la OPIC. En el caso de proyectos que exigen financiamiento de la OPIC, esta última, en general, exige que se distribuya el Manual a todos los funcionarios de la empresa participante en los proyectos, a sus afiliados, a todos los accionistas con una participación superior a 10% (diez por ciento) en la empresa que realiza el proyecto y a cada persona o entidad que proporcione crédito u otro apoyo de importancia al proyecto. A continuación se ofrece una exposición general de otras clases de certificación relacionadas con las leyes de prácticas corruptas.

DEFINICIONES

El término “corrupción” se usa como referencia abreviada para designar una amplia gama de actividades ilícitas o ilegales. Aunque no hay una definición universal ni amplia de lo que constituye un comportamiento corrupto, las definiciones más destacadas tienen en común la importancia dada al abuso del poder público o de un cargo público para ventaja personal. La sucinta definición utilizada por el Banco Mundial es “el abuso de un cargo público para beneficio privado”. La OPIC ha adoptado una definición similar pero más detallada en la que señala preocupaciones particulares.

“La corrupción entraña un patrón de conducta indebida e ilícita por parte de funcionarios del sector público, ya sean políticos o empleados públicos, para enriquecimiento propio o de personas allegadas mediante el abuso del poder público que se les ha confiado.”

La OPIC comparte las preocupaciones de las instituciones financieras internacionales, tales como el Banco Asiático de Desarrollo, de que la corrupción y el comportamiento poco ético de las personas en el *sector privado* fomentan la corrupción en el sector público. La OPIC cree firmemente que el sector privado debe desempeñar una función clave en la ayuda para eliminar la corrupción en el sector público.

El fraude y la corrupción suelen incluir actos de i) soborno, ii) extorsión y coerción, iii) fraude y iv) colusión. La OPIC define esos términos de la manera siguiente:

- i. “Soborno”. El acto de ofrecer o dar alguna cosa de valor para ejercer influencia en las acciones o decisiones de terceros o el recibo o la solicitud de cualquier beneficio a cambio de acciones u omisiones relacionadas con el desempeño de funciones.
- ii. “Extorsión” o “coerción”. El acto de obtener algo, obligar a realizar una acción o influir en una decisión por medio de intimidación, amenaza o uso de fuerza, con perjuicio potencial o real para una persona, su reputación o sus bienes.
- iii. “Fraude”. Cualquier acción u omisión realizada con la intención de tergiversar la verdad con el fin de inducir a otros a actuar con confianza en ello para obtener alguna ventaja injusta o causar daño a otros.
- iv. “Colusión”. Un acuerdo secreto entre dos o más partes para defraudar o causar daño a una persona o entidad o para lograr un fin ilícito.

Estas definiciones presentan algunos de los tipos más comunes de fraude y corrupción, pero no son exhaustivas. A continuación se ofrece a manera de ejemplo una lista de patrones de comportamiento corrupto:

- El diseño o la selección de proyectos poco económicos por causa de oportunidades de pago de comisiones financieras clandestinas y de clientelismo político.
- Fraude en adquisiciones, incluso colusión, cobro excesivo o selección de contratistas, proveedores y consultores basada en criterios distintos del licitante que presenta la oferta más baja o del “mejor valor” determinado con una amplia evaluación.
- Pagos ilícitos de “dinero rápido” a funcionarios públicos para facilitar la entrega oportuna de bienes y servicios a los que el público tiene derecho por ley, tales como permisos y licencias.
- Pagos ilícitos a funcionarios públicos para facilitar el acceso a bienes, servicios e información a los que el público no tiene derecho o para negar el acceso al público a bienes y servicios a los que tiene derecho por ley.
- Pagos ilícitos para prevenir la aplicación de normas y reglamentos de una manera justa y coherente, en particular en campos relacionados con la seguridad pública, la aplicación de la ley o la recaudación de ingresos fiscales.
- Pagos a funcionarios públicos para fomentar o sostener un acceso monopolista a los mercados a falta de una justificativa económica convincente con respecto a esas restricciones.
- El uso indebido de información confidencial para beneficio personal, como el uso de información sobre las rutas de transporte público para invertir en bienes raíces con posibilidades de valorización.
- La revelación deliberada de información falsa o errónea sobre la situación financiera de ciertas empresas, que podría impedir que los posibles inversionistas valoren con precisión su patrimonio, como el hecho de dejar de revelar un gran volumen de pasivos eventuales o la subvaloración de activos en empresas que se pretende privatizar.

- El robo o la malversación de bienes o dineros públicos.
- La venta de puestos, cargos o promociones oficiales, el nepotismo u otras acciones que minen la creación de una administración pública meritocrática profesional.
- La extorsión y el abuso de un cargo público, como el recurso a la amenaza de una auditoría tributaria o de sanciones legales para lograr favores personales.
- La obstrucción de la justicia y la obstaculización del cumplimiento del deber de los organismos encargados de detectar, investigar y procesar el comportamiento ilícito.

POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA OPIC CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. Diligencia debida

El programa de diligencia debida de la OPIC se destina a proteger a la institución contra la realización de operaciones comerciales con organizaciones, empresas y personas corruptas y carentes de ética. Los patrocinadores e inversionistas que busquen el apoyo de la OPIC para proyectos en el exterior deben saber que la OPIC tiene un riguroso y amplio proceso de diligencia debida para identificar y evaluar las cuestiones relacionadas con el riesgo de carácter, incluso violaciones y presuntas violaciones de las leyes contra la corrupción y de otra índole. Antes de comprometerse a realizar cualquier transacción, la OPIC trabaja con consultores externos, asesores jurídicos locales, las Embajadas de los Estados Unidos y muchos organismos del Gobierno de los Estados Unidos para identificar las posibles cuestiones de riesgo de carácter que sean motivo de preocupación.

La ley exige que la OPIC avise al Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) sobre cualquier denuncia de fraude o de representación errónea recibida que sea digna de crédito. Al determinar si existen denuncias dignas de crédito, la OPIC examinará la información que reciba caso por caso y a menudo solicitará más detalles sobre un asunto determinado al solicitante para abordar las circunstancias atenuantes y las medidas correctivas que se deben tomar.

La OPIC es un organismo del Gobierno de los Estados Unidos que, según la disposición de la ley, está "...sujeta a la orientación del Secretario de Estado de los Estados Unidos en materia de política exterior". El Departamento de Estado (DOS) u otro organismo del Gobierno de los Estados Unidos (por ejemplo, el organismo nacional de inteligencia) pueden desaconsejarle a la OPIC que apoye un proyecto particular por causa de un grave problema de riesgo de carácter, como cuando una parte del proyecto (o un funcionario, director o accionista de una parte de un proyecto) tiene vínculos con el terrorismo, participa en lavado de dinero o, de alguna otra forma, ha participado en actividades corruptas, fraudulentas o poco éticas. En ese caso, es posible que la OPIC no esté en condiciones de dar una explicación a la parte del proyecto o ni siquiera al patrocinador o al inversionista de los Estados Unidos. La OPIC no asumirá ninguna responsabilidad por reclamaciones de pérdida o daño como resultado de una decisión de no seguir adelante respaldada por un informe o una orientación recibida de otro organismo del Gobierno de los Estados Unidos, ya sea que ese organismo pueda o no pueda proporcionar información sobre su decisión.

2. **Certificación del cumplimiento de las leyes de prácticas corruptas exigida por la OPIC**

Todos los programas de apoyo de la OPIC exigen que ciertas partes que realizan proyectos presenten varias clases de certificación del cumplimiento de la FCPA y otras leyes aplicables sobre prácticas corruptas. Estas disposiciones y clases de certificación se encuentran en las solicitudes y los documentos de los proyectos de la OPIC y, en general, son similares, pero adaptadas a las actas de cierre empleadas por cada programa de la OPIC. Como se señaló antes, se exige que determinadas partes de la OPIC certifiquen que han leído y distribuido este Manual. A continuación se presenta una breve discusión de las otras clases de certificación exigidas. Se insta encarecidamente a los solicitantes a que examinen estas (y todas las demás) clases de certificación en detalle con su asesor jurídico antes de firmar los documentos.

A. **Informes de declaración de los patrocinadores**

Los informes de declaración de los patrocinadores (*Sponsor Disclosure Reports*, SDR) se exigen en todos los casos en que la OPIC presta apoyo financiero como parte de su proceso inicial de diligencia debida. Durante el proceso de solicitud de préstamos directos, garantías de préstamos y fondos de inversión de la OPIC, los patrocinadores de proyectos, los socios generales de los fondos de inversiones y otros participantes en los proyectos y fondos importantes deben presentar los SDR como complemento de la información suministrada por medio de la solicitud de financiamiento.

El SDR es un documento básico para acopiar información, entre otras cosas, sobre los participantes en proyectos o fondos; el posible efecto de un proyecto o un fondo en la economía y el empleo en los Estados Unidos; los antecedentes de los dueños y funcionarios de la empresa patrocinadora de un proyecto primario; y el cumplimiento de la FCPA y otras leyes similares contra la corrupción. El SDR también incorpora los formularios de los informes obligatorios de declaración contra el ejercicio del cabildeo y el consentimiento exigido para que la OPIC realice auditorías tributarias y verificaciones de crédito durante el proceso de examen correspondiente.

