

Corrupción y los crecientes peligros por incumplimiento de obligaciones domésticas e internacionales (FCPA, UKBA, Brasil, y otros). Ley anticorrupción colombiana

Fernando Niño Quintero -CFE
Senior Director
FTI Consulting
Colombia

2. Corrupción y los crecientes peligros por incumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales

- A. Regulaciones Internacionales
- B. Regulaciones Nacionales
- C. Estudios de Caso
- D. Sectores en Riesgo
- E. Medidas para mitigar los riesgos asociados a fraude y corrupción

a. Regulaciones Internacionales

A nivel internacional, existe una serie de regulaciones, que tiene como objetivo principal evitar actos de fraude y corrupción de las empresas, entre las cuales se destacan:

- The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)
- The United Kingdom Bribery Act (UKBA)

The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

¿Qué es FCPA?

Se trata de una ley federal de EE.UU. para impedir prácticas corruptas fuera de los Estados Unidos, en cabeza de entidades que operen directa o indirectamente con la economía de los Estados Unidos.

La Ley se basa en dos premisas principales:

1. Prohibición de ciertos pagos o beneficios ofrecidos a funcionarios de gobiernos extranjeros.
2. Transparencia en los registros contables de los pagos que estas compañías realicen

Actos Prohibidos



El FCPA prohíbe :

PROMETER O HACER UN PAGO A CUALQUIER FUNCIONARIO DE GOBIERNO CON EL OBJETO DE CORROMPER

Está estrictamente prohibido pagos a funcionarios del gobierno para obtener cualquier tipo de beneficio ilegal. Se observa que la ley igualmente prohíbe las promesas de compensación, en otras palabras, el simple hecho de negociar un soborno es ya objeto de penalidades y multas.

OTORGAR O PROMETER CUALQUIER BENEFICIO A UN FUNCIONARIO DE GOBIERNO CON EL OBJETO DE CORROMPER

La ley incluye entonces la prohibición de beneficios no monetarios a funcionarios de gobierno, con el propósito de corromper u obtener cualquier ventaja o privilegio.

Principios de la Política Anti-sobornos

Intención corrupta

Para que un pago se considere inapropiado desde la perspectiva de FCPA, es necesaria la intención de corromper al funcionario de gobierno objeto del pago o beneficio.

Intención de pago

No es necesario que se perfeccione el pago o el beneficio para que ya se haya cometido una violación del FCPA, una simple promesa ya caracteriza el soborno.

A sabiendas

Es prohibido el pago a cualquier persona o compañía (conocidas como intermediarios), a sabiendas de que el mismo, o una porción del mismo, llegará directa o indirectamente a un funcionario de gobierno.

The United Kingdom Bribery Act (UKBA)

¿Qué es la UKBA?

Es una Ley Anti-Soborno de 2010 que rige desde julio de 2011. La UKBA criminaliza el soborno de funcionarios nacionales, el soborno de funcionarios extranjeros y el soborno en un contexto comercial.

Esta ley prohíbe tanto ofrecer como recibir sobornos.

Contiene un delito de responsabilidad objetiva que es imputable a cualquier organización que falle en tener un proceso adecuado para prevenir actos de soborno por parte de sus personas asociadas (la “ofensa corporativa”).

Actos Prohibidos



La UKBA prohíbe:

- ✓ Ofrecer a, o que un funcionario nacional reciba un soborno.
- ✓ Ofrecer a, o que un funcionario público extranjero reciba un soborno.
- ✓ Ofrecer a, o que una persona que esté realizando una función relacionada con un negocio, o en el curso de su trabajo, o en el nombre de un cuerpo de personas, reciba un soborno.

Este tipo de ventajas financieras o de otro tipo buscan:

- ✓ Inducir a la realización inapropiada de una función o una actividad relevante propia de cada personaje.
- ✓ Premiar por la mala ejecución de una función o una actividad.
- ✓ Obtener o retener negocios o una ventaja en la conducción de los mismos.

Jurisdicción de la UKBA



Pueden ser procesados individuos, compañías, asociaciones y otras formas de personas jurídicas por todos los delitos contemplados en el UKBA.

Esta ley contempla una amplia jurisdicción extraterritorial y no aplica solamente a delitos que tienen lugar dentro de Reino Unido.

- ✓ Las compañías de Reino Unido y los nacionales/residentes de Reino Unido están sujetos a la UKBA con respecto a todas sus conductas en cualquier parte del mundo.
- ✓ Cualquier empresa que tenga parte de sus negocios en el Reino Unido está sujeto a la ofensa corporativa de responsabilidad objetiva, sin importar en qué parte del mundo opera.

