

# GUÍA BÁSICA DE AUDITORÍA SOBRE CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO EN OPERACIONES DE M&A TRASFRONTERIZAS: EVITANDO RIESGOS LEGALES Y COMERCIALES

**María Luisa Cánovas**

Socia de Jones Day  
(Nueva York, EE. UU.)\*

**Nicholas E Rodríguez**

Socio de Jones Day  
(Nueva York, EE. UU.)

## Sumario:

1. Introducción 2. Perspectiva general de la FCPA. 2.1. Las disposiciones anticorrupción. 2.1.1. Conocimiento (required mental state). 2.1.2. “Cualquier objeto de valor”. 2.1.3. Funcionarios extranjeros” e “instrumentos gubernamental”. 2.1.4. “Obtener o conservar un negocio”. 2.1.5. Eximentes. 2.2. Obligaciones en materia contable y de registro. 3. La FCPA en los procesos de auditoría en operaciones transfronterizas. 3.1. Llevar a cabo una meticulosa auditoría de riesgos con carácter previo a la adquisición. 3.2. Pasos posteriores a la adquisición. 3.3. Casos recientes de la FCPA en relación con la auditoría en operaciones de M&A. 4. Atenuación de riesgos en transacciones de M&A. 5. Después de Cierre: Cómo lograr el cumplimiento de la FCPA. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de auditoría es uno de los elementos clave para el éxito de una operación de fusión o adquisición (“M&A”) y hay que darle la importancia que le corresponde. Como consecuencia de la promulgación de nuevas leyes anticorrupción en América Latina y de la intensificación en la aplicación de la Ley Anticorrupción (La “Ley” o “FCPA”) en Estados Unidos (“U.S.”)<sup>1</sup>, los potenciales

\* [www.jonesday.com](http://www.jonesday.com)

1 Ver, e.g. JONES DAY, *Brazil's Clean Company Law: New Risks for Companies Doing*

adquirentes están dedicando cada vez mayores recursos en la auditoría de la sociedad objeto de compra (*target*) a fin de comprobar que cumple de hecho con la normativa anticorrupción que resulte de aplicación. Las consecuencias económicas y reputacionales de no detectar y acabar con las prácticas contrarias a la normativa anticorrupción de la *target* son graves. Los infractores (tanto personas físicas como jurídicas) pueden estar sujetos a acciones penales y civiles, que incluyen sanciones, multas, embargo de ingresos de procedencia ilícita, intereses previos al juicio y penas de prisión para las personas físicas. Asimismo, la condena por actos de corrupción puede conllevar consecuencias accesorias, que incluyen la inhabilitación para contratar con organismos gubernamentales y organizaciones públicas internacionales.

La FCPA fue aprobada por U.S en 1977 en respuesta ante la creciente preocupación en materia de política exterior por el pago generalizado de sobornos a funcionarios extranjeros por parte de compañías estadounidenses. La FCPA es de aplicación a las sociedades constituidas en U.S y a aquellas que cotizan en las bolsas estadounidenses (incluyendo sus filiales, asociadas, socios y representantes), así como a las personas físicas y jurídicas extranjeras que efectúen pagos irregulares dentro de U.S. El amplio alcance jurisdiccional de la FCPA y su estricta aplicación por parte de la Comisión de Valores (“SEC”) y del Departamento de Justicia estadounidenses (“DOJ”) y conjuntamente con la SEC, las “Autoridades Estadounidenses”), ha tenido como resultado cientos de investigaciones, acciones legales y acuerdos transaccionales, tanto en U.S como en el extranjero, incluyendo en América Latina.

En los años subsiguientes a su promulgación, los procedimientos en base a la FCPA eran poco frecuentes, si bien en los últimos años, las Autoridades Estadounidenses han perseguido con mayor frecuencia e intensidad el incumplimiento de la FCPA. En 2010, las Autoridades Estadounidenses crearon grupos de trabajo específicos centrados en la persecución de presuntos incumplimientos de la FCPA<sup>2</sup>. Poco después, en un discurso en enero de 2011, el entonces ayudante del fiscal general de U.S señaló que el reciente repunte de las actividades de control del cumplimiento de la FCPA indicaba

---

*Business in Brazil* [Ley Anticorrupción Empresarial en Brasil: Nuevos riesgos para compañías que operan en Brasil], *Comentario de Jones Day*, agosto 2013. [Ver en línea: <bit.ly/1ktgf15>]. Ver también *Bribery Act 2010* [La Ley Anticorrupción del Reino Unido], Capítulo 23. [Ver en línea: <bit.ly/1gPbKyV>]. Ver también, OECD, *Colombia se adhiere a la convención de la OECD para combatir el cohecho*, OECD, 12 de noviembre de 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1orl2VU>]. Ver también, MALESKE, Melissa, *Mexico’s anti-corruption law targets bribery in government contracting* [El cohecho en la contratación pública el principal objetivo de la Ley Anticorrupción mexicana], INSIDE COUNSEL, 28 de noviembre de 2012. [Ver en línea: <bit.ly/OdJwSR>].

- 2 Ver, e.g. SEC, *SEC Names New Specialized Unit Chiefs and Head of New Office of Market Intelligence* [La SEC nombra a los directores de la nueva unidad especializada y director de la nueva oficina de inteligencia de mercado], Comunicado de Prensa de la SEC 2010-5, 13 de enero de 2010. [Ver en línea: <1.usa.gov/1hBowRx>].

que la ley “aunque en el pasado se consideró inactiva, en la actualidad se encuentra más activa que nunca.”<sup>3</sup> En el mismo sentido, las diez resoluciones más relevantes en materia de FCPA (en términos de sanciones económicas impuestas) emitidas contra una persona jurídica se han producido dentro de los últimos diez años, de las que en dos de ellas las partes llegaron a un acuerdo en un periodo de seis meses entre mayo y noviembre de 2013.<sup>4</sup>

Por otra parte, el aumento en la persecución de las conductas contrarias a la FCPA no se limita únicamente a conductas efectuadas en U.S, sino sobre todo, a aquellas que se llevaron o que se están llevando a cabo en América Latina.<sup>5</sup> En los ocho años que van desde 2005 a 2013, se iniciaron 21 acciones por incumplimiento de la FCPA por conductas presuntamente efectuadas en América Latina. De esos 21 casos, “8 se corresponden con acciones por incumplimiento de la FCPA en México, cinco en Brasil y cuatro en Argentina y Venezuela, respectivamente”.<sup>6</sup> Aunque, en relación a su tamaño y a la importancia de América Latina en el mercado mundial, 21 acciones legales en 8 años, pueden parecer pocas, es importante señalar que 9 de esas 21 acciones han tenido lugar en los últimos 3 años. Se espera que esta tendencia alcista continúe como consecuencia de “el incremento significativo del número de personas asignadas a las unidades especializadas en materia de FCPA tanto en el DOJ como en la SEC”, y de la “globalización de las iniciativas legislativas y de las acciones contra la corrupción y el cohecho.”<sup>7</sup> Los profesionales del sector han puesto de relieve el incremento en la vigilancia por parte de las Autoridades Estadounidenses de las conductas desarrolladas en América Latina. Una consultora en análisis forense declaró que, en la actualidad, aproximadamente la mitad de sus asuntos en América Latina están relacionados con acciones por incumplimiento de la FCPA y “espera[n] que esta tendencia alcista continúe como consecuencia del continuo e importante incremento del

3 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Assistant Attorney General Lanny A. Breuer of the Criminal Division Speaks at the Annual Meeting of the Washington Metropolitan Area Corporate Counsel Association* [Lanny A. Breuer, ayudante del fiscal general, Departamento de Justicia, Sección Penal, Comentarios en la Reunión Anual de la Asociación de Asesores Legales en el Área Metropolitana de Washington], 26 de enero de 2011. [Ver en línea: <1.usa.gov/1sgSiQh>].

4 Ver, e.g., CASSIN, Richard L., *Weatherford lands on our Top 10 list* [Weatherford aterriza en nuestra lista de top diez], El Blog de FCPA, 27 de noviembre de 2013, [Ver en línea: <bit.ly/1dNUGdo>].

5 “En comparación con todo el 2012, se ha producido un incremento en las acciones por incumplimiento de la FCPA en contra de personas físicas por conductas efectuadas en América Latina durante los siete primeros meses de 2013.”, Ver, BAMRUD, Joachim, *América Latina: Casos de FCPA crecen*, Latinvex, 27 de agosto de 2013, [Ver en línea: <bit.ly/1jBRgtW>]

6 BAMRUD, *América Latina: Casos de FCPA crecen*, cit., [Ver en línea: <bit.ly/1jBRgtW>].

7 BAMRUD, Joachim, *More FCPA Cases in Latin America* [Más casos de la FCPA en América Latina], LATINVEX, 28 de junio de 2010 (citando a Simon Strong, director general senior de práctica forense y procesal en FTI). [Ver en línea: <bit.ly/1dSI9Gm>]

personal asignado a las unidades especializadas en FCPA tanto en el DOJ como en la SEC durante el mandato de Obama y de la creciente globalización de las iniciativas legislativas y de las acciones legales contra la corrupción y el cohecho, así como, una vez superada la crisis financiera que había reducido las expectativas de crecimiento estadounidense, del aumento de la inversión en América Latina por parte de las empresas estadounidenses que no se habían aventurado en la región y necesitan asesoramiento.”<sup>8</sup>

De acuerdo con la FCPA, un comprador puede ser considerado responsable de los incumplimientos de la FCPA perpetrados por la target, si no es capaz de detectar, interrumpir y subsanar dichos incumplimientos. Las Autoridades Estadounidenses han señalado expresamente que un comprador que en el marco de una operación de fusión o adquisición no lleve a cabo una auditoría adecuada sobre el cumplimiento de la FCPA puede enfrentarse tanto a riesgos legales como comerciales.<sup>9</sup> La posibilidad de que las autoridades inicien acciones legales en base a la responsabilidad solidaria del comprador, refuerza la importancia de llevar a cabo una auditoría previa sobre cumplimiento de la FCPA así como de adoptar, una vez ejecutada la operación, las medidas adicionales necesarias para mitigar cualquier riesgo. En el presente artículo se resumen las principales disposiciones de la Ley y en particular, la declaración de responsabilidad solidaria en el marco de las fusiones y adquisiciones que regula la Ley, así como las actuaciones a adoptar para detectar, subsanar y prevenir futuros incumplimientos de la FCPA mediante la implementación de medidas como, entre otras, una auditoría meticulosa tanto antes como después de la adquisición. La aplicación de estos procedimientos y políticas pueden ayudar a un potencial comprador a evitar o reducir de forma sustancial los costes y sanciones por incumplimiento de la FCPA.

## 2. PERSPECTIVA GENERAL DE LA FCPA

La FCPA fue aprobada con el objeto de prevenir que las personas físicas o jurídicas estadounidenses se vieran involucradas en prácticas de corrupción de autoridades o funcionarios extranjeros. Las Autoridades Estadounidenses tienen encomendada la tarea de hacer cumplir la FCPA, y, en los últimos años, ambas agencias han hecho de la aplicación de la Ley una prioridad.

La FCPA resulta de aplicación a una amplia tipología de conductas, personas y entidades. En particular, es de aplicación a:

- Empresas domiciliadas en U.S así como a personas físicas con nacionalidad o residencia permanente en U.S;

8 BAMRUD, *More FCPA Cases in Latin America*, cit., [Ver en línea: <bit.ly/1dSI9Gm>]

9 *Guía Práctica sobre la Ley estadounidense de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, ..... p. 62.

- Empresas que coticen en alguna bolsa estadounidense;
- Empleados y representantes de empresas domiciliadas en U.S, de empresas que coticen en las bolsas estadounidenses o de personas físicas con nacionalidad o residencia permanente en U.S;
- Personas y empresas extranjeras que realicen actuaciones prohibidas en territorio estadounidense; y
- Cualquier persona que colabore con o incite a la comisión de un incumplimiento de la FCPA.<sup>10</sup>

La FCPA contiene dos tipos de disposiciones: (1) las disposiciones anticorrupción, y (2) las obligaciones en materia contable y de registro.

Las disposiciones anticorrupción de la FCPA declaran contrario a la ley, la realización de (o la promesa de realizar) pagos a funcionarios extranjeros, partidos políticos, medios, u otras personas con el propósito de inducir a un funcionario extranjero a actuar de una forma particular o para asegurar una ventaja comercial.<sup>11</sup>

Las obligaciones en materia contable y de registro de la FCPA exigen que los libros, registros y contabilidad de la sociedad reflejen con exactitud las operaciones efectuadas por la misma, y que ésta establezca y mantenga sistemas de control interno de su contabilidad adecuados para garantizar de forma razonable que (i) las operaciones efectuadas por la sociedad se ejecutan de acuerdo con las autorizaciones conferidas por el órgano de gestión con carácter general o especial, (ii) el registro de las operaciones permite la preparación de los estados financieros de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados, así como la contabilización de sus activos, (iii) únicamente tengan acceso a los activos de la sociedad las personas que cuenten con autorización general o especial del órgano de gestión, y (iv) se efectúen periódicamente comparaciones entre los activos registrados contablemente con los efectivamente existentes y se adopten las medidas necesarias para solventar cualquier divergencia.<sup>12</sup>

La Ley impone sanciones penales a quien a sabiendas elude o no implementa un sistema de control interno o bien, a sabiendas, falsifica cualquier libro, registro o documento contable de la empresa. El DOJ impone las sanciones de carácter penal previstas por la FCPA mientras que las sanciones civiles se imponen por la SEC. La Ley prevé la imposición de sanciones civiles y penales severas tanto a personas físicas como jurídicas.

Cabe destacar que las Autoridades Estadounidenses han iniciado acciones contra la matriz por los incumplimientos cometidos por sus filiales y

10 Clark Keeler, *supra* nota 1.

11 Ver 15 U.S.C §78dd-1.

12 Ver 15 U.S.C. §78m.

asociadas, incluso cuando la matriz no participó en la conducta inapropiada o no tuvo conocimiento de la misma. Esta imputación de responsabilidad se basa en la existencia de una relación de mandato (*agency*) entre la matriz y sus filiales o asociadas, atribuyendo la conducta y el conocimiento de la filial a la matriz.<sup>13</sup> Asimismo, las acciones legales pueden fundamentarse en la teoría de la responsabilidad solidaria. El riesgo de que un comprador en una operación societaria se vea expuesto a una declaración de responsabilidad solidaria dependerá de las circunstancias concretas del caso y de la ley aplicable.<sup>14</sup>

## 2.1. Las disposiciones anticorrupción

En general, las disposiciones anticorrupción de la FCPA prohíben satisfacer, directa o indirectamente, pagos en efectivo o entregar “cualquier objeto de valor” a un “funcionario extranjero” con el fin de “obtener o conservar un negocio.” También constituye un incumplimiento, prometer un pago indebido, incluso si finalmente no se abona el soborno, o autorizar la realización de un pago irregular.<sup>15</sup> Para que una actuación se califique como contraria a la FCPA deben concurrir los siguientes elementos.

