

APÉNDICE F **INFORMACIÓN BÁSICA SOBRE LA LEY DE LOS ESTADOS UNIDOS DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO**

Este material apareció como Apéndice A en Fighting Global Corruption: Business Risk Management, un folleto publicado en mayo de 2001 por el Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs del Departamento de Estado de los EE.UU. (El texto completo del folleto está disponible en www.state.gov/g/inl/rls/rpt/fgcrpt/2001.) Para más información acerca de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, ver los sitios web del Departamento de Comercio de los Estados Unidos y del Departamento de Justicia de los Estados Unidos: www.ita.doc.gov/legal; www.usdoj.gov/criminal/fraud.html.

Apéndice A: Ley de prácticas corruptas en el extranjero —Disposiciones Antisoborno (Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Departamento de Comercio de los Estados Unidos)

La información siguiente tiene la intención de proporcionar una descripción general de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA por sus siglas en inglés) y no tiene la intención de sustituir el asesoramiento de un asesor jurídico privado sobre asuntos específicos relacionados con la FCPA. Además, esta información no tiene la intención de exponer las intenciones de aplicación actuales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la Comisión de Valores y Bolsas de los Estados Unidos (SEC por sus siglas en inglés) o cualquier otra agencia del gobierno de los Estados Unidos con respecto a situaciones particulares de hecho.

INTRODUCCIÓN

La Ley Comercial de 1988 ordenó al Procurador General proporcionar orientación en lo que concierne a la política de aplicación del Departamento de Justicia con respecto a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 (“FCPA”), 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq., para exportadores potenciales y empresas pequeñas que son incapaces de obtener asesoramiento especializado sobre asuntos relacionados con la FCPA. La orientación está limitada a respuestas a las solicitudes bajo el Procedimiento de Opinión de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero del Departamento de Justicia (descritas a continuación) y a explicaciones generales de responsabilidades de cumplimiento y responsabilidades potenciales bajo la FCPA. La información siguiente constituye la explicación general del Departamento de Justicia de la FCPA.

Las empresas de los Estados Unidos que buscan hacer negocios en mercados extranjeros deben estar familiarizadas con la FCPA. En general, la FCPA prohíbe los pagos corruptos a oficiales extranjeros a los efectos de obtener o mantener un negocio. El Departamento de Justicia es la agencia de aplicación principal, con un papel coordinado representado por la Comisión de Valores y Bolsas (SEC). La Oficina del Consejero General del Departamento de Comercio también responde a las preguntas generales de los exportadores de los Estados Unidos en lo que concierne a los requisitos básicos y restricciones de la FCPA.

ANTECEDENTES

Como resultado de las investigaciones de la SEC a mediados de 1970, más de 400 compañías de los Estados Unidos admitieron hacer pagos cuestionables o ilegales por encima de los \$300 millones a oficiales de gobiernos extranjeros, políticos y partidos políticos. Los abusos cubrían toda la gama desde el soborno de altos oficiales extranjeros para asegurar algún tipo de acción favorable por un gobierno extranjero hasta los llamados pagos de facilitación que se hacían, según se dice, para asegurar que los funcionarios de gobiernos cumplieran con ciertas funciones ministeriales o administrativas. El congreso pasó la FCPA para poner fin al soborno de oficiales extranjeros y para restaurar la confianza pública en la integridad del sistema comercial norteamericano.

La intención de la FCPA era tener, y ha tenido, un impacto enorme en la manera en que las empresas americanas hacen negocios. Varias empresas que pagaron sobornos a oficiales extranjeros han sido el tema de demandas de aplicación criminal y civil, lo que tuvo como resultado multas grandes y suspensión e inhabilitación de la contratación federal de servicios de abastecimiento, y sus empleados y funcionarios han ido a la cárcel. Para evitar tales consecuencias, muchas empresas han implementado programas detallados de cumplimiento con la intención de evitar y detectar cualquier pago incorrecto por parte de empleados y agentes.