Los informes de declaración de los patrocinadores son formularios del Gobierno de los Estados Unidos que la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) debe examinar y aprobar periódicamente. Los patrocinadores y prestatarios de la OPIC deben saber que esta última puede revisar periódicamente los SDR para asegurarse de que reflejen las mejores prácticas. ***Los patrocinadores deben tener presente que cualquier representación errónea u omisión de información pertinente puede dar lugar a un enjuiciamiento penal de conformidad con el Título 22, Sección 2197 n), del Código de los Estados Unidos, así como a la terminación de un compromiso o a la declaración de incumplimiento de las condiciones del préstamo.***

El SDR de la OPIC tiene una página dedicada solamente a “Certificación del cumplimiento de las leyes de prácticas corruptas”. Contiene una certificación de que los patrocinadores del proyecto han establecido las prácticas internas necesarias de administración y contabilidad para asegurar el cumplimiento de todas las leyes aplicables contra la corrupción. El SDR también exige que los patrocinadores del proyecto informen sobre cualquier investigación y condena relacionadas con la FCPA y otra ley de prácticas corruptas y certifiquen que el proyecto se realizará en cumplimiento de las leyes aplicables sobre prácticas corruptas.

B. Documentación sobre compromisos financieros y préstamos

También se necesita certificación relacionada con las leyes de prácticas corruptas en las cartas de compromiso y los documentos de préstamo de la OPIC. (En esos documentos se citan las diversas clases de certificación también como “Representaciones”, “Garantías” o “Pactos”). Por ejemplo, el formulario normal de la carta de compromiso para el programa de garantía de préstamos de la OPIC exige que los patrocinadores, la empresa participante en el proyecto y sus respectivos funcionarios, directores, empleados y agentes declaren que dicha empresa realiza sus operaciones en cumplimiento de todas las leyes aplicables sobre prácticas corruptas. También se incluirá una certificación similar en los acuerdos de financiamiento y préstamo de la OPIC. Esta última también exige acceso irrestricto a los documentos necesarios para la investigación de denuncias de fraude o corrupción y disponibilidad de empleados y agentes para responder a cualquier pregunta.

Los patrocinadores deben tener en cuenta que la certificación en los compromisos y los documentos de préstamo presentada a la OPIC en relación con las leyes de prácticas corruptas y otras leyes pertinentes se mantendrá archivada durante el período de vigencia del préstamo de la OPIC. Cualquier representación o garantía hecha en cualquier documento de financiamiento que sea incorrecta puede llevar a una declaración de incumplimiento de las condiciones del préstamo. Esto último puede suceder también si el prestatario deja de cumplir con cualquier acuerdo o convenio en un documento de financiamiento, incluso si deja de mantener controles internos adecuados para impedir una violación de la FCPA o de cualesquiera otras leyes de prácticas corruptas. Se insta encarecidamente a los patrocinadores y prestatarios a que examinen con cuidado todas las clases de certificación exigidas para que las entiendan a cabalidad antes de firmar los documentos de la OPIC.

C. Solicitudes y contratos de seguro

Aunque los SDR no se usan en el programa de seguro de la OPIC, las solicitudes de seguro de riesgo político contienen varias explicaciones similares para los inversionistas en las que se aborda el cumplimiento de la FCPA y otras leyes contra la corrupción. Además, se pide al inversionista (parte asegurada) que

certifique que el proyecto se ha establecido de conformidad con todas las leyes aplicables sobre prácticas corruptas.

En virtud de la Sección 237(I) de la Ley de asistencia exterior de 1961, en su forma enmendada, se prohíbe que la OPIC pague indemnización por una reclamación de seguro en casos en que la causa preponderante del incidente cubierto por el seguro sea una infracción de la FPCA o de cualquier otra ley aplicable sobre prácticas corruptas. Todos los contratos de seguro de la OPIC contienen esta prohibición.

3. Políticas y procedimientos generales de la OPIC contra la corrupción

- a) La OPIC exige a todas las empresas participantes en proyectos que establezcan un programa de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción, que sea satisfactorio para la OPIC. Para orientación preliminar sobre la forma de establecer un programa eficaz, véase más adelante la sección titulada *Establecimiento de un programa de cumplimiento eficaz*.
- b) Si la organización recibe *denuncias* de que una empresa, una entidad o una persona que reciba apoyo de la OPIC en materia de financiamiento o seguro, o de que cualquier afiliado, funcionario, empleado o accionista con una participación superior a diez por ciento (10%) de esa empresa, entidad o persona ha cometido un acto de fraude o corrupción como parte de un proyecto de la OPIC, esta última puede solicitar una explicación de las denuncias a la parte correspondiente. Si la OPIC determina que las denuncias son “*dignas de crédito*”,¹ remitirá el asunto al DOJ y a cualquier otra autoridad apropiada de aplicación de la ley. Además, puede hacer lo siguiente:
 - i) examinar el programa de cumplimiento de las leyes contra la corrupción establecido por la empresa y solicitar un plan de medidas correctivas por escrito y
 - ii) si no se toman medidas correctivas razonables dentro de un período que la OPIC considere prudencial, tomar la decisión de suspender o cancelar y acelerar la amortización de un contrato de préstamo o de seguro o una parte del préstamo;
 - iii) decidir abstenerse de proporcionar apoyo para cualquier propuesta pendiente o futura presentada por la misma parte;
 - iv) solicitar que la empresa participante en el proyecto busque recuperación de cualquier pago corrupto identificado hecho en relación con los proyectos de la OPIC;
 - v) tomar otras medidas que se consideren necesarias en esas circunstancias.

¹ El Asesor Jurídico General de la OPIC determinará si hay pruebas dignas de crédito que exijan tomar cualquiera de las medidas previamente citadas. Esta determinación se documentará en un memorando enviado al Presidente y al Director Ejecutivo de la OPIC, quién adoptará una decisión final sobre las medidas que puede tomar la Organización.

- c) La OPIC se reserva el derecho de dejar de realizar cualquier operación comercial previsible con una persona o entidad *declarada culpable* de una violación de la FCPA con respecto a otro proyecto no apoyado por la OPIC. Ésta se reserva el derecho de dejar de realizar cualquier operación comercial previsible con una persona o entidad declarada culpable de una infracción de cualquier ley local contra la corrupción. Esta prohibición se aplicaría a los funcionarios, afiliados y accionistas con una participación superior a diez por ciento (10%) de una entidad declarada culpable.

En caso de una condena impuesta según las disposiciones de la FCPA, la OPIC también debe seguir los procedimientos estipulados en sus reglamentos relacionados con la FCPA (véase el Título 22, Parte 709, del Código del Reglamento Federal). Estos procedimientos exigen que el Asesor Jurídico General confirme la condena y que esta última se impuso por una ofensa relacionada con un proyecto apoyado por la OPIC. Después de dar a la parte declarada culpable la oportunidad de hacer comentarios, la OPIC debe determinar si convendría imponer una suspensión en esas circunstancias y en pro de la seguridad nacional. Esa suspensión evitaría que la persona o entidad declarada culpable recibiera cualquier apoyo complementario.

- d) La OPIC se reserva el derecho de dejar de realizar cualquier operación comercial previsible con una persona o entidad que figure en la lista de instituciones descalificadas mantenida por cualquier institución financiera internacional, incluso por el Banco Mundial. Esta prohibición también se aplica a los funcionarios, afiliados y accionistas con participación superior a diez por ciento (10%) de una entidad declarada culpable.

El Presidente y el Director Ejecutivo de la OPIC examinarán los asuntos cubiertos por los párrafos b) y c) *supra* y, según el estudio de un informe del Asesor Jurídico General de la OPIC, en el que se señalarán las circunstancias atenuantes y se incluirá una discusión de cualquier actividad correctiva, tomarán una determinación referente a la descalificación. En lo que respecta a la preparación de este informe sobre una empresa declarada culpable, la OPIC se reserva el derecho de examinar el plan de medidas correctivas propuesto por la empresa y su programa general de cumplimiento de las medidas contra la corrupción.

- e) La OPIC puede declarar un caso de incumplimiento y acelerar la amortización de un préstamo si se declara culpable al prestatario de conformidad con la FCPA u otras leyes aplicables sobre prácticas corruptas en relación con el proyecto. También puede cancelar cualquier seguro expedido a un inversionista admisible si hay una condena ya sea de dicho inversionista o de la empresa extranjera en relación con el proyecto.
- f) La OPIC analizará las pruebas aceptables, tales como la opinión de un asesor jurídico local (exigida en relación con la mayoría de los procedimientos de cierre de transacciones financieras de la OPIC), que identifique cualquier infracción de

las leyes locales contra la corrupción (condena por esa causa) de las empresas participantes en el proyecto o de sus principales funcionarios, directores y accionistas.

- g) La OPIC ha publicado un reglamento que prescribe el procedimiento en virtud del cual se puede suspender el derecho de las personas y empresas a recibir servicios del OPIC por un período máximo de cinco (5) años por causa de una condena por violación de la FCPA en relación con un proyecto de la OPIC. El procedimiento estipula que el Asesor Jurídico General examinará ese asunto y presentará un informe al Presidente de la OPIC, quien tomará la determinación sobre la suspensión después de analizar cualquier circunstancia atenuante o prueba que pueda presentar la empresa objeto de examen.