### 2.1.1. Conocimiento (*required mental state*)

El requisito del conocimiento establecido en la FCPA puede consistir en un conocimiento actual, o en un acto de “ignorar de forma consciente”, “ceguera voluntaria” o “ignorancia deliberada” de que ha tenido lugar, o existe la posibilidad de que tenga lugar, un incumplimiento de la Ley.<sup>16</sup> A la hora de determinar si una entidad tenía “ceguera voluntaria”, las Autoridades Estadounidenses analizarán si existían indicios de pagos irregulares -llamados “indicios de irregularidad” (*red flags*)- y si dichos indicios fueron tratados adecuadamente o ignorados.<sup>17</sup> En las acciones legales por incumplimiento, las Autoridades Estadounidenses tendrán la posibilidad de reconsiderar las circunstancias cuando intenten fundamentar que se ignoraron posibles conductas ilícitas. Por lo tanto, conforme a lo expuesto en el apartado IV siguiente, con el fin de evitar la responsabilidad solidaria, un adquirente o emisor estadounidense debe identificar y tratar adecuadamente cualquier “indicio” de posible incumplimiento de la FCPA a fin de garantizar la detección, interrupción y subsanación de cualquier irregularidad.

13 *Guía Práctica*, cit., p. 27.

14 *Guía Práctica*, cit., p. 28.

15 § 78dd-1(a), § 78dd-2(a), and § 78dd-1(a).

16 *Ver* 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f) (2) (B), 78dd-2(h) (3) (B), 78dd-3(f) (3) (B).

17 *Ver, e.g., U.S. vs. Kozeny and Bourke*, 664 F. Supp. 2d 369 (S.D.N.Y. 2009); *aff'd* 667 F.3d 122 (2d. Cir. 2011), *cert. denied* 133 S.Ct. 1794 (2013).

### 2.1.2. “Cualquier objeto de valor”

En las acciones legales por incumplimiento, las Autoridades Estadounidenses interpretan el término “cualquier objeto de valor” de forma amplia a fin de incluir en la definición tanto dinero en efectivo como regalos, viajes de ocio, préstamos, gastos de formación y educación, y promesas de un futuro empleo. Por ejemplo, en *SEC v UTStarcom, Inc.*,<sup>18</sup> se interpuso una reclamación contra una compañía que se gastó casi 7 millones de dólares en aproximadamente 225 viajes a destinos turísticos populares en U.S para sus clientes, incluyendo empleados de empresas estatales extranjeras. La empresa alegó que los viajes eran de carácter formativo, si bien, en muchos de dichos viajes no se llegó a efectuar ninguna acción formativa, y la empresa ni si quiera tenía instalaciones en muchos de los destinos. En *SEC v ABB Ltd.*,<sup>19</sup> el demandado entregó a un funcionario del gobierno una amplia variedad de regalos, incluyendo una pertenencia a un club de campo, el pago de los suministros de su vivienda, la factura de teléfono, un automóvil y servicios de limusina.

La guía práctica sobre la FCPA confirma esta interpretación amplia del término “objeto de valor” por parte de las Autoridades Estadounidenses. No obstante, es importante señalar que las Autoridades Estadounidenses reconocen que, en ocasiones, la entrega de pequeños regalos puede responder a normas de cortesía comercial apropiadas. De conformidad con la guía comprehensiva de las Autoridades Estadounidenses titulada *Una Guía Práctica sobre la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras de U.S* (la “Guía Práctica”), las características que definen si un regalo es apropiado son las siguientes, el regalo: (1) se entrega de forma abierta y transparente; (2) se contabiliza correctamente en los libros de quien lo entrega, (3) se proporciona únicamente en señal de estima o gratitud, y (4) está permitido por la legislación local. Ejemplos de gastos que se consideran apropiados pueden ser comidas modestas, artículos promocionales de la empresa, desplazamientos en taxi, y otras cortesías comerciales con un valor nominal que raramente puedan influir en un funcionario.<sup>20</sup>

### 2.1.3. Funcionarios extranjeros e “instrumentos gubernamentales”

La FCPA define el término “funcionario extranjero” como “cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o cualquier departamento, agencia o instrumento gubernamental o de una organi-

18 *SEC vs. UTStarcom, Inc.*, N.º 09-cv-6094 (N.D. Cal. 31 de diciembre de 2009).

19 *SEC vs. ABB Ltd.*, N.º 04-cv-1141 (D.D.C. 6 de Julio de 2004).

20 *Guía Práctica*, cit., p. 15.

zación pública internacional, o cualquier persona que actúe de forma oficial en nombre y representación de dicho gobierno, departamento, agencia o instrumento gubernamental o bien en nombre y representación de cualquier organización pública internacional”<sup>21</sup>. Mientras que muchos líderes políticos y empleados gubernamentales pueden ser fácilmente identificados como “funcionarios extranjeros”, no es tan fácil identificar quien tiene la consideración de empleado de un “instrumento” gubernamental. Las Autoridades Estadounidenses consideran que una empresa estatal o una empresa controlada por el estado (una “SOE”) es un “instrumento gubernamental” y por lo tanto, sus empleados son “funcionarios extranjeros” de acuerdo con la Ley. Las Autoridades Estadounidenses adoptan esta interpretación con el fin de incluir en la definición las diferentes formas de organización y operativa de los gobiernos extranjeros.<sup>22</sup> Lamentablemente, no hay ninguna regla específica de interpretación y el DOJ considera que incluso aquellas entidades que se asemejan a una entidad comercial, aquellas mayoritariamente participadas por entidades de carácter privado o particulares o cuyas acciones cotizan en bolsa, pueden considerarse “instrumentos” gubernamentales de conformidad con la FCPA.<sup>23</sup>

Dos casos en 2011 proporcionan una lista no concluyente de los factores que los tribunales estadounidenses toman en consideración a la hora de evaluar si una entidad es un “instrumento gubernamental”:

- Si la entidad presta un servicio público;
- Si los principales directivos de la entidad son funcionarios públicos o han sido designados por éstos;
- Si la entidad se financia, al menos en gran parte, a través del presupuesto público o tasas establecidas por el gobierno;
- El grado de control del estado extranjero sobre la entidad;
- El objetivo de la entidad;
- Las circunstancias concurrentes en la creación de la entidad; y
- El grado de titularidad pública de la entidad.<sup>24</sup>

21 § 78dd-1(f) (1).

22 *Guía Práctica*, cit., p. 20.

23 *U.S. vs. Carson, et al.*, 2011 WL 5101701 (C.D. Cal. 18 de mayo de 2011) (se tiene en cuenta que el gobierno estadounidense utiliza entidades comerciales – tales como la Empresa Federal del Seguro de Depósitos, la Empresa de Inversiones Privadas en el Extranjero y la Autoridad del Valle de Tennessee – para la prestación de servicios público, entendiéndose que el mero hecho de que una entidad sea una empresa o tenga funciones corporativas no impide que sea considerada un “instrumento” gubernamental).

24 *U.S. vs. Aguilar*, 783 F.Supp.2d 1108 (C.D. Cal. 20 de abril de 2011); *U.S. vs. Carson*, *supra* nota 18.



En ambos casos, el tribunal confirmó la interpretación amplia del término “instrumento gubernamental” utilizada por el DOJ y denegó la petición de desestimación de la acusación presentada por el demandado. Según el tribunal en el asunto *Carson*, a fin de determinar si una entidad tiene la consideración de “instrumento gubernamental” deben analizarse las circunstancias concretas del caso, a cuyos efectos, la propiedad o control estatal es “sólo uno de los elementos a tener en cuenta”, remarcando que tradicionalmente las sociedades han sido instrumentos para la consecución de objetivos gubernamentales, como ocurre con los bancos y compañías de ferrocarril.<sup>25</sup>

Queda sin resolver la cuestión de si las Autoridades Estadounidenses están obligadas a identificar un “funcionario extranjero” específico a fin de declarar que existe una violación de la Ley. En *U.S v. O’Shea*<sup>26</sup>, se “rumoreaba” que se estaban pagando sobornos a funcionarios extranjeros, pero el gobierno no pudo probar que un funcionario extranjero en particular hubiera recibido un pago irregular. El tribunal puso de relieve la problemática de esta cuestión, aclarando que “el gobierno no tiene que seguirle la pista a un dólar en particular a un bolsillo en particular de un funcionario concreto, sino que debe establecer la conexión entre el pago y un funcionario en particular.”<sup>27</sup> Por otra parte, en *SEC v. Jackson*, el tribunal concluyó que las denuncias de pagos a funcionarios extranjeros no particularizados eran suficientes para declarar la existencia de un incumplimiento de la FCPA. En *Jackson*, los directivos de la empresa demandada fueron acusados de tener conocimiento de que ciertos pagos iban a utilizarse para sobornar a funcionarios extranjeros. Los demandados rechazaron las acusaciones, argumentando que la “SEC debe identificar por su nombre, o al menos por su cargo y funciones, al funcionario extranjero al que se supuestamente se haya influenciado”, extremo que la SEC no había evidenciado. El tribunal estuvo de acuerdo en que la SEC no había identificado a los funcionarios, pero no estimó los argumentos de los demandados sobre la necesidad de dicha identificación, y ello, en base al tenor literal de la propia ley, los antecedentes legislativos y otra normativa anticorrupción de carácter local.<sup>28</sup>

#### 2.1.4. “Obtener o conservar un negocio”

A la hora de determinar si se ha producido un incumplimiento de la FCPA<sup>29</sup>, el DOJ utiliza un “test sobre la finalidad del negocio” de

25 *U.S. vs. Carson*, *supra* nota 18.

26 *U.S. vs. O’Shea*, 4:09-cr-00629 (S.D. Tex. 16 de noviembre de 2009).

27 Propuesta de Absolución y Resolución, *U.S. vs. O’Shea*, 4:09-cr-00629 (S.D. Tx. 16 de enero de 2012).

28 *SEC vs. Jackson*., 908 F. Supp. 2d 834 (S.D. Tex. 2012).

29 *Guía Práctica*, cit., p. 12.

carácter amplio. Este test exige que el pago irregular se realice con el fin de “obtener o conservar un negocio” u obtener por cualquier otro medio una ventaja injustificada. La Guía Práctica facilita algunos ejemplos de “acciones adoptadas con la finalidad de obtener o conservar un negocio”, que incluyen, la adjudicación de un contrato, influenciar en el proceso de licitación, eludir la normativa en materia de importación, acceder a información confidencial sobre un proceso de licitación, evadir impuestos o penalizaciones, influir en la resolución de litigios o reclamaciones por incumplimiento, obtener exenciones en la aplicación de la regulación o evitar la terminación de un contrato<sup>30</sup>. En definitiva, si existe un nexo de causalidad entre un pago irregular y la “finalidad del negocio”, las Autoridades Estadounidenses probablemente llegarán a la conclusión de que concurre el requisito de “obtener o conservar un negocio” o una ventaja injustificada.<sup>31</sup>

En *U.S v. Kay*, un tribunal federal de apelación analizó si un pago a un “funcionario extranjero” para evitar abonar derechos aduaneros y reducir el impuesto sobre las ventas constituía un pago con la finalidad de “obtener o conservar un negocio.” El tribunal analizó los antecedentes legislativos de la FCPA y concluyó que la intención del Congreso fue cubrir cualquier conducta corrupta más allá de pagos en efectivo para obtener la adjudicación de contratos públicos. En el caso concreto de pagos para reducir el importe de los impuestos, el tribunal anuló la desestimación de la demanda por parte del tribunal del distrito, en la que dicha corte había dictaminado que la FCPA no criminalizaba pagos cuya finalidad era evitar obligaciones fiscales.<sup>32</sup> Esto indica nuevamente que, a la hora de determinar si un pago tiene por finalidad la “obtención o conservación de un negocio”, se tendrán en cuenta las circunstancias concretas del caso. En al menos un asunto, *U.S v. Pou*, resuelto con anterioridad a *Kay*, un demandado argumentó con éxito que los pagos que había realizado para conseguir la liberación de aviones incautados, no tenían por objeto “obtener o conservar un negocio”, sino que su única finalidad fue acelerar el proceso burocrático.<sup>33</sup> Esta línea de defensa, llamada “pago de facilitación”, se analiza más en profundidad a continuación.

### 2.1.5. Eximentes

La Ley establece tres posibles eximentes de responsabilidad por la conducta contraria a la normativa anticorrupción: (1) “facilitar” o agi-

30 *Guía Práctica*, cit., p. 13

31 *Guía Práctica*, cit., pp. 12 y 13.

32 *U.S. v. Kay*, 359 F.3d 738 (5th Cir. 2004).

33 *U.S. vs. Pou*, 89-802-CR-KEHOE, Petición de absolución presentada por Duran, en su condición de demandado. (S.D. Fla.17 de abril, 1990); *U.S. vs. Pou*, 89-802-CR-KEHOE, Sentencia admitiendo la petición de absolución (S.D. Fla. 19 de abril de 1990).

lizar pagos, (2) conducta permitida conforme a la legislación local, y (3) promoción legítima del producto.<sup>34</sup>

Los pagos de facilitación son aquellos realizados en cumplimiento de procedimientos burocráticos rutinarios sobre los cuales el funcionario extranjero no tiene discrecionalidad alguna. Los ejemplos más comunes son conectar un centro de trabajo a una red eléctrica o pagar por protección policial. A fin de determinar si un pago es o no un “pago de facilitación,” las Autoridades Estadounidenses analizarán la finalidad del pago y no su valor.<sup>35</sup> Sin embargo, a efectos prácticos, los pagos de facilitación no implican normalmente cantidades sustanciales.<sup>36</sup> Adicionalmente, según se analiza a continuación, “la facilitación de pagos, como cualquier gasto, puede violar la FCPA si dichos pagos no se registran de forma correcta en la contabilidad de la empresa.”<sup>37</sup>

Una segunda eximente es que el presunto pago está amparado por la regulación aplicable en la jurisdicción en la que se efectuó. Es importante resaltar que la conducta debe estar expresamente permitida por las leyes, reglamentos y códigos aplicables en dicha jurisdicción. No basta argumentar que el pago se realizó de conformidad con las “costumbres locales” o “prácticas comerciales locales.”