El soborno comercial

Es un delito penal ofrecer una ventaja financiera o de otro tipo a cualquier persona que esté realizando una función relacionada con un negocio, o en el curso de su trabajo, o en el nombre de un cuerpo de personas, si existe la intención de inducir al empleado a que realice inapropiadamente una función o una actividad (Sección 1, UKBA).

También es un delito penal solicitar, aceptar recibir o aceptar una ventaja financiera o de otro tipo que tenga como objetivo, o anticipe, que una función o actividad relevante se realice inapropiadamente, o como recompensar por la mala ejecución de una función o actividad (Sección 2, UKBA).

La responsabilidad objetiva como delito corporativo

Cualquier organización comercial que tenga parte de su negocio en el Reino Unido puede ser responsable si cualquier persona asociada a la compañía soborna a otra persona con el objetivo de obtener o retener negocios para la empresa u obtener o retener una ventaja en la conducción de negocios para la empresa (Sección 7, UKBA).

Las personas asociadas incluyen cualquiera que realice servicios para la empresa como empleados, consultores y agentes.

Gratificación (regalos, entretenimiento, etc.)

La UKBA prohíbe el soborno en la forma de “ventaja financiera u otra”. Es decir, el soborno no tiene que ser dinero, sino que puede ser cualquier cosa que tenga valor para el receptor, incluyendo regalos, comidas, entretenimiento, viajes, inventario, oportunidades de negocio, contribuciones a organizaciones benéficas, u ofertas de empleo (para el receptor o un miembro de su familia).

No existe un nivel de mínimos (una cantidad bajo la cual el pago no es considerado un soborno).

b. Regulaciones Nacionales

ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Qué es el Estatuto Anticorrupción?

Antecedentes

Ley 1474 del 12 de julio de 2011

Medidas contra la corrupción generadas por el ejecutivo a partir de la Constitución de 1991.

En el mandato presidencial de:

- Cesar Gaviria: i) Reforma institucional ii) Oficinas de control en los ministerios. iii) Nuevo estatuto de contratación iv) Nuevas leyes penales. v) Extinción de dominio para los responsables de enriquecimiento ilícito.
- Ernesto Samper: i) Estatuto anticorrupción. Ley 190 de 1995. ii) Medidas contra el lavado de activos.
- Andrés Pastrana: i) Programa presidencial para la lucha contra la corrupción ii) Sistema de información para la contratación estatal. iii) Creación del Portal del Estado colombiano.
- Álvaro Uribe: Consejos comunales abiertos, ii) Gobierno en línea territorial, iii) Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas.

Por qué un Estatuto?

Es necesario coordinar las acciones desde el poder ejecutivo y las medidas normativas establecidas por el legislativo sobre el fenómeno de la corrupción (Régimen de responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal).

Puntos relevantes del Estatuto?

- Contratación Estatal
- Transparencia en la Gestión Pública
- Consecuencias Jurídicas más severas para el corrupto
- Responsabilidad directa del sector privado en la prevención de la corrupción.
- Vigencia de los instrumentos internacionales
- Creación de organismos para el conocimiento del fenómeno.
- La educación como principio de responsabilidad de las entidades públicas y privadas

Cuáles son los escenarios de acción del estatuto?

Corrupción en el sector público

Corrupción en el sector público – privado

Corrupción en el sector privado

La responsabilidad por hechos de corrupción?

- Visión tripartita. Énfasis en la parte penal.
- Desde el punto de vista penal: Modificación de la parte general del código penal, de la parte especial y de procedimiento penal.
- Frente a la parte general: Restringe los beneficios, elimina subrogados penales y establece nuevos agravantes a las conductas relacionadas con corrupción.
- En la parte especial: Aumenta penas y se crean nuevos tipos penales.
- En la parte de procedimiento: se establecen estrategias investigativas de infiltración más agresivas. Se mejoran los beneficios punitivos por colaboración eficaz con la Justicia colombiana. Se genera un nuevo escenario de responsabilidad penal frente a las personas jurídicas.