LÍNEA TELEFÓNICA DIRECTA DE LA OPIC PARA DENUNCIAR LA CORRUPCIÓN [202-312-2153]

La OPIC tiene una línea telefónica directa (en adelante, línea directa) para la denuncia de presuntos actos de corrupción y fraude relacionados con los proyectos que apoya. Las partes de los proyectos también pueden usar la línea directa para comunicarse con el Jefe de Cumplimiento, quien responderá a preguntas relacionadas con su campo de competencia. Para más información sobre la línea directa, el público puede consultar el sitio web de la OPIC: www.opic.gov.

INICIATIVA PARA LA TRANSPARENCIA DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS (EITI)

La OPIC respalda decididamente los principios de la Iniciativa para la transparencia de las industrias extractivas (EITI, por sus siglas en inglés) y anima a sus clientes que realizan proyectos en esas industrias a que accedan a poner en práctica las directrices de la misma. Para más información sobre la EITI puede consultarse su sitio web: www.eitransparency.org.

La EITI apoya una mejor gobernanza en los países con abundancia de recursos mediante la publicación y verificación de todos los pagos hechos por las empresas y de los ingresos fiscales provenientes de la explotación de petróleo, gas y minerales. Es una iniciativa en la que participan muchos interesados directos, con asociados de varios gobiernos, organizaciones internacionales, empresas, ONG, inversionistas y organizaciones comerciales e industriales. Los asociados de todos esos grupos accedieron a hacer una “Declaración de principios y medidas acordadas”, acompañada de declaraciones de apoyo. Más de 20 países se han comprometido a cumplir con los principios y criterios de la EITI desde la conferencia celebrada en Lancaster House en 2003. Algunos países solo ahora comienzan a lanzar el proceso, en tanto que otros tienen datos publicados sobre ingresos y pagos.

Como se señala en el sitio web de la EITI: “Los principales beneficiarios de la Iniciativa son los gobiernos y ciudadanos de los países con abundancia de recursos. Saber lo que

reciben los gobiernos, y lo que pagan las empresas, es un primer paso de importancia crítica para lograr que las instancias decisorias rindan cuentas por el uso de estos ingresos. Los países ricos en recursos que ejecutan la Iniciativa se pueden beneficiar gracias a un mejor clima de inversión, al enviar una señal clara a los inversionistas y a las instituciones financieras internacionales de que sus gobiernos están decididos a fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas con respecto a los ingresos provenientes de la explotación de sus recursos naturales. Mediante su apoyo a la Iniciativa en los países donde operan, las empresas y los inversionistas pueden ayudar a mitigar el riesgo de inversión, ya que la corrupción crea inestabilidad política y, a su vez, pone en peligro inversiones que a menudo hacen uso intensivo de capital y se realizan a largo plazo. La sociedad civil también puede beneficiarse con un mayor volumen de información pública acerca de los ingresos que los gobiernos administran en nombre de sus ciudadanos, lo cual redundará en un aumento de la rendición de cuentas y la transparencia. En resumen, la puesta en marcha de la Iniciativa como parte de un programa para mejorar la gobernanza contribuirá a asegurar que los ingresos provenientes de la explotación de petróleo, gas y minerales ayuden al desarrollo sostenible y a la reducción de la pobreza”.

Dado el potencial para la participación en la EITI con el fin de reducir los riesgos que acarrea la corrupción, la OPIC estudiará la participación en la EITI de las empresas que realicen proyectos, al establecer las tarifas de los seguros y las comisiones del financiamiento y al determinar si debe proceder a realizar un proyecto. El Anexo A contiene una copia de los principios y criterios de la EITI.

LA FUNCIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Las prácticas que alguna vez se consideraron parte inevitable de las operaciones comerciales en muchas partes del mundo son cada vez más inaceptables. Las leyes nacionales y las convenciones internacionales más estrictas, como la Convención de la OCDE contra el Soborno, aprobada en 1999, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se ratificará en breve, han obligado a las empresas a establecer nuevas políticas contra el soborno o a examinar las vigentes. Los escándalos empresariales de los últimos años, ampliamente conocidos, han hecho que las empresas estén cada vez más conscientes de que las prácticas corruptas acarrearán graves y costosos riesgos para su reputación y sostenibilidad. La comprensión de esos riesgos, junto con una creciente expectativa del público en cuanto a rendición de cuentas y probidad en el sector empresarial, ha ejercido mayor presión en las empresas para establecer prácticas comerciales más éticas y cumplir con ellas.

La OPIC respalda decididamente los principios de administración empresarial (principios empresariales) establecidos por Transparency International y publicados en junio de 2003. Los principios empresariales son el producto de una actividad conjunta de varias empresas, instituciones académicas, sindicatos y organismos no gubernamentales. Ofrecen un modelo para las empresas que trabajan por adoptar un amplio programa de represión del soborno. La OPIC anima a las empresas a emplear los principios

empresariales como punto de partida para establecer sus propios programas de represión del soborno o como punto de referencia para los vigentes.

La clave de los principios básicos está en un compromiso adquirido por la empresa para ejecutar un programa eficaz de cumplimiento de las medidas de represión del soborno. La OPIC espera que los patrocinadores e inversionistas conciban y ejecuten un programa de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción que se adapte al tamaño de su entidad y a la singularidad de sus actividades comerciales.

ESTABLECIMIENTO DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EFICAZ

Como se señaló antes, la OPIC exige que todas las empresas participantes en proyectos establezcan programas eficaces de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción, que sean satisfactorios para la Corporación. Con respecto a cualquier transacción, la OPIC puede examinar el programa de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción que tenga la empresa. Un programa eficaz de esa clase es aquel que, en definitiva, produce los resultados previstos: educación, detección y disuasión. Para ser eficaz, un programa de cumplimiento debe recibir el apoyo de la alta administración y aplicarse en todos los escalafones de la organización.

La OPIC anima a los clientes que necesiten asistencia para establecer un programa de cumplimiento eficaz a que examinen toda la gama de instrumentos de Transparency International, entre ellos un “juego de herramientas” de amplio alcance, que ofrece más información general y práctica a quienes deseen instituir un programa de cumplimiento o examinar sus propios procesos de lucha contra la corrupción. El juego de herramientas proporciona orientación para ayudar a las empresas grandes, medianas y pequeñas a diseñar un programa de cumplimiento de las medidas de represión del soborno de una forma armonizada con la singularidad de la cultura, el perfil de riesgo y los mecanismos existentes de la empresa y ofrece ejemplos útiles de programas de cumplimiento en tres empresas manufactureras pequeñas y medianas y en tres empresas grandes.

Se reconoce oficialmente que las actividades particulares de cumplimiento que se necesitan deben ser diferentes, según el tamaño de la empresa interesada. Las empresas más pequeñas pueden satisfacer las expectativas con programas de cumplimiento menos extensos, siempre y cuando esos programas se hayan diseñado para lograr eficacia en las circunstancias determinadas de las empresas interesadas. De conformidad con ello, el grado de formalidad exigido a un programa para prevenir y descubrir cualquier infracción de la ley variará según el tamaño de la organización. Típicamente, cuanto mayor sea la organización, mayor deberá ser el grado de formalidad del programa.

Las políticas y directrices específicas incorporadas a un programa de cumplimiento variarán de una empresa a otra, según diversos factores, tales como los riesgos geográficos e industriales, y la estructura y la cultura empresariales. Sin embargo, los elementos básicos de las directrices eficaces para el cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción se mantienen constantes. Entre ellos cabe citar los siguientes:

- Una breve declaración sobre política hecha por la alta administración.
- Una declaración del alcance de las directrices (es decir, las partes cubiertas).
- Designación de las personas responsables.
- Visión general de las leyes contra la corrupción aplicables, incluso de la FCPA.
- Directrices sobre asuntos específicos, tales como regalos, entretenimiento y gastos de promoción; gastos de viaje y otros afines; contribuciones a actividades políticas y de beneficencia.
- Discusión sobre la forma de facilitar los pagos y de resolver los conflictos de interés.
- Orientación sobre los avisos de alerta de los que se debe estar pendiente.
- Procedimientos de diligencia debida y visión general de los instrumentos de evaluación de riesgos.
- Política en materia de salvaguardias.
- Procedimientos para vigilar las relaciones con terceros.
- Disposición sobre los requisitos de mantenimiento de libros y asientos contables.
- Mecanismos para denunciar posibles infracciones y responder a los problemas surgidos.

Un programa eficaz de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción ayudará a las empresas a protegerse con antelación contra las infracciones de la FCPA. Las pautas federales de sentencia para organizaciones publicadas por la Comisión Federal de Sentencias de los Estados Unidos, aplicables a las infracciones penales de todas las leyes federales, tales como la FCPA, exigen que los tribunales federales que impongan sanciones penales tengan en cuenta la existencia o la falta de programas empresariales de cumplimiento que sean eficaces. La existencia de un programa eficaz de esa índole puede llevar a reducir en forma apreciable la sentencia impuesta a una empresa, en tanto que la falta de dicho programa puede agravarla.