Una tercer eximente es que la conducta se realizó como “un gasto razonable y de buena fe, tales como gastos de viaje y alojamiento, incurridos por cuenta de funcionario extranjero” que están directamente relacionados con “(A) la promoción, demostración o explicación de productos o servicios; o bien (B) la ejecución o cumplimiento de un contrato con un gobierno u organismo extranjero”<sup>38</sup>. Esta eximente suele alegarse respecto a actos de hospitalidad o de promoción de productos. Aunque no hay ninguna regla específica de interpretación que permita determinar cuándo un acto de hospitalidad puede considerarse apropiado, las Autoridades Estadounidenses han considerado contrarias a la FCPA las muestras de hospitalidad excesivamente generosas, en las que los familiares de un funcionario extranjero reciben viajes en primera clase, o en las que las visitas a las instala-

34 § 78dd-1(b), § 78dd-2(b), § 78dd-3(b).

35 *Guía Práctica*, cit., p. 25.

36 En la práctica, la tendencia creciente es que las empresas prohíban a sus empleados efectuar pagos de facilitación. Por otra parte, la Ley Anticorrupción del Reino Unido prohíbe dichos pagos. Por consiguiente, una empresa sujeta tanto a la Ley Anticorrupción del Reino Unido como a la FCPA probablemente no permita a sus empleados hacer pagos de facilitación de ningún tipo.

37 *Guía Práctica*, cit., p. 26.

38 § 78dd-1(c), § 78dd-2(c), § 78dd-3(c).

ciones incluían entradas o tours a destinos turísticos famosos como Disney Land o Las Vegas.

Desde un punto de vista práctico, la mayoría de las empresas involucradas en procedimientos por incumplimiento de la FCPA optan por alcanzar acuerdos transaccionales con las Autoridades Estadounidenses, en lugar de tratar de defenderse de las acusaciones de soborno ante los tribunales, intento, este último que podría tener consecuencias económicas y reputacionales significativas o catastróficas para la empresa, incluyendo la inhabilitación para contratar con entidades gubernamentales y organizaciones internacionales. Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia en materia de incumplimiento de la FCPA, tanto con carácter general como en particular respecto a las tres eximentes de responsabilidad, es escasa. Por lo tanto, con carácter general, prima la interpretación restrictiva de las Autoridades Estadounidenses sobre el ámbito de aplicación de estas eximentes.<sup>39</sup>

## 2.2. Obligaciones en materia contable y de registro

Durante los últimos años se ha incrementado el número de acciones legales por incumplimiento de las obligaciones en materia contable y de registro establecidas en la FCPA. Si bien la SEC es la principal responsable de dicho incremento en los procedimientos civiles, los incumplimientos conscientes de las obligaciones en materia contable y de registro también pueden conllevar la declaración de responsabilidad penal. Las citadas obligaciones contables y de registro exigen que las empresas cotizadas (emisores de valores en U.S), “(A) lleven y conserven la contabilidad y demás libros y registros de la sociedad de manera que reflejen las operaciones y disposiciones de activos de forma, razonablemente detallada, precisa y objetiva” y “(B) implanten y mantengan sistemas de control interno de su contabilidad adecuados para garantizar de forma razonable que - (i) las operaciones efectuadas por la sociedad se ejecutan de acuerdo con las autorizaciones conferidas por el órgano de gestión de la sociedad ya sea con carácter general o especial; (ii) la contabilización de las operaciones permite, según sea el caso, (I) la preparación de los estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados o cualquier otro criterio aplicable a dichos estados financieros, y (II) la contabilización de los activos de la empresa; (iii) únicamente tengan acceso a los activos de la sociedad aquellas personas que cuentan con autorización general o especial del órgano de gestión; y (iv) se efectúen de forma periódica comparaciones entre los activos registrados en la contabilidad y los

39 JONES, Ashby, *FCPA: Company Costs Mount for Fighting Corruption* [FCPA, La lucha contra la corrupción incrementa los costes de las empresas], Wall Street Journal, 2 de octubre de 2012. [Ver en línea: <on.wsj.com/1ktklRr>]

efectivamente existentes y se adopten las medidas necesarias para solventar cualquier discrepancia.”<sup>40</sup> En consecuencia, las sociedades cotizadas deben contabilidad de forma exacta y completa todos los gastos y adoptar las medidas adecuadas para garantizar que dichos gastos no son contrarios a la legislación y han sido debidamente autorizados. Sólo conllevará un incumplimiento de las obligaciones contables y de registro, si el pago de un soborno por la sociedad a un funcionario extranjero se ha ocultado o registrado incorrectamente en la contabilidad de dicha sociedad. Por ejemplo, registrar un soborno como una “comisión de ventas” constituiría una infracción de las obligaciones contables establecidas en la FCPA. Cabe señalar que no existen excepciones por materialidad o *de minimus*.

La FCPA establece una excepción a las obligaciones en materia contable en base a la existencia de buena fe, en aquellos casos en los que la sociedad cotizada “tiene un porcentaje igual o inferior al 50% de los derechos de voto en la empresa nacional o extranjera.” En estos casos, las sociedades cotizadas sólo están obligadas a “actuando de buena fe y en la medida en que ello sea posible teniendo en cuenta sus circunstancias concretas, utilizar su capacidad de decisión en dichas entidades para conseguir que implanten y mantengan sistemas de control interno de su contabilidad.” Si la sociedad cotizada es capaz de demostrar que ha actuado de buena fe y ha utilizado todos los recursos a su alcance para influir en la empresa nacional o extranjera, se considerará que ha cumplido con las disposiciones de la FCPA.<sup>41</sup>

### 3. LA FCPA EN LOS PROCESOS DE AUDITORÍA EN OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS

De acuerdo con la FCPA, las operaciones de fusiones y adquisiciones y otras transacciones similares pueden conllevar la derivación de responsabilidad por las infracciones cometidas en el pasado por la sociedad adquirida.<sup>42</sup> Por tanto, las sociedades domiciliadas en U.S. o que cotizan en bolsas estadounidenses (incluyendo aquéllas que han emitido Recibos de Depósito Americanos “ADRs”) (que llevan aparejado el envío de información periódica a la SEC) se enfrentan a posibles responsabilidades solidarias en caso de que incurran en falta de diligencia en la realización de auditorías meticulosas sobre el cumplimiento de la FCPA o en la adopción de medidas ante cualquier indicio de irregularidad, responsabilidades que pueden resultar en la imposición de sanciones y multas considerables por parte de las Autoridades Estadounidenses, incluso meses o años después de que se haya ejecutado

40 § 78m (b) (2).

41 § 78m (b) (6).

42 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., FCPA *Opinion Procedure Release* [Comunicado de prensa la opinión del Departamento de Justicia sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero], N.º 03-01, 15 de enero de 2003. [Ver en línea: <1.usa.gov/1lo1xKg>].

de la operación.<sup>43</sup> Asimismo, el comprador que no lleve a cabo una adecuada auditoría sobre el cumplimiento de la FCPA puede descubrir a posteriori que ha adquirido un negocio que sería menos productivo o rentable de no existir sobornos u otras prácticas corruptas.<sup>44</sup> Este escenario, no sólo plantea riesgos significativos en materia de responsabilidad civil o penal, sino también perjudica seriamente la reputación y rentabilidad de un comprador y sus filiales y asociadas.

La Guía Práctica resume concisamente la opinión de las Autoridades Estadounidenses sobre si un comprador ha actuado adecuadamente ante los indicios de irregularidad detectados en el procedimiento de adquisición de la target. Dicha Guía Práctica señala las medidas concretas que debe adoptar una empresa a la que es de aplicación la FCPA al considerar una fusión o adquisición:

- (1) llevar a cabo una meticulosa auditoría externa de riesgos en materia de cumplimiento de la FCPA y otra normativa anticorrupción en las potenciales adquisiciones de nuevos negocios;
- (2) asegurarse de que las sociedades o actividades recientemente adquiridas o absorbidas cumplen, tan pronto como sea posible, el código de conducta y cualesquiera otras políticas y procedimientos de cumplimiento de la FCPA del comprador, así como cualesquiera otras leyes anticorrupción que resulten de aplicación;
- (3) impartir a los administradores, directivos y empleados de las sociedades o negocios recientemente adquiridos o absorbidos y, cuan-

43 18 USC § 3282 establece que los incumplimientos de la FCPA prescriben en el plazo de cinco años desde la realización de cada soborno. En consecuencia, cuando existe una trama organizada y continuada para el pago de sobornos, el plazo de prescripción es de cinco años para cada soborno individualizado. Una cuestión importante a tener en cuenta en materia de FCPA, es la existencia de responsabilidad por conspiración para la comisión del delito. El plazo de prescripción de los actos de conspiración para la comisión del delito es de cinco años a partir del último acto de exteriorización de la conspiración - que no tiene por qué ser necesariamente un soborno. *United States vs. Schlesinger*, 360 F. Supp. 2d 512, 520 (E.D.N.Y. 2005) (“Los plazos de prescripción de las acciones establecidas en § 371 es de cinco años. 18 USC § 3282. A fin de determinar si los cargos por supuesta conspiración para la comisión de un delito han prescrito (1) la conspiración debe haber estado en marcha dentro del período de cinco años anterior a la imputación, y (2) al menos uno de los actos de exteriorización de la conspiración tiene que haberse producido dentro de ese período.”) (notas internas y citas omitidas). Por ejemplo, un fiscal podría argumentar que los esfuerzos por ocultar una trama de corrupción o cualquier cumplimiento continuado de las obligaciones establecidas en un contrato obtenido mediante actos de corrupción constituyen “actos de exteriorización” de la conspiración. Por lo tanto, un fiscal podría perseguir una conducta que en principio estaría prescrita de conformidad con la FCPA (u otra normativa penal aplicable, como fraude electrónico o blanqueo de capitales) siempre que pueda establecer la existencia de una trama organizada que se ha perpetuado durante más de cinco años.

44 *Auditoría anticorrupción en operaciones de M&A transfronterizas*, *supra* nota 33.

do proceda, a los agentes y socios comerciales, formación sobre la FCPA y cualquier otra normativa anticorrupción que resulte de aplicación, así como sobre el código de conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento de la FCPA de la compañía;

- (4) llevar a cabo una auditoría específica sobre aplicación de la FCPA en todas las empresas recién adquiridas o absorbidas tan pronto como sea factible; y
- (5) comunicar cualquier pago irregular detectado durante del proceso de auditoría de las entidades recientemente adquiridas o absorbidas.

Las Autoridades Estadounidenses valorarán positivamente a las empresas que lleven a cabo estas acciones, e incluso, de concurrir las circunstancias apropiadas para ello, descartarán el inicio de acciones legales contra las mismas.<sup>45</sup>

### **3.1. Llevar a cabo una meticulosa auditoría de riesgos con carácter previo a la adquisición**

A pesar de que la FCPA no establece como exigente de responsabilidad la realización de “auditorías,” los compradores que lleven a cabo una auditoría adecuada sobre el cumplimiento de la FCPA por parte de la target podrán demostrar a las Autoridades Estadounidenses su compromiso con el cumplimiento de la normativa, cuestión que, a menudo, es tomada en consideración si surgen problemas con posterioridad al cierre.<sup>46</sup> La realización de una auditoría de la target antes de la firma del contrato de compraventa, permitirá igualmente al potencial comprador valorar nuevamente una operación o dar por terminada la misma si se detectan problemas significativos en materia de corrupción. Por tanto, una auditoría efectiva previa a la adquisición, no sólo ayuda a mitigar riesgos legales, sino que también permite al potencial comprador valorar con mayor precisión la target. Adicionalmente, los resultados de la auditoría pueden facilitar al potencial comprador argumentos para negociar ajustes en el precio o la inclusión de una indemnización específica y la creación de un depósito en garantía destinados a cubrir riesgos en materia anticorrupción.<sup>47</sup> En última instancia, una auditoría minuciosa es un elemento clave de una estrategia más amplia de mitigación de riesgos, y de efectuarse correctamente, puede neutralizar los altos costes y riesgos reputacionales asociados a la infracción de la FCPA por parte de las sociedades reciente adquiridas o absorbidas.

Un proceso eficaz de auditoría no es sólo de vital importancia para detectar posibles infracciones de la FCPA, sino que también es un elemento

45 *Guía Práctica*, cit., p. 29.

46 *Guía Práctica*, cit., p. 62.

47 *Id.*

fundamental en una estrategia más amplia a fin de fijar las pautas a seguir por la target en el proceso de transición hacia los controles internos y manuales de cumplimiento más estrictos.<sup>48</sup> Dichos controles ayudan a protegerse contra futuras responsabilidades y a asegurar que el proceso de auditoría posterior a la adquisición, complementa adecuadamente su estrategia previa a la adquisición. En consecuencia, durante toda la operación, la auditoría sobre cumplimiento de la FCPA debe tener por finalidad la consecución de una serie de objetivos generales, entre los que se incluye:<sup>49</sup>

- Identificar los riesgos en materia anticorrupción derivados de una operación;
- Confirmar las manifestaciones contractuales sobre anticorrupción;
- Determinar la viabilidad y el coste de implementar medidas de cumplimiento adecuadas después de la adquisición;
- Evaluar si es necesario realizar ajustes en la plantilla, los contratos, los mercados en los que opera o en sus relaciones con terceros;
- Comunicar a los directivos y trabajadores de la target la existencia de un compromiso de cumplimiento de la FCPA; y
- Documentar cualquier actuación de buena fe adicional de auditoría y cumplimiento.

Conforme a lo dispuesto en el apartado III C siguiente, “Casos recientes de la FCPA en relación con la auditoría en operaciones de M&A,” si el comprador opta por realizar la operación a pesar de que la auditoría haya puesto de manifiesto la existencia de actividades ilícitas en la target o si no le es posible detectar, interrumpir o subsanar tales conductas, dicho comprador podría ser objeto de acciones legales por incumplimiento de la FCPA.