A raíz del pasaje de la FCPA, el Congreso se preocupó de que las compañías americanas operaran en desventaja en comparación con compañías extranjeras que pagaban sobornos rutinariamente y, en algunos países, se les permitía deducir el costo de tales sobornos como gastos de negocios en sus impuestos. En consecuencia, en 1988, el Congreso ordenó al Órgano Ejecutivo a comenzar negociaciones en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés) para obtener el acuerdo de los socios comerciales más importantes de los Estados Unidos para promulgar una legislación similar a la de la FCPA. En 1977, casi diez años más tarde, los Estados Unidos y otros treinta y tres países firmaron el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales. Los Estados Unidos ratificaron este convenio y aprobaron implementar una legislación en 1998.

Las disposiciones antisoborno de la FCPA declaran ilegal que una persona de los Estados Unidos y ciertos emisores extranjeros de valores hagan un pago corrupto a un funcionario extranjero a efectos de obtener o retener el negocio para o con, o dirigir el negocio hacia, cualquier persona. Desde 1998 también se aplican a empresas extranjeras y personas que toman cualquier acción en respaldo de tal pago corrupto mientras están en los Estados Unidos.

La FCPA también requiere que las compañías que tienen sus valores inscritos en la Bolsa en los Estados Unidos cumplan con sus disposiciones de contabilidad. Ver 15 U.S.C. § 78m. Estas disposiciones de contabilidad, que se diseñaron para operar conjuntamente con las disposiciones antisoborno de la FCPA, requieren que las corporaciones cubiertas por las disposiciones tengan y mantengan libros y registros que reflejen con precisión y equitativamente las transacciones de la corporación y deben crear y mantener un sistema adecuado de controles internos de contabilidad. La información a continuación habla solamente de las disposiciones antisoborno.

APLICACIÓN

El Departamento de Justicia es responsable de toda aplicación criminal y civil de las disposiciones antisoborno con respecto a los asuntos nacionales y a las compañías extranjeras y nacionales. La SEC es responsable de la aplicación civil de las disposiciones antisoborno con respecto a los emisores.

DISPOSICIONES ANTISOBORNO

PROHIBICIONES BÁSICAS

La FCPA hace ilegal sobornar a funcionarios de gobiernos extranjeros para obtener o retener un negocio. Con respecto a la prohibición básica, hay cinco elementos que se deben cumplir para constituir una violación de la Ley:

- A. **Quién**—La FCPA se aplica potencialmente a cualquier individuo, firma, oficial, director, empleado o agente de una firma y a cualquier accionista que actúa en nombre de una firma. A los individuos y a las firmas se les puede penalizar también si ordenan, autorizan o ayudan a alguien a violar las disposiciones antisoborno o si conspiran para violar esas disposiciones.

Bajo la FCPA, la jurisdicción de los Estados Unidos sobre pagos corruptos a funcionarios extranjeros depende de si el violador es un “emisor”, “una empresa nacional”, o un ciudadano o negocio extranjero.

Un “emisor” es una corporación que ha emitido valores que se han registrado en los Estados Unidos o a la que se le requiere presentar informes periódicos con la SEC.

Una “empresa nacional” es cualquier individuo que es un ciudadano, nacional, o residente de los Estados Unidos, o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad anónima, consorcio comercial, organización no incorporada, o empresa poseída por una sola persona que tiene su lugar principal de negocio en los Estados Unidos, o que está organizada bajo las leyes de un estado de los Estados Unidos, o un territorio, posesión o mancomunidad de los Estados Unidos.

La FCPA puede considerar responsable a los emisores y empresas domésticas bajo los principios de jurisdicción territorial o de nacionalidad. Por actos realizados dentro del territorio de los Estados Unidos, los emisores y empresas domésticas son responsables si toman una acción en respaldo de un pago corrupto para un funcionario extranjero mediante el uso de los correos de los Estados Unidos u otros medios u organismos de comercio entre estados. Tales medios u organismos incluyen llamadas telefónicas, transmisiones facsimilares, transferencias por cable y viajes interestatales o internacionales. Además, se puede responsabilizar a los emisores y empresas nacionales por cualquier acto en

respaldo de un pago corrupto realizado *fuera* de los Estados Unidos. De este modo, se puede considerar responsable a una compañía o ciudadano de los Estados Unidos por un pago corrupto autorizado por empleados o agentes que operan completamente fuera de los Estados Unidos, por medio del uso de dinero de cuentas de bancos extranjeros y sin ninguna participación de parte del personal ubicado dentro de los Estados Unidos.