TRABAJO DE LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

La OCDE agrupa a 30 países miembros que comparten un compromiso con el gobierno democrático y la economía de mercado. Tiene alcance mundial en virtud de sus relaciones activas con otros 70 países y ONG. Aunque se le conoce más por sus publicaciones y estadísticas, su trabajo cubre asuntos económicos y sociales. Desempeña una función destacada en la lucha contra la corrupción mundial y el fomento de la buena gobernanza y la responsabilidad empresarial.

Las empresas multinacionales que invierten en los países caracterizados por un gobierno débil o inexistente necesitan tener particular cuidado al manejar la gama de riesgos y dilemas de ética que no se enfrentan habitualmente en los países con arreglos de gobernanza más sólidos. Alrededor de 900 millones de personas, o sea cerca del 15% de la población mundial, viven en las llamadas zonas de “gobernanza débil”, particularmente en África subsahariana, donde los gobiernos no están dispuestos o no son

capaces de asumir sus responsabilidades en relación con la administración pública y la protección de los derechos humanos.

En 2006, la OCDE diseñó un instrumento de sensibilización al riesgo para ayudar a las empresas a pensar en los riesgos y dilemas que pueden encarar en esas zonas y en la forma de responder a los mismos. Dicho instrumento se creó como parte del trabajo del Comité de Inversión de la OCDE, que agrupa a los 30 países de esa Organización y a varios participantes externos. También responde a una solicitud hecha por los participantes en la reunión de cumbre del Grupo de los Ocho (G8) celebrada en Gleneagles en 2005, que solicitaron “la orientación de la OCDE para las empresas que funcionan en zonas de gobernanza débil”.

Uno de los principales instrumentos del Comité de Inversión de la OCDE son las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales (en adelante, las directrices), un código de conducta para las empresas internacionales, respaldado por el Gobierno, empleado como patrón de la conducta empresarial responsable, incluso en los países en desarrollo. El instrumento de sensibilización al riesgo, compatible con los objetivos y principios de las directrices que son de cumplimiento voluntario más que obligatorio, no es prescriptivo, pero presenta una serie de preguntas que deben analizar las empresas en lo referente a 1) obedecer la ley y observar los instrumentos internacionales, 2) intensificar el cuidado en la gestión de las inversiones, 3) conocer a los socios empresariales y a los clientes, 4) tratar con funcionarios del sector público, y 5) denunciar cualquier acto contrario a la ley.

El instrumento de sensibilización al riesgo se ha beneficiado de los aportes de las empresas, los sindicatos y los representantes de la sociedad civil tanto de los países y economías de la OCDE como de los no pertenecientes a ella. También hace uso del trabajo de otros órganos de la OCDE, notablemente en los campos de gobernanza pública, lucha contra la corrupción y asistencia para la prevención de conflictos en zonas en desarrollo. En la próxima fase, las empresas y los interesados directos trabajarán con la OCDE para buscar fuentes que tengan experiencia práctica en hacer frente a los desafíos que aborda.

La OPIC insta a todos los inversionistas extranjeros a emplear sus directrices y su instrumento de sensibilización al riesgo como ayuda para la adopción de las mejores prácticas.

CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO (FCPA)

Responsabilidad de la OPIC

La OPIC tiene tanto una obligación legal de ayudar a velar por el cumplimiento de la FCPA como un compromiso anticipado de cumplir con esa responsabilidad. Trabaja con el DOJ para prevenir problemas de cumplimiento y denunciar infracciones. A usted, como posible beneficiario del apoyo de la OPIC, se le pedirá, por medio del informe de

declaración de los patrocinadores (SDR), la solicitud de seguro, el préstamo o el acuerdo financiero, que demuestre que su empresa no ha cometido ninguna infracción de la FCPA ni de las leyes extranjeras contra la corrupción.

Los estatutos de la OPIC también estipulan que no se hará ningún pago con arreglo a sus contratos de seguro o reaseguro por una pérdida relacionada con un proyecto si la causa preponderante de la pérdida se debió a un acto cometido por un inversionista, un dueño mayoritario de un inversionista, un agente de un inversionista o una autoridad de control que constituya una infracción de la FCPA. Esa determinación puede hacerse solamente en una sentencia definitiva impuesta por un tribunal de justicia. Los acuerdos de financiamiento y préstamo de la OPIC también ofrecen medidas correctivas y formas de protección apropiadas para el organismo.

Medidas de prevención tomadas por las empresas

Desde 1977, la ley de los Estados Unidos ha prohibido hacer ofertas, promesas o pagos a funcionarios públicos, partidos, funcionarios políticos y candidatos a cargos públicos extranjeros para realizar negocios. Una empresa o una persona que infrinja la FCPA o las leyes contra la corrupción recientemente promulgadas de otros países puede estar sujeta a acusaciones penales y multas elevadas. Las empresas que se encuentren en esa situación también pueden sufrir pérdida del financiamiento y de los seguros ofrecidos por instituciones nacionales e internacionales y descalificación para la adjudicación de contratos públicos. Los infractores de la FCPA también pueden sufrir grave perjuicio de su reputación y su capacidad para competir en negocios internacionales.

El siguiente resumen de las principales disposiciones de la FCPA se presenta con la intención de ayudarle a asegurarse de que su empresa cumpla con la FCPA. El establecimiento de un amplio programa de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción como parte de la práctica normal de las operaciones comerciales de su empresa y de sus subsidiarias extranjeras puede limitar el riesgo para su empresa y ayudar a evitar posibles costos. Una estrategia de cumplimiento de las medidas de lucha contra la corrupción también puede ayudar a proteger la reputación de su empresa, reducir al mínimo su obligación legal dentro del marco de la FCPA y mantener su viabilidad a largo plazo.

La siguiente información se ofrece con el fin de dar una descripción general de la FCPA y no de sustituir los consejos de un asesor jurídico particular sobre asuntos específicos relacionados con la FCPA. Además, esta información no tiene por fin exponer las intenciones vigentes de acción coercitiva del DOJ, la Comisión de Valores y Bolsas (SEC) de los EE.UU. o cualquier otro organismo del Gobierno de los Estados Unidos con respecto a situaciones relacionadas con hechos particulares.

Denuncia de la corrupción

En muchas partes del mundo, las empresas se han vuelto más previsivas al solicitar a sus respectivos gobiernos nacionales y anfitriones que les ayuden en su empeño de crear, por medio de canales diplomáticos, mecanismos para erradicar la corrupción generalizada.

Si usted o su empresa ha encontrado prácticas corruptas en un país en particular o ha quedado en una situación particularmente desventajosa por un acto de soborno cometido por otro competidor o por otra entidad comercial extranjera, o si un funcionario extranjero le pide un soborno, debe informar de ello a la sección o al funcionario encargado de los asuntos económicos o comerciales en la Embajada o el Consulado de los Estados Unidos en la localidad.

Usted también puede presentar esa información a la OPIC por medio de una llamada a su línea directa ordinaria o de la establecida para casos de soborno, mantenida por la Administración del Comercio Internacional del Departamento de Comercio (en adelante, Comercio) de los Estados Unidos, al teléfono (202) 482-3723, o por Internet, en www.tcc.mac.doc.gov .

Cualquier pregunta relacionada con la FCPA puede dirigirse a la Sección de Fraude del DOJ por el teléfono (202) 514-7023 o por correo electrónico a FCPA.Fraud@usdoj.gov .

Además se ofrece orientación general a los exportadores de los Estados Unidos sobre sucesos internacionales referentes a la FCPA o a la Convención de la OCDE contra el Soborno por medio de la Oficina del Asesor Jurídico Principal para el Comercio Internacional, Departamento de Comercio, en el teléfono (202) 482-0937 o en el sitio web: www.osec.doc.gov/ogc/occic/tabi.html .

Responsabilidad con respecto al cumplimiento de la FCPA

La Ley de Comercio de 1988 ordenó que el Fiscal General proporcionara orientación sobre la política en materia de acción coercitiva del DOJ con respecto a la FCPA a los posibles exportadores y pequeñas empresas que no pudieran obtener asesoramiento jurídico especializado en cuestiones relacionadas con la FCPA. La orientación se limita a respuestas a las solicitudes hechas con arreglo al procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del DOJ y a explicaciones generales sobre responsabilidades con respecto al cumplimiento y posibles obligaciones legales dentro del marco de la FCPA. La siguiente información constituye la explicación general de la FCPA dada por el DOJ.

Las empresas estadounidenses que busquen realizar operaciones comerciales en mercados extranjeros deben conocer la FCPA. En general, esa Ley prohíbe los pagos corruptos a funcionarios extranjeros con objeto de obtener o mantener un negocio. El DOJ es el principal organismo de aplicación de la ley y la SEC desempeña una función coordinada. La Oficina del Asesor Jurídico General del Departamento de Comercio también responde a preguntas generales de los exportadores de los EE.UU. sobre los requisitos básicos y las restricciones que impone la FCPA.