La auditoría sobre cumplimiento de la FCPA es de vital importancia para toda empresa o emisor estadounidense (incluyendo emisores extranjeros cuyos ADRs cotizan en una bolsa estadounidense) que participa en operaciones de fusiones y adquisiciones transfronterizas, y en particular cuando la target se encuentra en un país considerado de “alto riesgo” desde el punto de vista anticorrupción u opera frecuentemente en el extranjero.<sup>50</sup> La identificación de las jurisdicciones de “alto riesgo” puede requerir la consulta de fuentes independientes, tales como el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional (“CPI”). El CPI define de forma amplia la corrupción como “el abuso del poder público para el beneficio privado” y clasifica a los países

48 COOK, R. Christopher, *La realización de auditorías legales anticorrupción de forma efectiva en fusiones y adquisiciones*, Jones Day Commentary, 20 de marzo de 2013.

49 COOK, *La realización de auditorías legales anticorrupción de forma efectiva en fusiones y adquisiciones*, cit.

50 BLOOMBERG, *Informes legales de Bloomberg, Fusiones & Adquisiciones*, 29 de septiembre de 2008, Vol.2, N.º 19.



según “sus niveles de percepción de corrupción, en función de las valoraciones de expertos y encuestas.”<sup>51</sup> Por ejemplo, muchos mercados emergentes obtienen puntuaciones muy bajas en el CPI: Brasil, Venezuela, Argentina, Bolivia, China, Rusia, India y México son solo algunos de los países más significativos considerados actualmente como áreas con alto riesgo de corrupción.<sup>52</sup>

Aparte de consideraciones basadas en la localización de las operaciones, determinados sectores se consideran de “alto riesgo” desde el punto de vista de anticorrupción. Por ejemplo, se han producido numerosas acusaciones por infracción de la FCPA contra operadores en sectores como la construcción, contratos militares, energía, salud, minería, telecomunicaciones y transporte. Históricamente, eran sectores altamente regulados que, a menudo, contaban con escasas medidas de prevención de la corrupción, y la combinación entre una regulación profusa del comercio local con la escasez de medidas de prevención dio lugar a la proliferación de situaciones en las que podían producirse sobornos.<sup>53</sup> Por ejemplo, la industria farmacéutica china es un sector altamente regulado en el que las autoridades chinas fijan los márgenes de precios para todos los operadores del mercado, y sin embargo, se considera un sector en el que existe, de forma generalizada, corrupción por parte de los médicos chinos que exigen sobornos para prescribir medicamentos.<sup>54</sup> Incluso dentro de estos sectores de “alto riesgo”, el nivel de riesgo puede variar en función de si la target es de titularidad pública o privada, o bien de si existe algún interés o participación estatal.<sup>55</sup> Adicionalmente, el riesgo de incumplimiento de la FCPA se incrementa normalmente cuando la target contrata o tiene vínculos estrechos con personal gubernamental, en particular, cuando

- 
- 51 TRANSPARENCY INTERNACIONAL, The 2012 corruption perceptions index [Índice de Percepción de Corrupción], Transparencia Internacional, 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1jKfe6q>].
- 52 Otros países en América Latina considerados de alto riesgo en función de su que el CPI actual son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Surinam y Venezuela.
- 53 Kroll, Global Fraud Report. Annual Edition 2010/11 [Informe Global de Fraude], Kroll, 2011. [Ver en línea: <bit.ly/1fvdw7j>].
- 54 Ver, CHINA BRIEFING, *Why Corruption is Inevitable in China's Pharmaceutical Industry* [Por qué la corrupción es inevitable en la industria farmacéutica China], China Briefing, Julio 2013. [Ver en línea: <bit.ly/1dO11ph>]. Adicionalmente, en varios procedimientos por incumplimiento de la FCPA recientes, las Autoridades Estadounidenses han considerado como “funcionarios extranjeros” a doctores que trabajan en hospitales del estado o eran empleados de un sistema médico gestionado por el estado por considerarlos empleados de “instrumentos” gubernamentales.” Ver Sección III(A)(3), *supra*.
- 55 JONES DAY COMMENTARY, *Resumen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, Resumen sobre los desarrollos más recientes e impacto en el ámbito de las operaciones de M&A*, Jones Day, 4 de febrero de 2013.

dichos individuos o personas vinculadas ocupan puestos clave en la dirección, administración u operativa de la target.<sup>56</sup>

Además de identificar y examinar cuidadosamente países y sectores de riesgo, el potencial comprador debe actuar ante los indicios de irregularidad detectados durante la auditoría. Aunque no se trata de un listado completo, a continuación se incluye una lista de “indicios de irregularidades” que pueden indicar una alta probabilidad de que se estén produciendo infracciones de la FCPA, y que por tanto exigen un análisis más profundo:

- Investigaciones o infracciones de la FCPA anteriores, así como cualquier otra investigación en materia de corrupción;
- Infracciones anteriores o denuncias relativas a la integridad empresarial u otras infracciones de la normativa local, incluyendo fiscalidad y cumplimiento de obligaciones aduaneras;
- El uso de agentes o terceros a quienes se les paga comisiones u honorarios inusualmente altos sin estar debidamente detallados o documentados, o que exigen condiciones de pago inusuales, tales como pagos en efectivo, o solicitan que los pagos se hagan a un tercero o en cuentas localizadas en jurisdicciones con las que no hay vinculación alguna;
- El uso de agentes o terceros que parecen carecer de las cualificaciones necesarias para llevar a cabo las tareas contempladas en el acuerdo o el uso habitual y frecuente de contactos políticos o gubernamentales en lugar de empleados o personal capacitado para realizar dichas funciones;
- Emplear o contratar a cualquier persona o parte por razón de sus vínculos personales, familiares o profesionales con un funcionario público o el uso/contratación de cualquier tercero en base a la recomendación emitida por un funcionario extranjero;
- Aportaciones a partidos políticos inusualmente altas o frecuentes;
- Pagos a terceros de escasa reputación en el sector o que residen fuera del país de destino de los productos o servicios a suministrar;
- Hacer uso de empresas pantalla (*shell*) u operaciones en efectivo;
- Ausencia de políticas, formación, programas de cumplimiento o códigos de conducta anticorrupción;
- Ausencia de contratos escritos con agentes o socios comerciales, particularmente en los supuestos en los que existen vínculos estrechos con funcionarios públicos y reguladores;

56 JONES DAY, *Resumen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, cit.

- Cualquier manifestación errónea o falsa, reticencias o ausencia de colaboración de la target en el proceso de auditoría; o
- La reputación del país o del sector o la existencia de precedentes por corrupción.

Una vez que se hayan identificado todos los indicios de irregularidad, a fin de evitar la declaración de responsabilidad solidaria por incumplimiento de la FCPA en operaciones transfronterizas, es necesario efectuar un análisis del perfil de riesgo global de la target para diseñar e implementar una respuesta adecuada ante los indicios de irregularidad identificados.<sup>57</sup> En general, este proceso conlleva documentar detalladamente todos los esfuerzos de análisis efectuados, especialmente cuando se analizan posibles incumplimientos de la FCPA. Conforme a lo dispuesto en el Apartado III(A)(1), el requisito del conocimiento establecido en la FCPA abarca tanto el conocimiento actual, como la “indiferencia consciente”, “ceguera voluntaria” y la “ignorancia deliberada” sobre el acaecimiento del incumplimiento de la Ley. En consecuencia, todos los indicios de irregularidad deben investigarse pormenorizadamente y solventarse. La solución puede exigir la auto-denuncia o la utilización del Procedimiento de Consulta del DOJ (“OPR”)<sup>58</sup>. Adicionalmente, en caso de detectarse incumplimientos de la FCPA, el potencial comprador debería negociar la inclusión de una regulación contractual adecuada respecto a la target en la correspondiente documentación de la operación, como por ejemplo, requerir la escisión o la clausura de las actividades corruptas, si es que se puede aislar con anterioridad al cierre, la inclusión de indemnizaciones específicas sujetas a auditorías posteriores al cierre o la constitución de un depósito en garantía.

Es fundamental que durante el proceso de auditoría el potencial comprador no se base únicamente en la información proporcionada por la target o por terceros interesados. En particular, deben verificarse de forma independiente los datos y relaciones comerciales relevantes de la target, tales como los contratos de consultoría y agencia, estructura de capital, intereses de los socios o de clientes clave del negocio y cualquier información sobre pagos a terceros.<sup>59</sup> A pesar de que este proceso puede requerir una inversión inicial significativa, los costes serán probablemente inferiores que los posibles costes sustancia-

57 JONES DAY, *Resumen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, cit.

58 El procedimiento de consulta (“OPR”) “permite a los emisores y empresas nacionales obtener una opinión del Procurador General en relación a si una conducta específica, potencial - no hipotética - se ajusta con la actual política de ejecución del Departamento sobre las disposiciones anticorrupción de la [FCPA].”<sup>28</sup> CFR la parte 80. Un OPR sólo obliga a las partes que presenten una solicitud. Sin embargo, dada la escasez de resoluciones judiciales que tengan por objeto la FCPA, los OPR proporcionan criterios útiles de orientación a la hora de determinar si es probable que una conducta pueda implicar el inicio de acciones legales por incumplimiento de la FCPA.

59 JONES DAY, *Desarrollo de M&A y la SEC: Consejos de práctica para la temporada de transacciones y Proxy*, Jones Day, 15 de noviembre de 2012.

les, daños reputacionales y pérdida de negocio que pudieran derivarse de una investigación por parte de las Autoridades Estadounidenses.

En situaciones en las que no es posible efectuar una auditoría previa a la adquisición, debe tenerse en cuenta que, en supuestos limitados y justificados, las Autoridades Estadounidenses no van a iniciar acciones legales contra una sociedad que ha llevado a cabo, con posterioridad a la adquisición, una auditoría minuciosa sobre el cumplimiento de la FCPA. Por ejemplo, en el OPR 08-02, el DOJ declaró que no procesaría a Halliburton, quien no pudo llevar a cabo una auditoría detallada de forma previa a la adquisición de una compañía británica debido a las restricciones legales del Reino Unido, pero que proporcionó un plan de trabajo detallado de 180 días<sup>60</sup> por medio del cual se llevaría a cabo un análisis profundo del cumplimiento de la normativa anticorrupción de la target y se informaría al DOJ de forma periódica sobre los resultados de la misma.<sup>61</sup> Asimismo, es importante señalar que, en la Guía Práctica, las Autoridades Estadounidenses establecen que los últimos pasos en toda operación consisten en una auditoría específica sobre cumplimiento de la FCPA y la puesta en conocimiento de las Autoridades Estadounidenses de cualesquier pago irregular detectado.

### 3.2. Pasos posteriores a la adquisición

Las Autoridades Estadounidenses consideran que el llevar a cabo una auditoría meticulosa con carácter previo a la adquisición y responder ante los indicios de irregularidad detectados, no son por sí solos suficientes para eliminar la posible responsabilidad solidaria del adquirente. Por el contrario, el adquirente, con posterioridad a la adquisición, debe (1) asegurarse que las sociedades recientemente adquiridas o absorbidas cumplen, tan pronto como sea posible, el código de conducta y cualesquiera otras políticas y procedimientos de cumplimiento de la FCPA del comprador, así como cualesquiera otras leyes anticorrupción que resulten de aplicación; (2) impartir a los administradores, directivos y empleados de las sociedades o negocios reciente-

60 En el OPR de Halliburton, el Departamento de Justicia caracteriza la propuesta de la siguiente manera: "Halliburton declara que, a la luz de las restricciones anteriores, hacen caso de efectuarse una oferta adicional exitosa que resulte en la adquisición de la target, propone aplicar el siguiente plan con posterioridad al cierre..." (DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., Foreign Corrupt Practices Act Review [Comunicado de prensa sobre el procedimiento de consulta al Departamento de Justicia, sobre la revisión de la FCPA], 13 de junio de 2008, [Ver en línea: <1.usa.gov/1h4eIAT>].) Por desgracia, a diferencia del Procedimiento de consulta de la SEC, al parecer el Departamento de Justicia no publicó el documento presentada por Halliburton al tiempo de solicitar el OPR. En consecuencia, no está claro si Halliburton propuso o negoció el plan post-cierre. Sin embargo, la conclusión de este OPR, que fue formalizado posteriormente en algunos aspectos en la Guía Práctica de la FCPA, es que una auditoría meticulosa posterior al cierre es una forma efectiva de mitigar el riesgo de responsabilidad solidaria por parte de una sociedad adquirente.

61 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., Foreign Corrupt Practices Act Review, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1h4eIAT>].

mente adquiridos o absorbidos y cuando proceda, a los agentes y socios comerciales, formación sobre la FCPA y otras leyes anticorrupción que resulten de aplicación, así como sobre el código de conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento de la compañía; (3) llevar a cabo una auditoría específica sobre la aplicación de la FCPA a todas las empresas recientemente adquiridas o absorbidas, tan pronto como sea factible; y (4) comunicar cualquier pago irregular detectado durante el proceso de auditoría de las entidades recientemente adquiridas o absorbidas. Las Autoridades Estadounidenses valorarán positivamente a las empresas que lleven a cabo estas acciones, e incluso, de concurrir las circunstancias apropiadas para ello, las Autoridades Estadounidenses pueden llegar a descartar el inicio de acciones legales contra las mismas.<sup>62</sup>

Como se expondrá con más detalle en la Sección IV (B), con posterioridad a la adquisición, el comprador puede mitigar los ilícitos cometidos por la target con anterioridad a la adquisición asegurándose que su plan de atenuación de riesgos se basa en su estrategia previa a la adquisición. Dependiendo del nivel de riesgo detectado durante la auditoría previa a la adquisición, un plan posterior a la adquisición puede implicar cualquier actuación, desde el establecimiento de requisitos relativos a los procedimientos de cumplimiento y regularización hasta la obtención de nuevas certificaciones de cumplimiento de la FCPA por parte de sus empleados clave y socios comerciales. Al igual que con la auditoría previa a la adquisición, la estrategia posterior al cierre debe basarse en los riesgos detectados y ser proporcional a la importancia y alcance de la operación. Asimismo, debe perseguir garantizar que los procedimientos de supervisión y auditoría sean suficientes y se centren en la detección de cualquier incumplimiento de la FCPA.<sup>63</sup>

### 3.3. Casos recientes de la FCPA en relación con la auditoría en operaciones de M&A

La presente guía se ha elaborado en base a los Comunicados de Prensa sobre los Procedimientos de Consulta (“OPR”)<sup>64</sup> y en los procedimientos interpuestos por las Autoridades Estadounidenses en relación con infracciones de la FCPA en operaciones de M&A. El análisis de los asuntos relativos a la responsabilidad solidaria en los últimos diez años demuestra claramente el riesgo potencial al que se enfrentan los compradores en U.S. En tres casos de responsabilidad solidaria, las Autoridades Estadounidenses no acusaron a los adquirentes por irregularidades previas a la adquisición y en dos si lo hicieron. En estos casos, se analizó si la sociedad adquirente había detectado, interrumpido y subsanado la conducta de la target. Cuando la respuesta a es-

62 *Guía Práctica*, cit., p. 29.