Antes de 1998, las compañías extranjeras, con excepción de las que calificaban como “emisores”, y ciudadanos extranjeros no estaban cubiertas por la FCPA. Las enmiendas de 1998 expandieron la FCPA para afirmar jurisdicción territorial sobre las compañías y los ciudadanos extranjeros. Una compañía o persona extranjera está ahora sujeta a la FCPA si causa, directamente o a través de agentes, un acto en respaldo del pago corrupto que tendrá lugar dentro del territorio de los Estados Unidos. No hay, sin embargo, ningún requisito de que tal acto haga uso de los correos de los Estados Unidos u otros medios u organismos de comercio entre estados.

Finalmente, se puede responsabilizar a las corporaciones madre de los Estados Unidos por los actos de subsidiarias extranjeras cuando hayan autorizado, ordenado o controlado la actividad en cuestión, del mismo modo que los ciudadanos o residentes de los de los Estados Unidos, ellos mismos “asuntos nacionales”, que fueron empleados por o actuaron en nombre de tales subsidiarias incorporadas extranjeras.

B. Intención corrupta—La persona que hace o autoriza el pago debe tener una intención corrupta y el pago debe querer inducir al receptor a emplear mal su posición oficial para dirigir el negocio incorrectamente al pagador o a cualquier otra persona. Usted debe observar que la FCPA no requiere que un acto corrupto *tenga éxito* en su propósito. La *oferta o promesa* de un pago corrupto puede constituir una violación del estatuto. La FCPA prohíbe cualquier pago corrupto con la intención de *influir* algún acto o decisión de un funcionario extranjero en su calidad oficial, de *inducir* al funcionario a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación de su deber legal, de *obtener* alguna ventaja incorrecta o de *inducir* a un funcionario extranjero a usar su influencia incorrectamente para afectar o influir cualquier acto o decisión.

C. Pago—La FCPA prohíbe pagar, ofrecer, prometer pagar (o autorizar pagar u ofrecer) dinero o algo de valor.

D. Recibidor—La prohibición se extiende solamente a pagos corruptos a un *funcionario extranjero, un partido político extranjero o a un oficial de partido*, o a un *candidato* de una oficina política extranjera. Un “funcionario extranjero” significa un funcionario o empleado de un gobierno extranjero, una organización pública internacional, o un departamento o agencia de eso mismo, o una persona que actúa en calidad oficial.

Se recomienda considerar usar el Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas del Departamento de Justicia para preguntas específicas en cuanto a la definición de un “funcionario extranjero”, tales como si un miembro de una familia real, un miembro de un cuerpo legislativo, o un oficial de una empresa comercial de propiedad del estado se considerasen un “funcionario extranjero”. Además, usted debe consultar la lista de organizaciones públicas internacionales cubiertas bajo la FCPA que está disponible en el sitio web de FCPA del departamento de Justicia.

La FCPA se aplica a pagos a *cualquier* funcionario público, independientemente del rango o puesto. La FCPA se centra en el *propósito* del pago en vez de las funciones en particular del funcionario que recibe el pago, oferta o promesa de pago y hay excepciones a la disposición de antisoborno por “facilitar pagos para acción gubernamental de rutina” (ver a continuación).

- E. **Prueba de propósito** —La FCPA prohíbe pagos hechos para ayudar a la firma a *obtener o retener el negocio* para o con, o *dirigir el negocio* para, cualquier persona. El Departamento de Justicia interpreta “obtener o retener el negocio” ampliamente, tal que el término abarca más que la mera concesión o renovación de un contrato. Debe observarse que el negocio que se va a obtener o retener no necesita ser con un gobierno extranjero u organismo de un gobierno extranjero.

PAGOS A TERCEROS

La FCPA prohíbe pagos corruptos a través de intermediarios. Es ilegal hacer un pago a un tercero mientras se sabe que la totalidad o una porción del pago irá directa o indirectamente a un funcionario extranjero. El término “saber” *incluye indiferencia consciente e ignorancia deliberativa*. Los elementos de una ofensa son esencialmente los mismos como se describe anteriormente, excepto que en este caso el “recibidor” es el intermediario quien está haciendo el pago al “funcionario extranjero” requerido.