Nuevos tipo penales relevantes

Corrupción Privada (Art. 16). La persona que directa o indirectamente: - Prometa, Ofrezca o Conceda una Dativa o un Beneficio No justificado - A directivos, administradores, empleados o Asesores - De sociedades, asociaciones o fundaciones - Para conseguir un favorecimiento propio o para un tercero

La misma Conducta se castigará para el que Reciba, solicite o acepte

Administración Desleal (Art. 17). - El administrador, socio, directivo, empleado o asesor - Abusando de sus funciones - En beneficio propio o de un 3° - Disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga . obligaciones - Causando perjuicio económico a los socios

Tráfico de influencias de Particular (Art. 28). El particular que: - Ejercer influencia - Sobre un servidor público - En asunto que esté conociendo o vaya a conocer - Para obtener beneficio económico

Aumentos de pena

Utilización Indevida de Información Privilegiada (Art. 18). -
Aumenta la Pena

Evasión Fiscal (Art. 21) -Aumenta la Pena

Enriquecimiento Ilícito (Art. 29) -Aumenta la pena -Modifica
el delito

Soborno Transnacional (Art. 30) - Modifica el Sujeto -
Aumenta la pena

Soborno (Art 31) y Soborno en Actuación Penal (Art. 32) -
Aumenta la pena

Medidas Procesales

Incluye Personas jurídicas como sujetos procesales (Art. 34) - Personas jurídicas - Beneficio a través de delito contra la Administración o Patrimonio Público - Por parte de sus representantes legales o sus administradores.

Parte Procesal Operaciones Encubiertas (Art. 36)

Agente podrá infiltrarse o actuar como agente encubierto
Podrá Coparticipar en comisión del delito y resultar exonerado

d. Estudios de Caso: FTI

- i. Relacionados con FCPA
- ii. Relacionados con el UKBA
- iii. Relacionados con el Estatuto Anticorrupción

i. Relacionado con FCPA

Capacidades:

Investigaciones sobre FCPA en América Latina y Asia.

Experiencia:

FTI Consulting asistió un litigio en nombre de una empresa de facturación que cotiza en bolsa, con respecto a una investigación interna. Esta estaba relacionada con la demanda de un *whistleblower*, quien afirmó que se generaron sobornos a oficiales de China y América Latina.

Nuestro equipo cuantificó la ganancia total potencial, y asistió al abogado en la búsqueda y logro de una resolución satisfactoria por parte de la SEC.

i. Relacionado con FCPA

Capacidades:

Investigaciones sobre FCPA en América Latina.

Experiencia:

FTI Consulting fue contratada por una compañía de servicios financieros globales con ingresos anuales de más de \$50.000 millones de dólares, para investigar alegaciones con respecto a pagos ilegales a oficiales gubernamentales para garantizar la suscripción de bonos en la región Andina de América del Sur.

i. Relacionado con FCPA

Capacidades:

Investigaciones sobre FCPA en América Latina.

Experiencia:

FTI Consulting adelantó una investigación de FCPA para una compañía de telecomunicaciones con liderazgo internacional, con respecto a potenciales pagos ilegales de facilitación.

Dentro del espectro de nuestro análisis, no encontramos ninguna evidencia de pagos ilegales de facilitación. Sin embargo, nuestro equipo sí encontró varias banderas rojas e ineficiencias tanto en el sistema ERP como en diversos procedimientos internos.

Nuestro equipo luego preparó una serie de recomendaciones de remediación para que el cliente las ejecutara.

ii. Relacionado con el UKBA

Capacidades:

Investigación sobre FCPA y UKBA en la República Checa, Eslovaquia y Austria con respecto a una compañía de tecnología de la información.

Experiencia:

FTI Consulting fue contratada por los abogados externos de una gran corporación internacional en el sector de las tecnologías de la información para investigar ciertos reportes de prensa sobre corrupción en varios países de Europa del Este. Se adelantaron investigaciones, se recolectó evidencia, se revisaron documentos, se hicieron entrevistas y se analizaron datos contables. La investigación consideraba potenciales violaciones del FCPA y el UKBA.

ii. Relacionado con el UKBA

Capacidades:

Revisión de cumplimiento del FCPA y del UKBA en el sector de la educación en Estados Unidos, Reino Unido y América Central.

Experiencia:

FTI Consulting fue contratada por una empresa multinacional de educación superior para evaluar programas y proveer consultoría de remediación. Se realizó una revisión del ambiente de control de la compañía en diferentes países, generó recomendaciones y la asesoró con respecto al cumplimiento del FCPA, del UKBA y demás normativas relevantes de anti-corrupción. Adicionalmente, se condujeron sesiones de entrenamiento sobre el UKBA con empleados y agentes de la compañía.

iii. Relacionado con el Estatuto Anticorrupción

FTI Colombia fue contratada por una de las principales entidades financieras del país para llevar a cabo una investigación sobre el comportamiento de tres altos ejecutivos de la compañía que tenían vínculos directos con las operaciones de un fondo de inversiones.