63 *Llevar a cabo una auditoría legal efectiva en fusiones y adquisiciones*, supra nota 40.

64 Ver explicación de OPR, supra nota 52.

tas preguntas fue afirmativa, las Autoridades Estadounidenses no procesaron a la sociedad adquirente. En cambio, cuando la respuesta a estas preguntas fue negativa, las Autoridades Estadounidenses acusaron al adquirente por violación de la FCPA.

1. Los OPRs destacan la importancia de realizar una auditoría minuciosa de cumplimiento de la normativa anticorrupción, así como de actuar adecuadamente ante los riesgos de detectados.

Los tres OPRs que se describen a continuación subrayan lo que las Autoridades Estadounidenses consideran una adecuada auditoría y actuación apropiada ante los indicios de irregularidad.

Primero, en el OPR 2001-01, el DOJ mencionó que emprendería acciones legales contra una empresa estadounidense que constituyó una *joint venture* junto con una empresa francesa sujeto a la condición de que, entre otras cosas, la compañía francesa manifestase y garantizase que no había operaciones no reveladas que violaran cualquier ley anticorrupción, pudiendo la empresa estadounidense resolver la *joint venture* en caso de que dicha manifestación resultara ser falsa.<sup>65</sup>

Segundo, en el OPR 2003-01, el DOJ estableció que no emprendería acciones legales en contra de un adquirente, cuando el adquirente haya comunicado la irregularidad y se comprometa a:

- (1) Cooperar (i) con las Autoridades Estadounidenses en sus respectivas investigaciones sobre pagos anteriores, y (ii) cooperar con las autoridades extranjeras encargadas de aplicar la ley;
- (2) Asegurarse de que todos los empleados o directivos de la target, que hicieron o autorizaron pagos irregulares a funcionarios extranjeros fueran sancionados apropiadamente;
- (3) Poner en conocimiento del DOJ cualquier pago adicional por parte de la target o sus filiales a funcionarios extranjeros que detecte después de la adquisición y que haya sido previo a la adquisición;
- (4) Extender a la target su programa de cumplimiento. Dicho programa de cumplimiento será modificado si es necesario, para asegurar que está razonablemente diseñado para detectar y prevenir, a través de la formación e información, incumplimientos de la FCPA y de las leyes extranjeras anticorrupción; y

65 Ver, OPR del DOJ, FCPA 2001-01, 24 de mayo de 2001. [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLgfOh>]

- (5) Asegurarse de que la target implementa sistemas internos de control y cumple con sus obligaciones de llevanza de su contabilidad.<sup>66</sup>

En un tercer OPR, varios fondos de inversión estaban interesados en comprar un negocio y celebraron un contrato preliminar con ese fin el 16 de octubre de 2003.<sup>67</sup> El contrato incluía una disposición para llevar a cabo, de forma conjunta, una revisión del cumplimiento de la normativa FCPA por parte de la target.<sup>68</sup> Los fondos de inversión declararon que habían llevado a cabo una revisión muy extensa de la target, incluyendo la contratación de abogados independientes, quienes dedicaron miles de horas a la revisión de millones de documentos y entrevistando a varios empleados y antiguos empleados de la target. Los fondos también contrataron a peritos, quienes viajaron a muchos países donde la target tenía negocios, analizaron cientos de miles de transacciones, y redactaron numerosos informes.<sup>69</sup> Los fondos de inversión cumplieron efectivamente los cinco pasos que se describen en la Guía Práctica.<sup>70</sup> El 6 de julio de 2004, el DOJ declaró a la target culpable por infracciones de la FCPA y, una semana después, anunció que no tenía intención de tomar acciones legales en contra de los fondos de inversión.<sup>71</sup> Este resultado pone de relieve la importancia de realizar una auditoría de riesgos de forma previa a la adquisición y del cumplir con los pasos de la Guía Práctica cuando se esté considerando realizar una fusión o adquisición.

2. Tres casos en los que la sociedad adquirente no fue procesada porque la conducta ilícita de la target se identificó, se interrumpió y se subsanó.

Con anterioridad a la adquisición por parte de General Electric Company (“GE”) de InVision Technologies Inc. (“InVision”), una sociedad cotizada con sede en California, las empresas detectaron, a través de la conducta de ciertos empleados, que “InVision” estaba al tanto de que era altamente probable que sus agentes o distribuidores en Tailandia, China y Filipinas habían pagado u ofrecido pagar dinero a funcionarios extranjeros o partidos políticos en relación con las operaciones u ofertas realizadas por InVision para suministrar sus máquinas de control de seguridad aeroportuaria.<sup>72</sup> Antes de que se cerrara la

66 OPR del DOJ, FCPA 2003-01, 15 de enero de 2003. [Ver en línea: <1.usa.gov/1lo1xKg>]

67 Ver OPR del DOJ, FCPA 2004-02, 12 de julio de 2004. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pOIGKc>]

68 *Ver id.*

69 *Ver id.*

70 *Ver id.* Ver también la sección VI, *supra*.

71 *Ver id.*

72 Ver DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., Invision Technologies, Inc. Enters into agreement

adquisición, las empresas comunicaron de forma voluntaria los resultados de la investigación interna a las Autoridades Estadounidenses y alcanzaron acuerdos con dichas Autoridades.<sup>73</sup> InVision admitió las alegaciones en la exposición de los hechos, pagó una multa de \$800,000 dólares y acordó seguir cooperando con las Autoridades Estadounidenses. GE alcanzó un acuerdo de un año de vigencia con el DOJ a cambio de que dicho órgano no procesase a GE; por otro lado, GE acordó (i) incorporar a InVision a su programa de cumplimiento de la normativa FCPA y contratar a un consultor independiente para evaluar la eficacia de los esfuerzos de GE, (ii) hacer que InVision cumpla con los términos del acuerdo de no enjuiciamiento alcanzado con el DOJ, (iii) aceptar las declaraciones de hechos en el acuerdo de InVision y abstenerse de contradecir el acuerdo, y (iv) continuar cooperando con las Autoridades Estadounidenses en la investigación en curso.<sup>74</sup> Por lo tanto, mediante la comunicación de la posible irregularidad de la target y la suscripción de incluir al cliente dentro del régimen de cumplimiento con la FCPA, la sociedad adquirente evitó su responsabilidad solidaria.

Del mismo modo, la detección y comunicación de las conductas irregulares previas a la adquisición permitió a Monsato Company (“Monsato”) evitar la responsabilidad solidaria. Delta & Pine Land Company (“Delta & Pine”) y su filial totalmente participada eran “asuntos nacionales” (*domestic concerns*) bajo la FCPA. En julio de 2007, pagaron \$300,000 dólares para resolver las acusaciones sobre los pagos de sobornos por parte de la filial a funcionarios turcos con el fin de obtener permisos comerciales para operar en Turquía.<sup>75</sup> La demanda de la SEC alega que los pagos irregulares se iniciaron en 2004 y “no cesaron hasta 2006, cuando los pagos salieron a la luz en el proceso de auditoría realizado por un potencial adquirente de Delta & Pine.”<sup>76</sup> Monsato, la empresa adquirente, no fue procesada por una conducta de la target previa a la adquisición.<sup>77</sup>

*with the United States* [InVision Technologies celebra un acuerdo con los Estados Unidos], Comunicado de Prensa del DOJ N.º 04-780, 6 de diciembre de 2004. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pONzTM>].

73 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Invision Technologies, Inc. Enters into agreement with U.S.*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1pONzTM>].

74 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Invision Technologies, Inc. Enters into agreement with U.S.*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1pONzTM>].

75 Ver SEC, *Delta & Pine and Turk Deltapine Agree to Pay a \$300,000 Penalty to Settle FCPA Charges* [Delta & Pine Land Company y Turk Deltapine acuerdan pagar una multa de \$300,000 para acordar cargos bajo, Comunicado de litigio], SEC N.º 20214, 26 de julio de 2007. [Ver en línea: <1.usa.gov/1goS28k>].

76 SEC vs. *Delta & Pine Land Company*, 1:07-cv-01352, D.D.C. 25 de julio de 2007, Queja 10.

77 Ver SEC, *Delta & Pine and Turk Deltapine Agree to Pay a \$300,000 Penalty to Settle FCPA Charges*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1goS28k>].



Del mismo modo, Johnson Controls Inc. (“Johnson Controls”) pudo evitar su responsabilidad solidaria tras adquirir York International Corporation (“York”), también un asunto nacional, al detectar y comunicar la conducta irregular a las Autoridades Estadounidenses previamente a la adquisición.<sup>78</sup> Johnson Controls adquirió York en 2005, y las Autoridades Estadounidenses alegaron que, con anterioridad a su adquisición, una filial de York International pagó sobornos y comisiones ilegales a funcionarios del gobierno de China, Emiratos Árabes Unidos, India, Irak y Nigeria con el fin de asegurarse la adjudicación de proyectos gubernamentales.<sup>79</sup> Ni el DOJ ni la SEC procesaron a Johnson Controls por la conducta de York previa a la operación, sin embargo, el acuerdo de enjuiciamiento diferido de York suscrito con el DOJ requirió que Johnson Controls adoptara nuevos procedimientos de control interno o modificara los existentes en relación con, entre otras cosas, la realización de auditoría adecuadas respecto a los agentes y socios comerciales.

3. Derivación de responsabilidad solidaria cuando el adquirente no interrumpe y subsana las conductas irregulares de la target.

En dos casos del 2009 estaban involucradas empresas que no lograron detectar, interrumpir y subsanar, con posterioridad a la adquisición, tramas de soborno.

La SEC descubrió que, después de que Avery Denison Corporation (“Avery”) adquiriera una compañía en junio de 2007, los empleados de la empresa adquirida continuaron realizando pagos irregulares de cuantías menores a funcionarios de aduanas y otros funcionarios en varios países extranjeros. Del mismo modo, a Halliburton Company (“Halliburton”) se le consideró responsable solidario por efectuar una auditoría insuficiente con carácter previo a la adquisición de Dresser Industries, Inc. (“Dresser”) en septiembre de 1998. Una de las filiales totalmente participadas de Dresser era Kellogg Brown & Root LLC (“KBR”)<sup>80</sup>. KBR, a través de sus compañías predecesoras, era

78 Ver DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Justice Department Agrees to Defer Prosecution of York International Corporation in Connection With Payment of Kickbacks Under the U.N. Oil For Food Program* [El Departamento de Justicia acuerda diferir la persecución de York International Corporation en relación con pagos de mordidas bajo el programa de petróleo por comida de la ONU], Comunicado de Prensa del DOJ N.º 07-783, 1 de octubre de 2007, [Ver en línea: <1.usa.gov/1k089kT>].

79 Ver SEC, *SEC Files Settled Foreign Corrupt Practices Act Charges Against York International Corporation For Improper Payments to UAE Officials, to Iraq Under the U.N. Oil for Food Program, and to Others - - Company Agrees to Pay Over \$12 Million and to Retain an Independent Compliance Monitor* [SEC presenta cargos acordados de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero en contra de York Int'l Corp.], SEC No. 20319, 1 de octubre de 2007. [Ver en línea: <1.usa.gov/1q6PKCb>].

80 Ver SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations* [SEC acusa a KBR y

miembro “de una *joint venture* de cuatro compañías que obtuvo contratos de construcción con un valor superior a los \$6 mil millones de dólares.”<sup>81</sup> La SEC alegó que, desde 1994, los miembros de la *joint venture* sobornaron a funcionarios nigerianos con el fin de obtener contratos de construcción y ocultaron los pagos irregulares a través de la falsa participación de la *joint venture* en contratos con agentes que canalizaban los sobornos a funcionarios nigerianos.<sup>82</sup> Asimismo, en su demanda, la SEC alegaba que la trama de sobornos duró desde 1998 hasta 2006 y por lo tanto, que los controles internos, tanto de KBR como de Halliburton, “fallaron al no detectar o prevenir el soborno, y que se falsificó la contabilidad de Halliburton como resultado de la trama de sobornos.”<sup>83</sup> Con el fin de resolver las investigaciones paralelas de las Autoridades Estadounidenses, Halliburton y KBR pagaron conjuntamente \$559 millones en sanciones tanto penales como civiles.<sup>84</sup>

## 4. ATENUACIÓN DE RIESGOS EN TRANSACCIONES DE M&A

### 4.1. Llevar a cabo una investigación para determinar la magnitud del problema

Una vez que un potencial comprador detecta infracciones de la FCPA, el siguiente paso consiste en realizar una investigación interna para determinar la extensión o generalización de la infracción, así como la magnitud del riesgo

Halliburton por violaciones a la FCPA], SEC 2009-23, 11 de febrero de 2009. [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

81 SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

82 SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

83 SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

84 Los dos agentes utilizados por la *joint venture* fueron extraditados a Estados Unidos y se declararon culpables. Como parte de su declaración de culpabilidad, Jeffrey Tesler, uno de los dos agentes que sobornaron a funcionarios nigerianos, accedió a un decomiso de \$149 millones y fue condenado a 21 meses de cárcel en una prisión federal. (MAIN JUSTICE, *Tesler Gets 21 months For FCPA Violations* [Tesler obtiene 21 meses por violaciones de la FCPA], EY, 23 de febrero 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1mLhOfh>].) El otro agente, Wojciech Chodan, accedió a un decomiso de \$700.000 dólares y fue condenado a un año de libertad condicional sin supervisión (CASSIN, Richard L., *A Survey Of FCPA Sentences* [Estudio de las Sentencias de la FCPA], El Blog FCPA, 28 de febrero 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1ICEyh5>]). El ex director general de KBR, Jack Stanley, se declaró culpable, fue sentenciado a 30 meses de cárcel en una prisión federal, y fue obligado a pagar \$10,8 millones en multas. (*Ver U.S. vs Albert Jackson Stanley*, Sentencia Penal 4:08 CR00597-001. [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLi8dQ>]).

adicional de pérdida de valor.<sup>85</sup> Una investigación interna permite que el potencial comprador evalúe los costes y beneficios de continuar con la transacción en lugar de terminar con las negociaciones y abandonar la operación por completo, ya que es probable que el valor de la target para el potencial comprador disminuya debido a posibles infracciones de la FCPA, si el comprador puede anticipar de forma razonable que en un futuro puede ser objeto de acciones legales por incumplimiento de la FCPA.