Los intermediarios pueden incluir socios o agentes de empresas conjuntas. Para evitar ser responsable de pagos a terceros, se incentiva a las compañías de los Estados Unidos a que procedan con debida diligencia y que tomen todas las precauciones necesarias para asegurar que han formado una relación comercial con socios y representantes de buena reputación y calificados. Tal debida diligencia puede incluir hacer investigaciones sobre representantes extranjeros potenciales y socios de empresas conjuntas para determinar si en realidad están calificados para la posición, si tienen vínculos personales o profesionales con el gobierno, el número y reputación de su clientela y su reputación con la Embajada o Consulado de los Estados Unidos y con banqueros locales, clientes y otros socios comerciales.

Además, para negociar una relación comercial, la firma de los Estados Unidos debe estar consciente de las llamadas “banderas rojas”, es decir, hábitos de pago inusuales o arreglos financieros, una historia de corrupción en el país, un rechazo del socio o representante de la empresa conjunta extranjera para proveer una certificación de que no tomará ninguna acción en apoyo de una oferta, promesa o pago ilegal a un funcionario público extranjero y no realizar ningún acto que causaría que la firma de los Estados Unidos esté en violación de la FCPA, comisiones extraordinariamente altas, falta de transparencia en los gastos y registros de contabilidad, falta aparente de calificaciones o recursos de parte del socio o representante de la empresa conjunta para realizar los servicios ofrecidos y si el socio o representante de la empresa conjunta ha sido recomendado por un funcionario del cliente gubernamental potencial.

Usted debe buscar el asesoramiento de un asesor jurídico y considerar 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 de sobornos para “facilitar pagos” para una “acción gubernamental de rutina” y proporciona defensas afirmativas que pueden usarse para defenderse de violaciones alegadas de la FCPA.

FACILITAR PAGOS PARA ACCIONES GUBERNAMENTALES DE RUTINA

Hay una excepción para la prohibición antisoborno por pagos para facilitar o agilizar la ejecución de una “acción gubernamental de rutina”. El estatuto enumera los ejemplos siguientes: obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales; procesar papeles gubernamentales, tales como visas y órdenes de trabajo; proporcionar protección de la policía, recolección y entrega de correo; proporcionar servicio telefónico, provisión de electricidad y agua, cargar y descargar carga, o proteger productos perecederos; y programar inspecciones asociadas con la ejecución de contrato o tránsito de artículos a través del país.

Acciones “similares” a éstas están también cubiertas por esta excepción Si usted tiene una pregunta acerca de si un pago cae dentro de la excepción, debe consultar con un asesor jurídico. Usted también debe considerar si utilizar el Procedimiento de opinión de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia, que se describe a continuación.

Una “acción gubernamental de rutina” no incluye ninguna decisión de un funcionario extranjero de conceder un negocio nuevo o de continuar negocios con un partido en particular.

DEFENSAS AFIRMATIVAS

Una persona acusada de una violación de las disposiciones antisoborno de la FCPA puede afirmar como defensa que el pago fue legal bajo las leyes escritas del país extranjero o que el dinero se gastó como parte de la demostración de un producto o de ejecutar una obligación contractual.

La licitud de un pago bajo las leyes escritas del país extranjero puede ser difícil de determinar. Usted debe considerar buscar el asesoramiento de un asesor jurídico o utilizar al Procedimiento de opinión de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero del Departamento de Justicia.

Es más, debido a que estas defensas son “defensas afirmativas”, se requiere que el acusado muestre en primer lugar que el pago cumplió estos requisitos. La acusación no lleva el peso de demostrar en primer lugar que los pagos no constituyeron este tipo de pago.