Aplicación de la ley

El DOJ tiene la responsabilidad de la aplicación de la ley penal y civil relacionada con las disposiciones contra el soborno en el caso de las instituciones nacionales y las empresas y los ciudadanos extranjeros. La SEC tiene la responsabilidad de la aplicación de la ley civil relacionada con las disposiciones contra el soborno en el caso de los emisores. El Anexo C contiene los resúmenes de las decisiones judiciales contra la corrupción y las acciones coercitivas más recientes adoptadas en los Estados Unidos.

Disposiciones contra el soborno

Prohibiciones básicas

La FCPA determina que es ilícito sobornar a los funcionarios públicos extranjeros para obtener o retener un negocio. Con respecto a la prohibición básica, hay cinco elementos que se deben cumplir para que un acto constituya una infracción de la Ley:

1. Quién. La FCPA puede aplicar el término quién a *cualquier* persona, empresa, funcionario, director, empleado o agente de una empresa o a cualquier accionista que obre en nombre de una empresa.

También se puede castigar a las personas y a las empresas si ordenan, autorizan o ayudan a alguien más a infringir las disposiciones contra el soborno o si conspiran para infringirlas.

En virtud de la FCPA, la jurisdicción de los Estados Unidos sobre los pagos corruptos a funcionarios extranjeros depende de que el infractor sea un emisor, una “empresa nacional” o un ciudadano o negocio extranjero.

Un emisor es una corporación que ha emitido valores registrados en los Estados Unidos o a la cual se exige que presente informes periódicos a la SEC.

“Una empresa nacional” es cualquier persona que sea ciudadana, natural o residente de los Estados Unidos o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad en comandita por acciones, fideicomiso comercial, organización sin personalidad jurídica, o empresa de propiedad individual que tiene su sede comercial en los Estados Unidos, o que está constituida en virtud de las leyes de un estado, territorio, posesión o mancomunidad de los Estados Unidos.

La FCPA puede considerar responsables a los emisores y empresas nacionales de conformidad con los principios *ya sea* de jurisdicción territorial o de nacionalidad. Cuanto se trate de actos realizados dentro del territorio de los Estados Unidos, los emisores y empresas nacionales son responsables si realizan una acción en respaldo de un pago corrupto a un funcionario extranjero mediante el uso de los sistemas de correo de los Estados Unidos u otros medios o instrumentos de comercio interestatal. Tales medios o instrumentos comprenden llamadas

telefónicas, transmisiones por fax, transferencias electrónicas y viajes interestatales o internacionales. Además, se puede responsabilizar a los emisores y a las empresas nacionales de cualquier acto en respaldo de un pago corrupto realizado *fuera* de los Estados Unidos. De este modo, se puede considerar responsable a una empresa o un ciudadano de los Estados Unidos por un pago corrupto autorizado por empleados o agentes que trabajen totalmente fuera de los Estados Unidos, por medio del uso de dinero de cuentas de bancos extranjeros y sin ninguna participación del personal físicamente presente dentro de los Estados Unidos.

Antes de 1998, las empresas extranjeras, con excepción de las que reunían los requisitos de clasificación como “emisores”, y los ciudadanos extranjeros no estaban cubiertos por la FCPA. Las enmiendas de 1998 ampliaron la FCPA para afirmar la jurisdicción territorial sobre las empresas y los ciudadanos extranjeros. Ahora, una empresa o persona extranjera está sujeta a la FCPA si causa, directamente o por medio de agentes, un acto en respaldo de un pago corrupto realizado dentro del territorio de los Estados Unidos. Sin embargo, no hay ningún requisito de que para tal acto se haga uso de los sistemas de correo de los Estados Unidos o de otros medios o instrumentos de comercio interestatal.

Por último, se puede responsabilizar a la casa matriz de las empresas de los Estados Unidos por los actos de las subsidiarias extranjeras cuando hayan autorizado, dirigido o controlado la actividad en cuestión, lo mismo que a los ciudadanos o residentes de los Estados Unidos, que constituyan “empresas nacionales” por sí mismos, que fueron empleados por tales subsidiarias con personalidad jurídica en el exterior o que obraron en nombre de ellas.

2. Intención de cometer un acto corrupto. La persona que haga o autorice el pago debe tener la intención de cometer un acto corrupto y el pago debe hacerse con la intención de inducir al destinatario a abusar de su cargo oficial para dirigir una operación comercial indebidamente hacia el pagador o hacia cualquier otra persona. Obsérvese que la FCPA no exige que se logre la finalidad del acto corrupto con *éxito*. La *oferta o promesa* de un pago corrupto puede constituir una infracción de la ley. La FCPA prohíbe cualquier pago corrupto con la intención de *influir* en cualquier acto o decisión de un funcionario extranjero en el desempeño de sus funciones oficiales para *inducirlo* a realizar o dejar de realizar cualquier acto en violación de su deber legal, *obtener* alguna ventaja indebida o *inducir* a un funcionario extranjero a usar su influencia en forma indebida para incidir o influir en cualquier acto o decisión.
3. Pago. La FCPA prohíbe pagar, ofrecer, prometer pagar (o dar autorización para pagar u ofrecer) dinero o algo de valor.
4. Destinatario. La prohibición se extiende solamente a los pagos corruptos a un *funcionario extranjero, un partido político o un miembro oficial de un partido extranjero, o a un candidato a un cargo político extranjero.* “Funcionario

extranjero” significa un funcionario o empleado de un gobierno extranjero, una organización pública internacional, un departamento u organismo del mismo, o una persona que desempeñe una función oficial.

Se debe considerar la posibilidad de emplear el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia para preguntas específicas en cuanto a la definición de “funcionario extranjero”, por ejemplo, si un miembro de una familia real, un miembro de un órgano legislativo, o un funcionario de una empresa comercial de propiedad del Estado se consideraría “funcionario extranjero”. Además, se debe consultar la lista de organizaciones públicas internacionales amparadas por la FCPA que está disponible en el sitio web de la FCPA del Departamento de Justicia: www.usdoj.gov/criminal/fraud.html .

La FCPA se aplica a pagos a *cualquier* funcionario público, independientemente de su rango o cargo. Se centra en la *finalidad* del pago en lugar de las funciones particulares del funcionario que recibe el pago, la oferta o la promesa de pago, y hay excepciones a la disposición contra el soborno para “facilitar los pagos relacionados con la acción gubernamental ordinaria” (véase lo expuesto a continuación).

4. Prueba de finalidad comercial. La FCPA prohíbe que se hagan pagos para ayudar a la empresa a *obtener o retener un negocio* para cualquier persona o con ella, o a *dirigir un negocio* hacia cualquier persona. El Departamento de Justicia interpreta ampliamente los términos “obtener o retener un negocio”, de tal manera que el término abarca más que la simple concesión o renovación de un contrato. Cabe observar que el negocio que se pretende obtener o retener no necesita realizarse con un gobierno extranjero ni con un instrumento de comunicación de un gobierno extranjero.

Pagos a terceros

La FCPA prohíbe los pagos corruptos por conducto de intermediarios. Es ilícito hacer un pago a terceros, a sabiendas de que la totalidad o una parte del pago irá directa o indirectamente a un funcionario extranjero. *Los términos “a sabiendas” abarcan desacato consciente e ignorancia deliberada.* Los elementos de una ofensa son esencialmente los mismos descritos antes, excepto que en este caso el “destinatario” es el intermediario que hace el pago al “funcionario extranjero” que debe recibirlo.

Los intermediarios pueden incluir socios o agentes de empresas conjuntas. Para evitar la responsabilidad de hacer pagos corruptos a terceros, se insta a las empresas de los Estados Unidos a que procedan con los trámites de diligencia debida y tomen todas las precauciones necesarias para asegurarse de que hayan establecido una relación comercial con socios y representantes idóneos y de buena reputación. El proceso de diligencia debida puede incluir investigaciones sobre posibles representantes extranjeros y socios de empresas conjuntas para determinar si, en realidad, reúnen los requisitos para el cargo, si tienen vínculos personales o profesionales con el gobierno, el número y la reputación de

sus clientes y su reputación ante la Embajada o el Consulado de los Estados Unidos y la banca, los clientes y otros socios comerciales en su localidad.

Además, al negociar una relación comercial, la empresa de los Estados Unidos debe estar consciente de los llamados “avisos de alerta”, es decir, los hábitos de pago o arreglos financieros poco comunes, los antecedentes de corrupción en el país, la negativa del socio o del representante de la empresa conjunta extranjera a presentar una certificación de que no tomará ninguna acción en apoyo de una oferta, promesa o pago ilícito a un funcionario público extranjero y no realizará ningún acto que lleve a la empresa de los Estados Unidos a infringir la FCPA, las comisiones extraordinariamente altas, la falta de transparencia en los gastos y libros de contabilidad, la falta aparente de idoneidad o de recursos por parte del socio o representante de la empresa conjunta para prestar los servicios ofrecidos, y si el socio o el representante de la empresa conjunta ha sido recomendado por un funcionario del posible cliente gubernamental.