## 4.2. Considerar si la comunicación a las Autoridades Estadounidenses es necesaria

Ya sea durante o después de la investigación interna, las partes deben considerar y discutir si ponen en conocimiento de las Autoridades Estadounidenses las infracciones detectadas. Como se analiza en la sección final de este artículo, “la posibilidad de cooperar con el gobierno y la atenuación de las penas puede proporcionar incentivos para la autoinculpación.”<sup>86</sup> En el desarrollo de un plan de acción, las partes harían bien en considerar el riesgo de que un empleado se presente como denunciante (*whistleblower*) antes de que hayan tenido tiempo para desarrollar un plan para abordar y subsanar la infracción.

## 4.3. Reexaminar los documentos de la transacción para proteger al adquirente de las conductas de la target previas a la transacción

Después de que el potencial comprador ha evaluado el riesgo de pérdida de valor atribuido a la infracción o potencial infracción, el comprador también puede tratar de protegerse contra la pérdida de valor al volver a examinar el contrato de compraventa. El contrato de compraventa sirve como una herramienta de asignación y tratamiento del riesgo anterior a la detección de infracciones de la normativa anticorrupción posteriores al cierre. Es una práctica común que los contratos de compraventa contengan representaciones y garantías en materia de cumplimiento de la FCPA, por medio de las cuales la target declara que no ha participado en conductas que puedan infringir la FCPA. A continuación se muestra un ejemplo de una representación relativa al cumplimiento de la FCPA:

Ni la Sociedad ni ninguna de sus Filiales (incluyendo ninguno de sus ejecutivos, directores, agentes, distribuidores, empleados o, según el Conocimiento de la Sociedad, ninguna otra persona asociada con o que actúe en su nombre) ha realizado, directa o indirectamente, acción alguna que tenga como consecuencia que la Sociedad esté en situación de infringir la Ley de

85 “Solicitar que la target lleve a cabo una investigación interna es fundamental para determinar la magnitud de cualquier problema con anterioridad al cierre.” Auditoría anticorrupción en operaciones de M&A transfronterizas, *supra* nota 33.

86 Auditoría anticorrupción en operaciones de M&A transfronterizas, *supra* nota 33.

Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, según haya sido modificada, o cualquier norma o regulación establecida en la misma o cualquier otra Normativa anticorrupción similar aplicable a la Sociedad y, la Sociedad no tiene Conocimiento de que alguna de sus Filiales en cualquier jurisdicción fuera de los Estados Unidos (en cada caso, en vigor en el momento en que dicha acción tiene lugar) (colectivamente la “FCPA”), haya usado sus fondos para realizar aportaciones irregulares, regalos, sufragar actividades de ocio y entretenimiento u incurrido en otros gastos irregulares relacionados con actividades políticas; o haya realizado, ofrecido o autorizado algún pago irregular a funcionarios o empleados públicos nacionales o extranjeros, ya sea directa o indirectamente; o haya realizado, ofrecido o autorizado sobornos, descuentos, participaciones tráfico de influencias, cobro de comisiones u otros pagos irregulares similares, ya sea directa o indirectamente.<sup>87</sup>

Téngase en cuenta que la definición de “Conocimiento de la Sociedad” que se usa en la cláusula relativa al cumplimiento de la FCPA puede ser diferente de aquella utilizada para otras declaraciones contenidas en el contrato. La definición utilizada en la manifestación sobre cumplimiento de la FCPA debe tener en cuenta los requisitos de conocimiento establecidos en la FCPA, y referidos en la Sección III (A) (1) de la presente guía. Hay que tener en cuenta que la detección de una infracción de la legislación anticorrupción durante el proceso de auditoría puede exigir modificaciones específicas al ejemplo anterior y que se refleje en los anexos del contrato la existencia de cualquier infracción o posibles contingencias en relación con la FCPA de los que la target tenga conocimiento. El riesgo derivado de la detección de una infracción también puede dar lugar a una renegociación o a la inclusión de otro tipo de estipulaciones en el contrato. Las cláusulas de anticorrupción que se mencionan a continuación buscan proteger al comprador y atribuir al vendedor los costes derivados de la infracción detectada, de su comunicación a las Autoridades Estadounidenses (*disclosure*), y de los esfuerzos del potencial comprador para intentar subsanar dicho incumplimiento.

En particular, un potencial comprador puede intentar ampliar el régimen de indemnización existente en el contrato propuesto o incluir una cláusula de indemnización específica destinada a cubrir los posibles daños derivados de las infracciones de la FCPA. Además y debido a que las infracciones de la FCPA pueden atribuirse en ocasiones a ciertos individuos o departamentos concretos dentro de la target, las partes pueden negociar la modificación o terminación de los contratos de trabajo o prestación de servicios de dichas personas. Además, a la vista de los numerosos costes de administración y regularización de infracciones de las leyes anticorrupción, entre otros acuer-

87 SEC; *Acuerdo y plan de fusión por y entre Salesforce.com, Inc., Bullseye Merger Corporation, Buddy Media, Inc. y Shareholder Representative Services LLC como representante de los accionistas*, de fecha 3 de junio de 2012. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSbO1x>].

dos, el comprador puede insistir en que el vendedor liquide o aisle la división o la rama de actividad de la target afectada por el incumplimiento, y ofrecer un precio de compra inferior en caso de continuar con la operación.<sup>88</sup>

Asimismo, las partes pueden modificar sus respectivas obligaciones, las condiciones de cierre, o derechos de resolución contractual a fin de incluir pactos relacionados con las infracciones y la investigación de las mismas. Por ejemplo, en la fusión fallida entre Lockheed Martin y Titan Corporation como consecuencia de la detección de infracciones de la FCPA, las partes modificaron el acuerdo de fusión a fin de permitir la resolución del contrato en caso de que Titan incumpliera con alguno de los siguientes compromisos relacionados con las infracciones de la FCPA descubiertas:<sup>89</sup>

- (a) La Sociedad se compromete y acepta realizar todos los esfuerzos comercialmente razonables para obtener una resolución final y/o un acuerdo transaccional entre la Sociedad y sus Filiales con el CD DOJ, la SEC, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos y el Departamento de Estado, en relación con todos los asuntos derivados de o que traigan causa en (A) las denuncias por infracciones de la ley aplicable como consecuencia de los pagos efectuados, o los objetos de valor entregados, por consultores o representantes de la Sociedad o de sus Filiales a funcionarios extranjeros, o (B) las denuncias por incumplimiento de las obligaciones contables y de registro y de control interno establecidas en la legislación aplicable (las denuncias de las cláusulas (A) y (B) anteriores, conjuntamente, las “Presuntas Infracciones de la FCPA”), cuya resolución final y/o acuerdo transaccional puede incluir:
  - (i) una declaración o confirmación por escrito del CD DOJ considerando que la investigación de las Presuntas Infracciones de la FCPA ha finalizado respecto a la Sociedad y sus Filiales y que no tiene intención de iniciar ninguna acción legal contra la Sociedad o sus Filiales por las Presuntas Infracciones de la FCPA, o la emisión de una sentencia condenatoria firme por el juez tri-

88 Por ejemplo: en la fusión entre Syncor International Corporation y Cardinal Health, Inc. en 2002, las partes modificaron el acuerdo de fusión para reducir el tipo de canje después de que la auditoría revelase que directivos de la filial extranjera de Syncor habían realizado pagos irregulares con la finalidad de obtener o conservar un negocio. Ver comunicado de prensa, SEC, *Cardinal Health and Syncor announce amended merger agreement* [Cardinal Health y Syncor anuncian la modificación del acuerdo de fusión], 3 de diciembre de 2004, [Ver en línea: <1.usa.gov/PI1Ji7>]. Ver también CASSIN, Richard L., *Syncor’s Founder Settles FCPA Charges With The SEC* [Fundador de Syncor alanza acuerdo transaccional con la SEC por infracciones de la FCPA], El Blog FCPA, 1 de octubre de 2007. [Ver en línea: <bit.ly/1fNj2yQ>].

89 Ver SEC, *Amendment N.º 3 to agreement and plan of merger* [Modificación N.º 3 al contrato y plan de fusión entre Lockheed Martin Corporation, LMC Sub One, Inc. y The Titan Corporation], 15 de septiembre de 2003. [Ver en línea: <1.usa.gov/1fNj61J>].

bunal del distrito de los Estados Unidos de conformidad con el la Ley Federal de Enjuiciamiento Criminal 32 (k) u otras normas que resulten de aplicación contra la Sociedad o a cualquiera de sus Filiales como consecuencia de la aceptación de su culpabilidad y de un acuerdo de culpabilidad con los Estados Unidos conforme a la Ley Federal de Enjuiciamiento Criminal 11 (c) u otra normativa aplicable;

- (ii) emisión de una orden pactada de cese y desistimiento (*settled cease-and-desist order*) emitida por la SEC de conformidad con la Sección 21C de la Ley del Mercado de Valores (*Exchange Act*) y que puede incluir la presentación por la SEC de una acción civil consentida en un tribunal de distrito de los Estados Unidos en la cual la Sociedad muestre su conformidad con una sentencia relacionada o derivada de las Presuntas Infracciones de la FCPA;
- (iii) la firma de un acuerdo con, o la recepción de cualquier otra confirmación por escrito de, la autoridad competente para inhabilitar a la Sociedad o a cualquiera de sus Filiales como consecuencia de las Presuntas Infracciones de la FCPA en la que de dicha autoridad declare que la inhabilitación de la Sociedad o cualquiera de sus Filiales es contraria a los intereses de los Estados Unidos de conformidad con el Reglamento Federal de Adquisiciones subparte 9.406-1, 48 C.F.R. § 9,406-1, y/o en caso de que se emita una sentencia penal por la que se condene a la Sociedad o a cualquiera de sus Filiales, la emisión de una orden pactada de cese y desistimiento por la SEC contra la Sociedad o la ausencia de impugnación por la Sociedad de un sentencia derivada del inicio por parte de la SEC de acciones civiles en relación con, o como consecuencia de, las Presuntas Infracciones de la FCPA; y
- (iv) la firma de un acuerdo con, o la recepción de una confirmación por escrito de, el Departamento de Estado, Dirección de Controles Comerciales de Defensa (“DDTC”) por la que la DDTC determine que no va a denegar, revocar, suspender o modificar cualquier licencia u otras aprobaciones, incluyendo solicitudes por parte de la Sociedad o cualquiera de sus Filiales registradas como exportador en el Departamento de Estado, en virtud de 22 U.S.C. § 2778 (g)(4) y 22 C.F.R. § § 126.7 (a)(4), 127.7 y 127.11, como consecuencia de las Presuntas Infracciones de la FCPA y/o que se dicte sentencia condenatoria contra la Sociedad o cualquiera de sus Filiales en relación con, o como consecuencia de, las Presuntas Infracciones de la FCPA.

Los puntos enumerados en las cláusulas (i) a (iv) anteriores, se denominarán en lo sucesivo, conjuntamente “Resolución FCPA.”

- (b) La Sociedad se obliga a no celebrar ninguno de los contratos, acuerdos judiciales o acuerdos transaccionales contemplados en la Resolución FCPA sin contar con el consentimiento por escrito del Comprador, quien no podrá denegarlo o retrasarlo injustificadamente. A fin de determinar si el Comprador ha denegado o retrasado injustificadamente el otorgamiento del consentimiento solicitado, no se entenderá que el Comprador ha denegado o retrasado injustificadamente dicho consentimiento cuando, teniendo en cuenta cualquiera o todos los contratos, consentimientos, decretos o acuerdos establecidos en la Resolución FCPA, (A) el importe agregado de las multas, sanciones o acuerdos transaccionales realizados o que se vayan a realizar por la Sociedad o cualquiera de sus Filiales resulte sustancialmente adverso para la situación financiera consolidada de la Sociedad, sus activos o su capital social, o (B) dichos contratos, decretos, consentimientos, acuerdos judiciales o acuerdos transacciones incluyan estipulaciones que impongan a la Sociedad o cualquiera de sus Filiales restricciones o limitaciones sustancialmente adversas para su negocio o sus operaciones. A efectos de lo dispuesto en esta Sección 6.23 (b) no tendrán la consideración de restricción o limitación sustancialmente adversa para el negocio o las operaciones de la Sociedad o cualquiera de sus Filiales, los programas de formación, procesos de auditoría, programas de cumplimiento, las obligaciones de información o cualquier otro procedimiento incluidos en el código ético y programa de cumplimiento normativo (*ethics and compliance program*) de la Compradora. La Compradora se obliga a hacer extensivos sus códigos éticos y sus programas de cumplimiento normativo a la Sociedad y sus Filiales con posterioridad al cierre si así lo solicita una Entidad Gubernamental como parte de los requisitos que se deban cumplir a efectos de obtener la Resolución FCPA.
- (c) La Compradora se obliga a realizar sus mejores esfuerzos comercialmente razonables para cooperar y asistir a la Sociedad en la obtención de cualquier Resolución FCPA con cualquier Entidad Gubernamental.