SANCIONES CONTRA EL SOBORNO

CRIMINAL

Se pueden imponer las siguientes penas criminales por violaciones de las disposiciones antisoborno de la FCPA: las corporaciones y otras entidades comerciales están sujetas a una multa de hasta \$2.000.000; los oficiales, directores, accionistas, empleados y agentes están sujetos a una multa de hasta

\$100.000 y prisión de hasta cinco años. Es más, bajo la Ley de multas alternativas, estas multas pueden en realidad ser bastante altas—la multa real puede ser hasta dos veces del beneficio que el acusado buscó obtener al hacer el pago corrupto.

CIVIL

El Procurador General o la SEC, según corresponda, puede presentar una demanda civil por una multa de hasta \$10.000 en contra de cualquier firma así *como* de cualquier oficial, director, empleado, o agente de una firma, o accionista que actúa en nombre de la firma, que viola las disposiciones de antisoborno. Además, en una acción de aplicación de la SEC, el tribunal puede imponer una multa adicional que no exceda el más grande de (i) la cantidad bruta de la ganancia pecuniaria del demandado como resultado de la violación, o (ii) una limitación especificada en dólares. Las limitaciones especificadas en dólares están basadas en la gravedad de la violación, que oscilan entre los \$5.000 y los \$100.000 para una persona natural y entre los \$50.000 y los \$500.000 para cualquier otra persona.

El Procurador General o la SEC, según corresponda, también puede iniciar una demanda civil para prohibir cualquier acto o práctica de una firma cuando aparece que la firma (o un oficial, director, empleado, agente o accionista que actúa en nombre de la firma) está en violación (o cerca de estar) de las disposiciones antisoborno.

OTRAS ACCIONES GUBERNAMENTALES

Bajo las pautas expedidas por la Oficina de Administración y Presupuesto, se puede prohibir a toda persona o firma que se encuentra en violación de la FCPA hacer negocios con el gobierno Federal. *La acusación sola puede conducir a una suspensión del derecho de hacer negocios con el gobierno.* . El Presidente ha ordenado que ninguna agencia ejecutiva deberá permitir que una parte o individuo participe en cualquier actividad de adquisición o de no adquisición si alguna agencia ha prohibido, suspendido, o de otra forma excluido a esa parte o individuo de su participación en alguna actividad de adquisición o no adquisición.

Además, a toda persona o firma a la que se encuentra culpable de violar la FCPA puede dictaminársele inelegible para recibir licencias de exportación; la SEC puede suspender o disuadir a personas del negocio de valores e imponer penas civiles sobre personas que están en el negocio de valores por violaciones de la FCPA; la Comisión de Comercio a futuro para mercancías en general y la Corporación de Inversión Privada en el Extranjero prevén la posible suspensión o prohibición de los programas de la agencia por violación de la FCPA; y un pago que se haya hecho a un funcionario de un gobierno extranjero que es ilegal bajo la FCPA no puede deducirse bajo las leyes fiscales como un gasto comercial.

CAUSA PRIVADA

La conducta que viola las disposiciones de antisoborno de la FCPA puede también ocasionar una causa privada por daños triples bajo la Ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act), o acciones bajo otras leyes federales o estatales. Por ejemplo, una acción que se podría traer bajo RICO sería la de un competidor que alega que el soborno causó que el acusado obtuviera un contrato extranjero.

ORIENTACIÓN DEL GOBIERNO

El Departamento de Justicia ha establecido un Procedimiento de Opinión de la Ley de Prácticas corruptas en el extranjero por el cual cualquier compañía o ciudadano de los Estados Unidos puede solicitar una declaración de las intenciones de aplicación actual del Departamento de Justicia bajo las disposiciones antisoborno de la FCPA en lo que concierne a alguna conducta empresarial propuesta. Los detalles del procedimiento de opinión se pueden encontrar en 18 CFR Parte 80. Bajo este procedimiento, el Procurador General suministrará una opinión en respuesta a una averiguación específica de una persona o firma dentro de los treinta días de la solicitud. (El período de treinta días no corre hasta que el Departamento de Justicia haya recibido toda la información que requiere para suministrar la opinión.) La Conducta por la cual el Departamento de Justicia ha suministrado una opinión donde declara que la conducta se ajusta a la política de aplicación actual tendrá derecho a una presunción, en cualquier acción de aplicación posterior, de conformidad con la FCPA.