Al establecer una empresa conjunta u otra relación contractual con un asociado comercial, empleado o pariente de un funcionario público, los patrocinadores de la OPIC y las empresas participantes en proyectos con ella deben tener particular cuidado. No se debe usar ningún contrato, compra, pedido, arreglo de asesoramiento ni participación en el capital social como recompensa para influir en una decisión favorable de un funcionario público extranjero, inducirlo a tomarla o lograr que se adopte. Estos vehículos tampoco deben emplearse como medios para canalizar los pagos o beneficios a funcionarios públicos extranjeros ni a sus asociados comerciales o parientes.

Usted debe solicitar el consejo de un asesor jurídico y considerar la posibilidad de utilizar el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia para preguntas específicas relacionadas con pagos a terceros.

Pagos permisibles y defensas afirmativas

La FCPA contiene una excepción explícita a la prohibición del soborno con el fin de “facilitar los pagos” para la “acción gubernamental ordinaria” y ofrece defensas afirmativas que pueden usarse contra presuntas infracciones de la FCPA.

Forma de facilitar los pagos para acciones gubernamentales ordinarias

Hay una excepción a la prohibición del soborno relacionado con los pagos para facilitar o agilizar la ejecución de una “acción gubernamental ordinaria”. La ley cita los ejemplos siguientes: obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales; tramitar documentos públicos, tales como visas y permisos de trabajo; conferir protección policial; prestar servicio de recolección y entrega de correo, y servicio telefónico y de suministro de electricidad y agua; cargar y descargar mercancías, o proteger los productos perecederos; y programar inspecciones relacionadas con la ejecución de contratos o el tránsito de artículos a través del país.

Las medidas “similares” a estas últimas también están cubiertas por esta excepción. Si usted tiene alguna pregunta sobre si un pago está amparado por la excepción, debe consultar a un asesor jurídico. También debe considerar la posibilidad de utilizar el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia, que estipula que cualquier empresa o ciudadano de los Estados Unidos puede solicitar una declaración de las intenciones vigentes de acción coercitiva del DOJ, de conformidad con las disposiciones de la FCPA contra el soborno, en lo que respecta a cualquier clase de conducta comercial propuesta. Los detalles del Procedimiento de opinión se encuentran en el Título 28, Parte 80, del Código del Reglamento Federal (CFR). De acuerdo con ese procedimiento, el Fiscal General emitirá una opinión en respuesta a una averiguación específica de una persona o empresa en los treinta (30) días siguientes al recibo de la solicitud.

Una “acción gubernamental ordinaria” no incluye ninguna decisión de un funcionario extranjero de adjudicar un nuevo negocio o de continuar un negocio con una parte determinada.

Defensas afirmativas

Una persona acusada de una infracción de las disposiciones de la FCPA contra el soborno puede afirmar como defensa que el pago fue lícito de conformidad con la ley escrita del país extranjero o que el dinero se gastó como parte de la demostración de un producto o del cumplimiento de una obligación contractual.

Puede ser difícil determinar si un pago fue ilícito en virtud de la ley escrita del país extranjero. Se debe pedir consejo a un asesor jurídico o utilizar el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia cuando tenga que enfrentar un problema referente a la legalidad de dicho pago.

Además, debido a que estas son “defensas afirmativas”, se exige que el acusado muestre, en primer lugar, que el pago se ciñó a estos requisitos. La Fiscalía no tiene la obligación de demostrar, en primer lugar, que los pagos no constituyeron este tipo de pago.

Sanciones de la FCPA contra el soborno

Penales

Se pueden imponer las siguientes sanciones penales por infracción de las disposiciones de la FCPA contra el soborno: las corporaciones y otras entidades comerciales están sujetas a una multa de hasta \$2.000.000; los funcionarios, directores, accionistas, empleados y agentes están sujetos a una multa de hasta \$100.000 y prisión por un período máximo de cinco (5) años. Además, en virtud de la Ley de multas alternativas, estas multas pueden ser, en realidad, bastante altas; la multa real puede ser equivalente, como máximo, al doble del beneficio que el acusado trató de obtener al hacer el pago corrupto. Usted debe saber también que un empleador o un funcionario directivo superior no puede pagar las multas impuestas a particulares.

Civiles

El Fiscal General o la SEC, según corresponda, puede presentar una demanda civil por una multa máxima de \$10.000 en contra de cualquier empresa, *así como* de cualquier funcionario, director, empleado, o agente de una empresa, o accionista que actúe en nombre de la empresa, que infrinja las disposiciones contra el soborno. Además, en una acción coercitiva por parte de la SEC, el tribunal puede imponer una multa complementaria que no exceda de la mayor de las sumas siguientes: (i) la cantidad bruta de la ganancia pecuniaria del demandado como resultado de la infracción, o (ii) un límite especificado en dólares. Los límites especificados en dólares se basan en la gravedad de la infracción y oscilan entre \$5.000 y \$100.000 para una persona natural y entre \$50.000 y \$500.000 para cualquier otra persona.

El Fiscal General o la SEC, según corresponda, también puede iniciar una demanda civil para prohibir cualquier acto o práctica de una empresa cuando parece que la empresa (o un funcionario, director, empleado, agente o accionista que actúe en nombre de la empresa infrinja (o esté próxima a infringir) las disposiciones contra el soborno.

Otra acción gubernamental

Según las pautas expedidas por la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB), se puede prohibir a toda persona o empresa que haya infringido la FCPA a que realice operaciones comerciales con el Gobierno Federal. *Una inculpación formal, de por sí, puede conducir a una suspensión del derecho de realizar operaciones comerciales con el Gobierno.* El Presidente ha ordenado que ningún organismo ejecutivo deberá permitir que una parte participe en una actividad de adquisición o de otra índole si algún organismo ha descalificado, suspendido o excluido, de otra forma, a esa parte de la participación en una actividad de adquisición o de otra índole.

Además, se puede determinar que toda persona o empresa a la que se declare culpable de infringir la FCPA no reúne los requisitos para recibir licencias de exportación; la SEC puede suspender o excluir a las personas de los negocios bursátiles e imponer sanciones civiles a las personas que realicen negocios bursátiles que infrinjan la FCPA; la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos y la OPIC estipulan la posible suspensión o descalificación de los programas de determinados organismos por infracción de la FCPA; y un pago hecho a un funcionario de un gobierno extranjero que sea ilícito de conformidad con la FCPA no puede deducirse como un gasto comercial al amparo de las leyes tributarias. Los estatutos de la OPIC también estipulan que no se puede hacer ningún pago con arreglo a sus contratos de seguro o reaseguro por una pérdida relacionada con un proyecto si la causa preponderante de la pérdida se debió a un acto cometido por un inversionista, un dueño mayoritario de un inversionista, un agente de un inversionista o una autoridad de control y si un tribunal ha impuesto una sentencia definitiva que afirma que el acto constituyó una infracción de la FCPA.

Causa de acción privada

La conducta de infracción de las disposiciones de la FCPA contra el soborno también puede dar lugar a una causa de acción privada por daños triples de conformidad con la Ley de organizaciones corruptas y bajo la influencia del crimen organizado (RICO), o a otras acciones en virtud de otras leyes federales o estatales. Por ejemplo, con arreglo a la RICO, un competidor que alegue que el soborno llevó al acusado a la adjudicación de un contrato en el extranjero podría presentar esa causa de acción.

Orientación por parte del Gobierno

Como se indicó antes, el Departamento de Justicia ha establecido un Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero en virtud del cual cualquier empresa o ciudadano de los Estados Unidos puede solicitar una declaración de las intenciones vigentes de acción coercitiva del Departamento de Justicia en virtud de las disposiciones de la FCPA contra el soborno en lo que concierne a cualquier clase de conducta comercial propuesta. Los detalles del Procedimiento de opinión se pueden encontrar en el Título 28, Parte 80, del Código del Reglamento Federal (CFR). De conformidad con este procedimiento, el Fiscal General emitirá una opinión en respuesta a una averiguación específica de una persona o una empresa en los treinta días (30) siguientes al recibo de la solicitud. (El período de treinta días no comienza a contarse sino hasta que el Departamento de Justicia haya recibido toda la información que requiere para emitir la opinión.) La conducta con respecto a la cual el Departamento de Justicia ha emitido una opinión en la que declara que dicha conducta se ajusta a la política vigente en materia de acción coercitiva estará amparada por el derecho de presunción de conformidad con la FCPA, en cualquier acción coercitiva posterior.

Se pueden obtener ejemplares de los comunicados sobre opiniones previas en el sitio web de la FCPA del Departamento de Justicia: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa.html>

.

Para obtener más información del Departamento de Justicia sobre la FCPA y el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero, comuníquese con Mark Mendelsohn, Subjefe, o Deborah Gramiccioni, Abogada Litigante, Sección de Fraude, División Penal, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, P. O. Box 28188, McPherson Square, Washington, D.C., 20038. Teléfono: (202) 514-7023

Aunque el Departamento de Comercio no ejerce funciones de aplicación de la FCPA, ofrece orientación general a los exportadores de los Estados Unidos que tengan preguntas sobre la FCPA y los sucesos internacionales relacionados con esa Ley. Para obtener más información del Departamento de Comercio sobre la FCPA, comuníquese con Eleanor Roberts Lewis, Asesora Jurídica Principal sobre Comercio Internacional, Kathryn Nickerson, Consejera Jurídica Superior, o Arthur Aronoff, Consejero Jurídico Superior, Oficina del Asesor Jurídico Principal para el Comercio Internacional, Departamento de Comercio de los Estados Unidos, Room 5882, 14th Street and Constitution Avenue, N.W., Washington, D. C. 20230. Tel.: (202) 482-0937.