CAP. XIII

Finalmente, Lockheed Martin desistió de la operación cuando Titan no pudo llegar a un acuerdo de asunción de responsabilidad con el DOJ antes de la fecha de cierre. Al opinar sobre los motivos por los que Lockheed abandonó más de un año de negociaciones de una operación de \$2.2 mil millones de dólares, un portavoz de la empresa declaró que “no fue una decisión que [Lockheed Martin] tomó a la ligera”, y que Lockheed Martin “no quería que la incertidumbre que rodeaba la transacción continuara indefinidamente.”<sup>90</sup> El miedo

90 MERLE, Renae, *Lockheed Martin Scuttles Titan Acquisition* [Lockheed Martin escapa de

de Lockheed a heredar infracciones de la FCPA puede haber sido el resultado de su propia experiencia en infracciones de la FCPA cuando, diez años antes de la potencial operación de Titán, su anterior dueño, Lockheed Corp., “se declaró culpable de conspirar para sobornar a un político egipcio en busca de ayuda en la obtención de un contrato de compra de tres aviones de carga C-130H”.<sup>91</sup>

## 5. DESPUÉS DE CIERRE: CÓMO LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DE LA FCPA

Cuando un comprador decide continuar con un proceso de adquisición a pesar de haber detectado incumplimientos de la FCPA, es importante que dicho comprador continúe esforzándose después del cierre para detectar y subsanar cualquier infracción y sus efectos. La importancia de la auditoría post-cierre y cumplimiento normativo es doble: primero, como un negocio en marcha, el comprador tiene un interés en asegurar que el negocio adquirido está libre de conductas irregulares que puedan poner en peligro el valor del negocio en el futuro. Segundo, porque a menudo las adquisiciones se cierran antes de que el gobierno adopte una decisión, por lo que el hecho de que un comprador lleve a cabo actuaciones en el período posterior a una adquisición puede demostrar a las Autoridades Estadounidenses que se están realizando cambios y por lo tanto la imputación es innecesaria.

El DOJ, y más recientemente la SEC, han mostrado su disposición a celebrar Acuerdos de No Enjuiciamiento (“NPAs”) o Acuerdos de Enjuiciamiento Diferido (“DPAs”) cuando un comprador ha puesto de manifiesto los incumplimientos de la sociedad adquirida, ha cooperado con las investigaciones gubernamentales y ha adoptado las medidas necesarias para implementar un programa de cumplimiento.<sup>92</sup> En declaraciones realizadas durante la 5ª Confe-

la adquisición de Titan], Washington Post, 27 de junio de 2004. [Ver en línea: <wapo.st/PkedXA>].

- 91 MERLE, *Lockheed Martin Scuttles Titan Acquisition*, cit., [Ver en línea: <wapo.st/PkedXA>].
- 92 Un Acuerdo de Enjuiciamiento Diferido (“DPA”) permite que el Departamento de Justicia presente cargos penales en contra de una empresa - normalmente a través de información penal- pero después debe aplazar el enjuiciamiento efectivo del caso por un período de tiempo que suele ser de entre dos y cuatro años. Durante el período en que se difiere el enjuiciamiento, se le prohíbe a la empresa incurrir en irregularidades y por lo general se ve obligada a aplicar políticas y procedimientos diseñados para prevenir futuras infracciones de la ley. Si la empresa cumple con los términos del DPA, al finalizar el período de aplazamiento de enjuiciamiento, el Departamento de Justicia desestimarán los cargos. El resultado final para la empresa es una declaración de no culpabilidad, sin antecedentes penales y con un menor número de daños colaterales en comparación con las que tendría con una declaración de culpabilidad o una sentencia condenatoria y los consecuentes antecedentes penales. De forma similar a un DPA, un Acuerdo de No Enjuiciamiento (“NPA”) es un acuerdo escrito celebrado entre el Departamento de Justicia y una empresa en virtud del cual el Departamento de Justicia se compromete a no presentar cargos penales contra la



rencia Anual de Funcionarios de Finanzas Corporativas, Legales, de Riesgos, Auditoría y de Cumplimiento, el fiscal general adjunto, Lanny Breuer, señaló la postura del DOJ en materia de divulgación y cooperación, indicando:

Si se presenta a las autoridades y coopera plenamente con la investigación recibirá un reconocimiento significativo por haberlo hecho. Al hablar sobre reconocimiento “significativo”, no estamos prometiendo amnistía por hacer lo correcto. Pero, la autoinculpación mediante la presentación de informes y la cooperación conllevan incentivos significativos, al colaborar con el Departamento, puede que no se le impute cargo alguno, que se alcance un acuerdo de enjuiciamiento diferido, o un acuerdo de no enjuiciamiento, que se produzcan reducciones de condena o impongan multas por debajo de las Directrices.<sup>93</sup>

Por otra parte, el fiscal general adjunto Breuer señaló que “cada supuesto de hecho es distinto en función de las circunstancias concurrentes” y, por tanto, en cada caso concreto variará el nivel de flexibilidad o perdón alcanzado en virtud de las comunicaciones sobre las irregularidades que se hayan mantenido con las Autoridades Estadounidenses y cooperación.<sup>94</sup>

Además de los cinco pasos establecidos en la Guía Práctica para una auditoría efectiva en operaciones de M&A,<sup>95</sup> los Principios Federales de Enjuiciamiento de Organizaciones Empresariales de la DOJ enumeran los factores

---

empresa por un período determinado de tiempo (entre dos y cuatro años), al igual que en un DPA, - y la empresa se compromete a cumplir con ciertos términos y condiciones durante ese período de tiempo. Sin embargo, a diferencia de un DPA, en donde el Departamento de Justicia presenta cargos penales ante el tribunal, en el caso de una resolución de NPA, el Departamento de Justicia no presenta públicamente los documentos de acusación. En consecuencia, no hay registro público del acuerdo. Los términos y condiciones de los NPA varían, pero los más comunes son (1) una multa, (2) la exigencia de que la empresa coopere con una investigación del gobierno en curso, (3) una prohibición de realizar futuras infracciones de la ley por un período de tiempo determinado (las empresas tienen siempre prohibido infringir la ley, pero cuando esta prohibición forma parte de un NPA, la posterior infracción, puede suponer que el gobierno procese a la empresa por las conductas que dieron lugar al NPA), (4) la mejora definitiva en los controles internos de la empresa, y/o (5) alguna forma de supervisión gubernamental sobre el cumplimiento de los términos de la NPA por parte de la compañía. Por último, el Departamento de Justicia puede conceder una “declinatoria” y negarse a procesar a la empresa por completo - la mejor solución posible para una persona jurídica demandada.

- 93 BREUER, Lanny A., *5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit & Compliance Officers*, [5ª Conferencia Anual de Funcionarios de Finanzas Corporativas, Legales, de Riesgos, Auditoría y de Cumplimiento], División Criminal, Departamento de Justicia de EUA, 26 de mayo de 2010. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSdg3L>].
- 94 BREUER, Lanny A., *5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit & Compliance Officers*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSdg3L>].
- 95 JONES DAY, *DOJ/SEC's Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act: Jones Day Summary and Analysis* [Guía Práctica del DOJ/SEC sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero], Jones Day, Diciembre 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1edu8Ne>].

que el DOJ tendrá en cuenta antes de iniciar acciones legales por incumplimiento de la FCPA:<sup>96</sup>

- La naturaleza y gravedad de la infracción, incluyendo el riesgo de daño al interés público;
- La perseverancia de actos ilícitos dentro de la sociedad;
- Los antecedentes de la sociedad por conductas irregulares similares;
- La oportunidad y voluntariedad de la comunicación de las irregularidades por parte de la empresa y su voluntad de cooperar;
- La existencia y eficacia de programas de cumplimiento de la sociedad;
- Las acciones correctivas llevadas a cabo por la sociedad;
- La existencia e importancia de las consecuencias accesorias de la infracción;
- La idoneidad de la acusación de las personas responsables, y
- La idoneidad de las acciones legales, tales como acciones legales civiles o regulatorias.

Aunque el DOJ tiene en cuenta diversos factores a la hora de decidir si deben perseguirse las infracciones, la mayoría de ellos están fuera del control del comprador. La gravedad de la(s) infracción(es), así como los antecedentes por irregularidades de la target, no se pueden cambiar con posterioridad a la adquisición. Sin embargo, dado que el comprador puede utilizar los recursos que están dentro de su esfera de control para influir en la probabilidad y el alcance de la acusación, básicamente comunicación oportuna y voluntaria y existencia de un programa efectivo de cumplimiento, se ha prestado atención en especial a la sección de la Guía Práctica que aborda las medidas correctivas.

Respecto a los programas corporativos de cumplimiento, la Guía Práctica hace hincapié en que los programas de cumplimiento del tipo “*marcar la casilla*” pueden ser ineficientes e ineficaces, y que “los programas de cumplimiento que son eficaces se adaptan al negocio específico de la target y a los riesgos asociados con su negocio.”<sup>97</sup> Aunque la Guía Práctica enfatiza que los programas de cumplimiento deben aspirar a ser dinámicos y evolucionar para hacer frente a los riesgos del negocio, la misma enumera una serie de “Criterios para un Programa Efectivo de Cumplimiento.” La inclusión de es-

96 DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* [Principios de Enjuiciamiento Criminal de Personas Jurídicas], Título 9, Capítulo 9-28.00. [Ver en línea: <1.usa.gov/OdUUOv>].

97 *Guía Práctica*, cit., pp. 56 y 57.

tos criterios o mejores prácticas ha sido interpretado por algunos como una muestra de que “un programa de cumplimiento que no incluya dichos criterios puede ser visto con escepticismo por el DOJ y la SEC.”<sup>98</sup> En consecuencia, los compradores actuarían con prudencia si se aseguran de que cualquier programa de cumplimiento normativo puesto en marcha con posterioridad a la adquisición cumple con los requisitos que se describen a continuación.

Un programa efectivo de cumplimiento se caracteriza por:<sup>99</sup>

- Un “tono elevado,” empezando por el consejo de administración y altos directivos, “estableciendo el tono adecuado para el resto de la compañía” y demostrando su compromiso con el cumplimiento normativo;
- Un código de conducta escrito con claridad y concisión y accesible para todos los empleados y para todos aquellos que hacen negocios en nombre de la empresa;
- Un alto ejecutivo a quien se le asigne la responsabilidad de supervisar la ejecución y gestión del programa de cumplimiento normativo que igualmente tenga la autonomía y recursos necesarios para garantizar una efectiva ejecución;
- Un protocolo para evaluar, analizar, y hacer frente a los riesgos;
- Formación periódica y certificación para todos los administradores, directivos, empleados clave, y (en su caso) agentes y socios comerciales;
- Medidas disciplinarias consistentes y rápidas, aplicadas de un modo inmediato tras las infracciones e incentivos para impulsar una actitud cumplidora;
- Procedimientos y protocolos para evaluar el riesgo de hacer negocios con terceros así como la vigilancia del cumplimiento por parte de esos terceros; y
- Procedimientos y protocolos para informar de forma confidencial acerca de las infracciones o las irregularidades, así como mecanismos para llevar a cabo investigaciones eficientes, responsables y debidamente financiadas.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que, cuando un comprador lleva a cabo una operación de M&A a pesar de haber detectado infracciones de la FCPA, dicho comprador puede ser acusado por su conducta previa y posterior a la adquisición de la target. Por lo tanto, durante el período posterior al cierre, el comprador debe adoptar las medidas necesarias para mitigar el

98 *Guía Práctica*, cit., p. 89.

99 *Guía Práctica*, cit., pp. 56-61.

riesgo y el alcance de un potencial procedimiento penal, incluyendo la posibilidad de celebrar NPAs y DPAs con el gobierno.<sup>100</sup> Si el comprador toma en consideración los factores que el DOJ tiene en cuenta en sus resoluciones, así como los factores que el gobierno considera “característicos” de programas de cumplimiento normativo efectivos, podrá entrar en el período posterior al cierre con cierta confianza sobre cuáles son las medidas “correctas” a los ojos de las Autoridades Estadounidenses. Dentro de dichos pasos, son clave la comunicación, la cooperación con la investigación del gobierno y el fortalecimiento del programa de cumplimiento normativo existente o la implementación de un programa de dicho programa si éste no existía previamente. Dicho programa se debe construir en base a los “criterios” facilitados por las Autoridades Estadounidenses a la hora de elaborar los programas efectivos de cumplimiento, sin perjuicio de la necesidad de que dicho programa deba ser dinámico y ser capaz de evolucionar a medida que los riesgos del negocio cambien. Aunque lo anterior no proporciona una guía pormenorizada para el período posterior al cierre, la orientación dada por las Autoridades Estadounidenses sí proporciona una ruta aproximada de las medidas apropiadas que el adquirente debe tomar en el período posterior a la adquisición.

## 6. CONCLUSIÓN

De acuerdo con la FCPA, el adquirente puede ser considerado responsable de las infracciones de la FCPA cometidas por la empresa adquirida si dichas infracciones fueron relativamente evidentes y el comprador no llevó a cabo una investigación que pudiera probar lo contrario. La posibilidad de que las Autoridades Estadounidenses emprendan acciones legales contra el comprador en base a su responsabilidad solidaria con el vendedor por dichas irregularidades, pone de manifiesto la importancia para el comprador de llevar a cabo una auditoría en materia de cumplimiento de la normativa FCPA con carácter previo a la adquisición. El alcance de esta auditoría debe determinarse en base a la identificación de factores de riesgo que puedan sugerir la exis-

100 La SEC anunció recientemente su primer NPA con una empresa por infracciones de la FCPA. Refiriéndose a la “rápida autoinculpación y amplia cooperación” de la empresa, y aunque no en el contexto de una fusión, la SEC celebró un NPA con Ralph Lauren Corporation para resolver las acusaciones contra Ralph Lauren por infracción de la FCPA cuando su filial argentina realizó pagos irregulares a funcionarios públicos y de aduanas para garantizar la importación de productos de la compañía en Argentina. Además de la comunicación, la cooperación con la investigación y la devolución de los frutos obtenidos, “la SEC también afirmó haber tenido en cuenta las importantes medidas correctoras emprendidas por Ralph Lauren, incluyendo la aplicación por parte de la compañía de un nuevo programa integral de cumplimiento normativo en todas sus operaciones.” Ralph Lauren llevó a cabo medidas correctoras adicionales específicas para su negocio, incluyendo “la terminación de contratos de trabajo y de prestación de servicios con todas las personas involucradas en la comisión del delito...” y “la realización de una evaluación de riesgos de sus principales operaciones en todo el mundo para identificar otros problemas de cumplimiento normativo.”

tencia de infracciones de la FCPA tanto en el pasado como en la actualidad. Entre estos factores de riesgo están (i) las infracciones de la FCPA cometidas en el pasado por la target, (ii) la existencia de compensaciones inusualmente altas o aportaciones políticas, (iii) la utilización de sociedades pantalla (*shell companies*), (iv) la falta de políticas escritas de cumplimiento normativo, (v) la existencia de un gran volumen de pagos en efectivo realizados a un tercero o a cuentas situadas en una jurisdicción sin conexiones con el negocio de la target, y (vi) la falta de cooperación de la target en la realización de la auditoría o investigación. Una vez que los factores de riesgo han sido identificados, la auditoría de la compradora debe tener como objetivo principal la identificación de contratos o relaciones en los que el riesgo de irregularidad sea alto, el confirmar las representaciones y garantías sobre corrupción en los contratos existentes y en las relaciones comerciales de la target, el identificar las políticas anticorrupción existentes y la documentación de la actuación de buena fe por parte de la compradora en la detección de cualquier conducta cuestionable o infracciones directas de la FCPA por la target.