La investigación incluyó entrevistas con empleados relevantes de la compañía, una auditoria forense de la estructura de operaciones hechas por el fondo en los últimos dos años y el apoyo de nuestro segmento de tecnología para visualizar la información en discos duros. Esto incluyó el análisis de más de 100.000 documentos, archivos y correos electrónicos. FTI pudo establecer que se violaron procedimientos internos en todas las áreas de operaciones del fondo en cuestión.

FTI también identificó a los individuos responsables así como otros empleados responsables en otras áreas operacionales de la compañía.

c. Sectores en Riesgo

- Todos los sectores están expuestos a incumplimientos en temas relacionados con Fraude y Corrupción.
- Sin embargo, en Colombia, podría decirse, que los siguientes sectores han estado más expuestos a estos fenómenos en los últimos años:
 - Salud y pensiones
 - Hidrocarburos
 - Transporte
 - Sector Financiero
 - Construcción
 - Energía
- Algunos departamentos y socios de negocio que son considerados como críticos en esta materia son:

Socios de Negocio

- Consultores
- Proveedores
- Representantes
- Distribuidores
- Abogados

Departamentos Internos

- Compras y contratación
- Contabilidad
- Fiscal

e. Medidas para mitigar los riesgos asociados a fraude y corrupción

Existen diferentes mecanismos para mitigar los riesgos asociados a fraude y corrupción en las empresas:

- I. Gobernanza Corporativa
- II. Procedimiento de Debida Diligencia
- III. Auditorías forenses periódicas
- IV. Evaluación de la eficiencia de los programas de cumplimiento

I. Gobernanza Corporativa

Conjunto de normas, técnicas, administrativas y de gestión, para crear un sistema eficiente de controles internos.



Es importante el establecimiento de códigos, manuales y documentos internos.

1. Manuales de procedimientos: incluyen: a) disposiciones para prevenir situaciones y oportunidades de cometer fraudes y b) procedimientos para controlar la validez de operaciones realizadas, bajo las políticas de las empresas.
2. Códigos de conducta y de ética: mediante estos códigos, las empresas se comprometen a sostener los mismos valores y aceptar las prácticas aceptadas en los mercados de origen, independientemente de que estas prácticas estén sancionadas en los países donde se desempeñen.
3. Documentos internos: comunicaciones oficiales destinadas a difundir entre los empleados, disposiciones relacionadas con las políticas corporativas y su cumplimiento.

II. Procedimiento de Debida Diligencia

Proceso en el cual se analizan los antecedentes críticos como:

- ✓ Inconvenientes legales y reputacionales.
- ✓ Historial de la compañía, analizando evoluciones de capital, miembros de junta directiva, representantes legales y, si la naturaleza de la misma lo permite, los accionistas.
- ✓ Riesgos económicos (financieros y contables).
- ✓ Riesgos políticos y aquellos asociados a regulaciones nacionales e internacionales.

Con esta información se analizan los riesgos (*red flags*) y ventajas de hacer la transacción con la compañía investigada, para que las empresas puedan tomar una decisión con un criterio objetivo y certero.

III. Auditorías Forenses Periódicas

IV. Evaluación de la eficiencia de los programas de cumplimiento

- Corporaciones de todos los tamaños enfrentan una serie de riesgos empresariales o tienen que cumplir con liquidaciones reguladoras obligatorias que requieren monitoreo independiente.
- Tales desafíos actuales requieren un entorno operativo que tiene fuertes controles internos y políticas de cumplimiento que se prueban y se reparan de manera continua.
- Los eficaces programas de *compliance* desempeñan un papel fundamental en la identificación de amenazas potenciales y en la prevención de violaciones de las leyes que, como mínimo, podría empañar la imagen de una empresa y el impacto de sus relaciones comerciales o su viabilidad financiera.

Existen diferentes tipos de evaluación de los programas de cumplimiento de las empresas:

Proactivo

- Evaluar y mitigar los riesgos de corrupción en el marco de un programa de cumplimiento o transacción comercial importante

Reactivo

- Investigación de acusaciones por corrupción, relacionada principalmente con la preservación de la información, análisis de datos, y respuesta a las solicitudes de los gobiernos en cualquier circunstancia

Correctivos y Monitoreo

- Desarrollo de programas para remediar las deficiencias en las políticas y procedimientos existentes, y el seguimiento y análisis para garantizar la eficacia de los recursos

Capacitación

- Revisión, diseño y entrega de programas internos de capacitación