El material sobre la FCPA aquí incluido se ha tomado en parte de la publicación del Departamento de Estado titulada *Fighting Global Corruption: Business Risk Management* [Lucha contra la corrupción mundial: Gestión del riesgo empresarial].

ANEXO A

Principios y criterios de la Iniciativa para la transparencia de las industrias extractivas (EITI)

1. Compartimos la opinión de que el uso prudente del patrimonio de los recursos naturales debe ser un importante motor para el crecimiento económico sostenible que contribuye al desarrollo sostenible y a la reducción de la pobreza pero, que si no se maneja en la debida forma, puede producir efectos económicos y sociales desfavorables.
2. Afirmamos que la administración del patrimonio de los recursos naturales para beneficio de los ciudadanos está dentro del dominio de los gobiernos soberanos y debe ejercerse en pro de su desarrollo nacional.
3. Reconocemos que los beneficios de la extracción de recursos constituyen corrientes de ingresos durante muchos años y pueden depender mucho de los precios.
4. Reconocemos que, con el transcurso del tiempo, la comprensión de los ingresos y gastos del Estado por parte del público podría ayudar al debate público y ser fuente de información para escoger entre varias posibilidades de desarrollo sostenible que sean apropiadas y se ajusten a la realidad.
5. Subrayamos la importancia de la transparencia de los gobiernos y las empresas en las industrias extractivas y la necesidad de mejorar la gestión financiera y la rendición de cuentas del sector público.
6. Reconocemos que el logro de mayor transparencia debe darse dentro del marco del respeto por los contratos y las leyes.
7. Reconocemos que la transparencia financiera puede crear un mejor ambiente para la inversión directa nacional y extranjera.
8. Creemos en el principio y la práctica de la rendición de cuentas por el gobierno a todos los ciudadanos para la administración de las corrientes de ingresos y del gasto público.
9. Nos comprometemos a fomentar la adopción de estrictas normas de transparencia y rendición de cuentas en la vida pública, en el funcionamiento del gobierno y en las empresas comerciales.
10. Creemos que se necesita un método ampliamente coherente y práctico de declaración de pagos e ingresos, que sea sencillo de aplicar y emplear.
11. Creemos que la declaración de los pagos de un país determinado debe abarcar a todas las empresas de la industria extractiva que funcionen en ese país.

12. Al buscar soluciones, creemos que todos los interesados directos, incluso los gobiernos y sus dependencias, las empresas de la industria extractiva, las empresas de servicios, las organizaciones multilaterales, las organizaciones financieras, los inversionistas y las organizaciones no gubernamentales, pueden hacer aportes valiosos y pertinentes.

Los criterios de la EITI

1. Publicación regular de todos los pagos materiales por concepto de explotación de petróleo, gas y minerales hechos por las empresas a los gobiernos (en adelante, pagos) y todos los ingresos materiales recibidos por los gobiernos de las empresas de explotación de petróleo, gas y minerales (en adelante, ingresos) a un vasto público de una manera accesible, amplia y comprensible para el mismo.
2. Donde no existan todavía esos sistemas de verificación, los pagos y los ingresos se someten a una auditoría independiente y fidedigna, con aplicación de las normas internacionales de auditoría.
3. Un administrador independiente, se encarga de conciliar los pagos e ingresos con aplicación de las normas internacionales de auditoría y la publicación de su opinión con respecto a la conciliación, incluida cualquier discrepancia, en caso de encontrarse alguna.
4. Este método se amplía a todas las empresas, incluso a las de propiedad del Estado.
5. La sociedad civil participa activamente en el diseño, la vigilancia y la evaluación de este proceso y contribuye al debate público.
6. El gobierno anfitrión prepara un plan de trabajo público con la debida sostenibilidad financiera para todo lo anterior, con asistencia de las instituciones financieras internacionales cuando se necesite, que deberá incluir metas mensurables, un cronograma de ejecución y una evaluación de las posibles limitaciones de la capacidad.

ANEXO B

ENLACES ÚTILES EN LA WEB

1) El sitio web del DOJ sobre la FCPA y otros acuerdos internacionales afines. El sitio contiene información sobre casos recientes en los cuales se tomaron acciones coercitivas.

<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa.html> .

Cualquier pregunta sobre la FCPA puede dirigirse a la Sección de Fraude del Departamento de Justicia de los Estados Unidos por el teléfono (202) 514-7023 o por correo electrónico:

FCPA.Fraud@usdoj.gov .

2) El sitio web de la OCDE contiene información sobre la Convención de la OCDE contra el Soborno, incluso sobre las medidas tomadas por las partes contratantes para su ejecución. Presenta resúmenes de las acciones coercitivas tomadas por cada una de las partes contratantes.

<http://www.oecd.org> .

El instrumento de evaluación de riesgos de la OCDE para los inversionistas se puede descargar del siguiente enlace:

<http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines> .

3) El “juego de herramientas” de Transparency International que proporciona más información general y práctica a quienes deseen adoptar los principios empresariales o examinar sus propios procesos de lucha contra la corrupción.

www.transparency-usa.org/Toolkit2d.html .

4) La línea telefónica directa para denunciar la corrupción mantenida por la Administración del Comercio Internacional del Departamento de Comercio de los Estados Unidos. El teléfono es (202) 482-3723 y el sitio web:

www.tcc.mac.doc.gov .

5) También se ofrece orientación general a los exportadores de los Estados Unidos sobre sucesos internacionales referentes a la FCPA y a la Convención de la OCDE contra el Soborno por medio de la Oficina del Asesor Jurídico Principal para el Comercio Internacional, Departamento de Comercio, en el teléfono (202) 482-0937 o en el sitio web:

www.osec.doc.gov/ogc/occic/tab1.html .

6) El sitio web de la Iniciativa para la transparencia de las industrias extractivas (EITI) es:

www.eitransparency.org .

7) El manual de las pautas federales de sentencia (Federal Sentencing Guidelines Manual) de la Comisión Federal de Sentencias (West Group publica anualmente una versión impresa actualizada) puede consultarse en el sitio web de la Comisión:

www.ussc.gov/guidelin.htm .

8) El sitio web de la OPIC: www.opic.gov .

ANEXO C

VISIÓN GENERAL DE ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES Y ACCIONES COERCITIVAS CONTRA LA CORRUPCIÓN TOMADAS RECIENTEMENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos contra Viktor Kozeny, Frederic Bourke, Jr. Y David Pinkerton.

El 6 de octubre de 2005, un jurado indagatorio en Nueva York inculpó formalmente a Viktor Kozeny, Frederic Bourke, Jr. y David Pinkerton de presunta participación en un extenso plan para sobornar a altos funcionarios públicos en Azerbaiyán para que privatizaran la Empresa Petrolera Estatal de Azerbaiyán (SOCAR) y permitieran que Kozeny, Bourke, Pinkerton y otros compartieran los lucros previstos de esa privatización. En la inculpación formal se acusó a Kozeny de haber hecho, en nombre propio y como agente de Bourke, Pinkerton y otros, de hacer una serie de pagos corruptos y promesas de pago a un alto funcionario del Gobierno de Azerbaiyán, a un alto funcionario de SOCAR y a altos funcionarios del Comité de Bienes del Estado, el organismo encargado de administrar el programa de privatización. A los acusados también se les imputaron delitos relacionados con los anteriores, incluso lavado de dinero. Se arrestó a Kozeny en las Bahamas y, en la actualidad, está pendiente una solicitud de los Estados Unidos para su extradición. Bourke y Pinkerton se entregaron voluntariamente a la Oficina Federal de Investigaciones de los Estados Unidos y han comparecido a la audiencia de instrucción de cargos. Antes de ello, otras tres personas se declararon culpables de haber participado en este plan de soborno.

La Comisión de Valores y Bolsas (SEC) contra Yaw Osei Amoako (Acción civil No. 05-4284, GEB [iniciales del Juez Presidente], Distrito de Nueva Jersey). El 1° de septiembre de 2005, la Comisión de Valores y Bolsas inició una acción civil coercitiva en el Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Nueva Jersey contra Yaw Osei Amoako, ex Director Regional para África de ITXC Corp., en la que se afirma que violó las disposiciones contra el soborno estipuladas en la FCPA, en su forma enmendada, que se codifica como Sección 30A de la Ley sobre bolsas de valores de 1934. En la queja presentada por la Comisión se alega que Amoako sobornó a un alto funcionario de la empresa estatal de teléfonos de Nigeria, conocida como Nigerian Telecommunications Ltd., con el fin de obtener un contrato lucrativo para ITXC. Esta última institución necesitaba el contrato para poder transmitir llamadas telefónicas a particulares y a empresas en Nigeria. Según la queja, Amoako pagó al funcionario de Nitel un total de \$166.541,31 como soborno entre noviembre de 2002 y mayo de 2004, e ITXC tuvo utilidades netas de \$1.136.618 del contrato. En 2004, se realizó la fusión de ITXC con Teleglobe International Holdings Ltd. La Comisión pide que el Tribunal prohíba a Amoako violar la FCPA en el futuro, le exija que desembolse todas las ganancias mal habidas con su mala conducta y le ordene que pague una multa civil en dinero. La investigación de la SEC continúa.

Los Estados Unidos contra Titan Corp. (San Diego, California, 2005). El 1° de marzo de 2005, Titan Corporation, una empresa de inteligencia militar y comunicaciones con sede en San Diego, se declaró culpable de violar las disposiciones de la FCPA contra el

soborno y sobre los libros y asientos contables, y de ayudar a presentar una declaración de renta falsa. Al mismo tiempo, la empresa también resolvió con la SEC un caso relacionado con una acción coercitiva. Titan fue sentenciada a pagar una multa penal de \$13.000.000 y a cumplir un período de libertad condicional de tres años. Se le ordenó que adoptara un programa de estricto cumplimiento de la FCPA. Titan también accedió a pagar \$15,4 millones en el caso civil paralelo presentado por la SEC. En su conjunto, las multas civiles y penales impuestas, que ascienden a \$28 millones, constituyen la máxima multa cobrada a una empresa pública por violación de la FCPA.

Las acusaciones provienen de un pago corrupto de más de \$2 millones hecho por Titan para la elección del entonces Presidente titular de Benin y de alegaciones de que esos fondos se emplearon para reembolsar a un agente de Titan por la compra de camisetas adornadas con la imagen del Presidente e instrucciones para votar por él en las futuras elecciones. Según la queja, Titan hizo esos pagos para ayudar a la empresa a establecer un proyecto de telecomunicaciones en Benin y obtener el consentimiento del Gobierno de Benin para aumentar el porcentaje de la comisión de gestión que cobraría Titan por ese proyecto.

Micrus Corporation. El 28 de febrero de 2005, Micrus Corporation, una empresa que no cotiza en la bolsa, con sede en Sunnyvale, California, y su subsidiaria suiza Micrus S.A. suscribieron un acuerdo de enjuiciamiento diferido por dos años con el DOJ, en el cual Micrus y su subsidiaria reconocieron haber pagado más de \$105.000 a varios médicos empleados en hospitales de propiedad del Estado y administrados por el mismo en la República Francesa, la República de Turquía, el Reino de España y la República Federal de Alemania a cambio de que el hospital comprara varios equipos médicos de Micrus; se comprometieron a pagar \$450.000 de multas; accedieron a poner en práctica un riguroso programa de cumplimiento, con la contratación de un supervisor por un período de tres años; y accedieron a cooperar plenamente en la investigación realizada por el DOJ.

Los Estados Unidos contra Monsanto Co. (Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 2005). El 6 de enero de 2005, Monsanto Company suscribió un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el DOJ, en el cual se comprometió a pagar una multa de \$1.000.000 y reconoció que había cometido varias infracciones de la FCPA relacionadas con un pago a un funcionario de Indonesia para inducirlo (sin éxito) a anular un reglamento sobre el medio ambiente, y con un registro falso de esa transacción en los libros y asientos contables. De conformidad con el acuerdo, el Gobierno buscará la anulación de los cargos en tres años, siempre y cuando la empresa ponga en práctica un estricto programa de cumplimiento y siga cooperando con la investigación del Gobierno. Para efectos del cumplimiento de sus obligaciones, Monsanto también accedió a contratar a un supervisor independiente especializado en ese campo. La SEC presentó otras quejas y órdenes relacionadas con el caso, que resolvió al mismo tiempo.

La SEC alegó que por lo menos desde junio de 2002 hasta junio de 2004, varios empleados, agentes de venta y distribuidores de InVision realizaron varias transacciones para vender máquinas detectoras de explosivos a algunos aeropuertos de China, las

Filipinas y Tailandia. Según la Comisión, en cada una de esas transacciones, InVision estaba consciente del alto grado de probabilidad de que sus agentes de venta o distribuidores extranjeros hubieran hecho u ofrecido hacer pagos indebidos a funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o retener negocios para la empresa. A pesar de ello, InVision permitió que los agentes o distribuidores siguieran actuando en nombre de la empresa, en violación de la FCPA. Además, la SEC alegó que, desde 1997 hasta 2002, Monsanto registró erróneamente, o dejó de registrar, en sus libros y asientos contables unos \$700.000 de pagos ilícitos o cuestionables hechos a por lo menos 140 funcionarios públicos de Indonesia, antiguos o en servicio activo, y a sus familiares.

InVision Technologies, Inc. El 6 de diciembre de 2004, InVision Technologies, Inc., una empresa de los Estados Unidos, suscribió un acuerdo de enjuiciamiento diferido por dos años con el DOJ, en el cual reconoció que había infringido la FCPA en Tailandia, China y las Filipinas; se comprometió a pagar \$800.000 de multa; accedió a poner en práctica un riguroso programa de cumplimiento, con la contratación de un supervisor; y accedió a cooperar plenamente en las investigaciones paralelas en curso del DOJ y de la SEC. General Electric Company, que adquirió a InVision después del acto de conducta penal, accedió a velar por que esta última cumpliera con las obligaciones impuestas por el acuerdo correspondiente y a instituir programas de cumplimiento de la FCPA dentro de la nueva empresa InVision de su propiedad. General Electric e InVision realizaron una investigación interna de posibles infracciones de la FCPA descubiertas durante el proceso de diligencia debida realizado para efectos de la adquisición y revelaron voluntariamente los resultados al DOJ y a la SEC. La SEC presentó las quejas y órdenes del caso.

La Comisión de Valores y Bolsas contra Schering-Plough Corporation (Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 2004). El 16 de junio de 2004, un tribunal federal de Washington, D.C. dictó una sentencia definitiva contra Schering-Plough, una compañía farmacéutica, en la cual la obliga a pagar una multa civil de \$500.000 por violar las disposiciones de la FCPA sobre los libros y asientos contables y los controles internos. Además, como resultado de esas violaciones, la SEC ordenó que la compañía nombrara un consultor independiente para examinar sus controles internos. Tanto la sentencia definitiva del Tribunal como la orden de la Comisión fueron el resultado de un arreglo con la empresa en el cual ninguna de las partes reconoció ni negó las alegaciones. En la queja de la Comisión se alega que entre febrero de 1999 y marzo de 2002 una de las subsidiarias extranjeras de Schering-Plough, Schering-Plough Polonia, hizo pagos indebidos a una organización de beneficencia llamada Fundación Chudow Castle. La Fundación era dirigida por una persona que era el director del Fondo de Salud de Silesia durante el período de interés. El Fondo de Salud era un órgano del Gobierno de Polonia que, entre otras cosas, proporcionaba dinero para la compra de productos farmacéuticos e influía en la compra de esos productos por parte de otras instituciones, como hospitales, por medio de la asignación de recursos del Fondo de Salud. Según la queja, Schering-Plough Polonia pagó 315.800 zlotys (unos \$76.000) a la Fundación Chudow Castle para inducir al Director a influir en la compra de productos farmacéuticos de Schering-Plough con dinero del Fondo de Salud.

Los Estados Unidos contra David Kay. En diciembre de 2001, un jurado indagatorio de Houston, Texas, inculpó formalmente a David Kay, funcionario de American Rice, Inc., de violar la FCPA con la presunta autorización del pago de sobornos a varios agentes de aduana de Haití. En marzo de 2002, el jurado indagatorio presentó otra inculpación formal supletoria en la que agregó a un segundo acusado, Douglas Murphy, ex funcionario de American Rice, Inc. En abril de 2002, el tribunal federal anuló la inculpación formal por haber determinado que el presunto acto de conducta no se ceñía al requisito de la FCPA de que el pago del soborno debe tener por fin “ayudar a obtener o retener un negocio”. Los Estados Unidos apelaron de esa decisión y, en febrero de 2004, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito reinstauró la inculpación formal de los Estados Unidos contra Kay, 359 F. 3d 738 (Quinto Circuito, 2004). En julio de 2004, los Estados Unidos lograron que se formulara una segunda inculpación formal supletoria, que agregó un cargo de conspiración contra ambos acusados y un cargo de obstrucción de la justicia contra Murphy en razón del presuntamente falso testimonio prestado ante la SEC. El 6 de octubre de 2004, después de un juicio por jurado de dos semanas de duración, se declaró que Kay y Murphy eran culpables de todos los cargos. El 29 de junio de 2005, el Señor David H. Hitner, Juez del Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Texas, sentenció a Douglas Murphy y a David Kay, dos ex funcionarios de American Rice, Inc., a prisión por violar la Ley de prácticas corruptas en el extranjero. Murphy, residente de Texas, fue sentenciado a 63 meses de cárcel, seguidos de tres años de libertad supervisada. Kay, también residente de Texas, fue sentenciado a 37 meses de cárcel, seguidos de dos años de libertad supervisada. Los acusados quedaron en libertad bajo fianza en espera del recurso de apelación correspondiente.

*** El DOJ informa regularmente a la OCDE de las decisiones judiciales y las acciones coercitivas, según lo exige la Convención. Para información sobre los casos más recientes, visite el sitio web de la OCDE.**