Cuando en una auditoría previa a la adquisición se descubren posibles infracciones de la FCPA, aparece en la operación un riesgo importante de pérdida de valor. Los costes de las investigaciones gubernamentales y las posibles multas relacionadas con la misma, así como los costes asociados con la reparación de infracciones cometidas en el pasado y con garantizar el cumplimiento en el futuro, pueden dar lugar a la renegociación del contrato de la operación para reasignar estos costes. El potencial comprador podría optar por reducir el precio de compra, reforzar las disposiciones existentes en materia de indemnización, requerir la constitución de un depósito en garantía y/o incluir representaciones y garantías reforzadas, así como cláusulas de resolución que aborden específicamente las infracciones de la FCPA detectadas. La incertidumbre y los costes asociados con las infracciones de la FCPA también pueden causar que un potencial comprador de por terminado el acuerdo. Los compradores que continúan adelante con la adquisición a pesar de la existencia de infracciones de la FCPA deben llevar a cabo una auditoría meticulosa con posterioridad al cierre e implementar procedimientos de cumplimiento para reducir la probabilidad de enfrentarse a acciones legales.

Las Autoridades Estadounidenses han emitido dictámenes que sugieren que los compradores pueden adoptar medidas con posterioridad a la adquisición para incrementar la probabilidad de que se alcance un NPA o un DPA a fin de evitar sanciones severas. Aunque las Autoridades Estadounidenses no han enumerado cuáles son esas medidas específicas, al analizar los factores que las Autoridades Estadounidenses tienen en consideración a la hora de determinar cuándo debe perseguirse una infracción, la comunicación de las irregularidades a las Autoridades Estadounidenses de forma oportuna y voluntaria es siempre un primer paso crucial en su evaluación. A pesar de que cada supuesto de hecho es distinto en función de las circunstancias concu-

rentes, la cooperación con el gobierno puede demostrar un compromiso de cumplimiento que puede influir en la decisión de las Autoridades Estadounidenses de iniciar acciones legales. Además, las Autoridades Estadounidenses han dejado claro que la ejecución o el fortalecimiento de los programas de cumplimiento son vitales para corregir infracciones acaecidas en el pasado y prevenir futuras acciones legales por incumplimiento.

En última instancia, la creciente globalización de los mercados ha hecho que las fusiones y adquisiciones transfronterizas sean comunes. El amplio alcance de la jurisdicción de la FCPA hace más importante que nunca que los potenciales compradores entiendan los factores de riesgo asociados con las infracciones de la FCPA, así como la forma de mitigar esos riesgos. Este artículo pone de manifiesto que se pueden adoptar medidas para detectar, subsanar y prevenir futuras infracciones de la FCPA mediante la realización de auditorías meticolosas antes y después de una adquisición, y la implantación posterior de protocolos apropiados de mitigación y subsanación.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BAMRUD, *América Latina: Casos de FCPA crecen*, cit., [Ver en línea: <bit.ly/1jBRgtW>].
- BAMRUD, Joachim, *América Latina: Casos de FCPA crecen*, Latinvex, 27 de agosto de 2013, [Ver en línea: <bit.ly/1jBRgtW>]
- BAMRUD, Joachim, *More FCPA Cases in Latin America* [Más casos de la FCPA en América Latina], LATINVEX, 28 de junio de 2010 (citando a Simon Strong, director general senior de práctica forense y procesal en FTI). [Ver en línea: <bit.ly/1dSI9Gm>]
- BAMRUD, *More FCPA Cases in Latin America*, cit., [Ver en línea: <bit.ly/1dSI9Gm>]
- BLOOMBERG, *Informes legales de Bloomberg, Fusiones & Adquisiciones*, Vol.2, N.º 19, 29 de septiembre de 2008.
- BREUER, Lanny A., *5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit & Compliance Officers*, [5ª Conferencia Anual de Funcionarios de Finanzas Corporativas, Legales, de Riesgos, Auditoría y de Cumplimiento], División Criminal, Departamento de Justicia de EUA, 26 de mayo de 2010. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSdg3L>].
- BREUER, Lanny A., *5th Annual Conference for Corporate Financial, Legal, Risk, Audit & Compliance Officers*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSdg3L>].
- Bribery Act 2010* [La Ley Anticorrupción del Reino Unido], Capítulo 23. [Ver en línea: <bit.ly/1gPbKyV>].

- CASSIN, Richard L., *A Survey Of FCPA Sentences* [Estudio de las Sentencias de la FCPA], El Blog FCPA, 28 de febrero de 2012. [Ver en línea: <[bit.ly/1ICEyh5](http://bit.ly/1ICEyh5)>].
- CASSIN, Richard L., *Syncor's Founder Settles FCPA Charges With The SEC* [Fundador de Syncor alanza acuerdo transaccional con la SEC por infracciones de la FCPA], El Blog FCPA, 1 de octubre de 2007. [Ver en línea: <[bit.ly/1fNj2yQ](http://bit.ly/1fNj2yQ)>].
- CASSIN, Richard L., *Weatherford lands on our Top 10 list* [Weatherford aterriza en nuestra lista de top diez], El Blog FCPA, 27 de noviembre de 2013, [Ver en línea: <[bit.ly/1dNUGdo](http://bit.ly/1dNUGdo)>].
- CHINA BRIEFING, *Why Corruption is Inevitable in China's Pharmaceutical Industry* [Por qué la corrupción es inevitable en la industria farmacéutica China], en China Briefing, Julio 2013. [Ver en línea: <[bit.ly/1dO11ph](http://bit.ly/1dO11ph)>].
- COOK, *La realización de auditorías legales anticorrupción de forma efectiva en fusiones y adquisiciones*, cit.
- COOK, R. Christopher, *La realización de auditorías legales anticorrupción de forma efectiva en fusiones y adquisiciones*, Jones Day Commentary, 20 de marzo de 2013.
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Assistant Attorney General Lanny A. Breuer of the Criminal Division Speaks at the Annual Meeting of the Washington Metropolitan Area Corporate Counsel Association* [Lanny A. Breuer, ayudante del fiscal general, Departamento de Justicia, Sección Penal, Comentarios en la Reunión Anual de la Asociación de Asesores Legales en el Área Metropolitana de Washington], Virginia, 26 de enero de 2011. [Ver en línea: <[1.usa.gov/1sgSiQh](http://1.usa.gov/1sgSiQh)>].
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *FCPA Opinion Procedure Release* [Comunicado de prensa la opinión del Departamento de Justicia sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero], N.º 03-01, 15 de enero de 2003. [Ver en línea: <[1.usa.gov/1lo1xKg](http://1.usa.gov/1lo1xKg)>].
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Foreign Corrupt Practices Act Review* [Comunicado de prensa sobre el procedimiento de consulta al Departamento de Justicia, sobre la revisión de la FCPA], 13 de junio de 2008, [Ver en línea: <[1.usa.gov/1h4eIAT](http://1.usa.gov/1h4eIAT)>].
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Foreign Corrupt Practices Act Review*, cit., [Ver en línea: <[1.usa.gov/1h4eIAT](http://1.usa.gov/1h4eIAT)>].
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Invision Technologies, Inc. Enters into agreement with the United States* [InVision Technologies celebra un acuerdo con los Estados Unidos], Comunicado de Prensa del DOJ N.º 04-780, 6 de diciembre de 2004. [Ver en línea: <[1.usa.gov/1pONzTM](http://1.usa.gov/1pONzTM)>].

- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Justice Department Agrees to Defer Prosecution of York International Corporation in Connection With Payment of Kickbacks Under the U.N. Oil For Food Program* [El Departamento de Justicia acuerda diferir la persecución de York International Corporation en relación con pagos de mordidas bajo el programa de petróleo por comida de la ONU], Comunicado de Prensa del DOJ N.º 07-783, 1 de octubre de 2007, [Ver en línea: <[1.usa.gov/1k089kT](http://1.usa.gov/1k089kT)>].
- DEPARTMENT OF JUSTICE U.S., *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* [Principios de Enjuiciamiento Criminal de Personas Jurídicas], Título 9, Capítulo 9-28.00. [Ver en línea: <[1.usa.gov/OdUUOv](http://1.usa.gov/OdUUOv)>].
- JONES DAY COMMENTARY, *Resumen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, Resumen sobre los desarrollos más recientes e impacto en el ámbito de las operaciones de M&A*, Jones Day, 4 de febrero de 2013.
- JONES DAY, *Brazil's Clean Company Law: New Risks for Companies Doing Business in Brazil* [Ley Anticorrupción Empresarial en Brasil: Nuevos riesgos para compañías que operan en Brasil], Jones Day Publications, agosto 2013. [Comentario de Jones Day] [Ver en línea: <[bit.ly/1ktgf15](http://bit.ly/1ktgf15)>].
- JONES DAY, *Desarrollo de M&A y la SEC: Consejos de práctica para la temporada de transacciones y Proxy*, Jones Day, 15 de noviembre de 2012.
- JONES DAY, *DOJ/SEC's Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act: Jones Day Summary and Analysis* [Guía Práctica del DOJ/SEC sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero], Jones Day, Diciembre 2012. [Ver en línea: <[bit.ly/1edu8Ne](http://bit.ly/1edu8Ne)>].
- JONES DAY, *Resumen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, cit.
- JONES, Ashby, *FCPA: Company Costs Mount for Fighting Corruption* [FCPA, La lucha contra la corrupción incrementa los costes de las empresas], Wall Street Journal, 2 de octubre de 2012. [Ver en línea: <[on.wsj.com/1ktklRr](http://on.wsj.com/1ktklRr)>].
- Kroll, *Global Fraud Report. Annual Edition 2010/11* [Informe Global de Fraude], Kroll, 2011. [Ver en línea: <[bit.ly/1fvdw7j](http://bit.ly/1fvdw7j)>].
- MAIN JUSTICE, *Tesler Gets 21 months For FCPA Violations* [Tesler obtiene 21 meses por violaciones de la FCPA], EY, 23 de febrero 2012. [Ver en línea: <[bit.ly/1mLhOfh](http://bit.ly/1mLhOfh)>]
- MALESKE, Melissa, *Mexico's anti-corruption law targets bribery in government contracting* [El cohecho en la contratación pública el principal objetivo de la Ley Anticorrupción mexicana], INSIDE COUNSEL, 28 de noviembre de 2012. [Ver en línea: <[bit.ly/OdJwSR](http://bit.ly/OdJwSR)>].
- MERLE, *Lockheed Martin Scuttles Titan Acquisition*, cit., [Ver en línea: <[wapo.st/PkedXA](http://wapo.st/PkedXA)>].



MERLE, Renae, *Lockheed Martin Scuttles Titan Acquisition* [Lockheed Martin escapa de la adquisición de Titan], Washington Post, 27 de junio de 2004. [Ver en línea: <wapo.st/PkedXA>].

OECD, *Colombia se adhiere a la convención de la OECD para combatir el cohecho*, OECD, 12 de noviembre de 2012. [Ver en línea: <bit.ly/1orl2VU>].

SEC vs. *ABB Ltd.*, N.º 04-cv-1141 (D.D.C. 6 de Julio de 2004).

SEC vs. *Delta & Pine Land Company*, 1:07-cv-01352, D.D.C. 25 de julio de 2007, Queja 10.

SEC vs. *Jackson*, 908 F. Supp. 2d 834 (S.D. Tex. 2012).

SEC vs. *UTStarcom, Inc.*, N.º 09-cv-6094 (N.D. Cal. 31 de diciembre de 2009).

SEC, *Acuerdo y plan de fusión por y entre Salesforce.com, Inc., Bullseye Merger Corporation, Buddy Media, Inc. y Shareholder Representative Services LLC como representante de los accionistas*, de fecha 3 de junio de 2012. [Ver en línea: <1.usa.gov/1pSbO1x>].

SEC, *Amendment N.º 3 to agreement and plan of merger* [Modificación N.º 3 al contrato y plan de fusión entre Lockheed Martin Corporation, LMC Sub One, Inc. y The Titan Corporation], 15 de septiembre de 2003. [Ver en línea: <1.usa.gov/1fNj61J>].

SEC, *Cardinal Health and Syncor announce amended merger agreement* [Cardinal Health y Syncor anuncian la modificación del acuerdo de fusión], 3 de diciembre de 2004, [Ver en línea: <1.usa.gov/PI1Ji7>].

SEC, *Delta & Pine and Turk Deltapine Agree to Pay a \$300,000 Penalty to Settle FCPA Charges* [Delta & Pine Land Company y Turk Deltapine acuerdan pagar una multa de \$300,000 para acordar cargos bajo, Comunicado de litigio], SEC N.º 20214, 26 de julio de 2007. [Ver en línea: <1.usa.gov/1goS28k>].

SEC, *Delta & Pine and Turk Deltapine Agree to Pay a \$300,000 Penalty to Settle FCPA Charges*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1goS28k>].

SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations* [SEC acusa a KBR y Halliburton por violaciones a la FCPA], SEC 2009-23, 11 de febrero de 2009. [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

SEC, *SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations*, cit., [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLhEVa>].

SEC, *SEC Files Settled Foreign Corrupt Practices Act Charges Against York International Corporation For Improper Payments to UAE Officials, to Iraq Under the U.N. Oil for Food Program, and to Others - - Company Agrees to Pay Over \$12 Million and to Retain an Independent Compliance Monitor* [SEC presenta cargos acordados de la Ley de Prácticas Corruptas en

el Extranjero en contra de York Int'l Corp.], SEC No. 20319, 1 de octubre de 2007. [Ver en línea: <1.usa.gov/1q6PKCb >].

SEC, *SEC Names New Specialized Unit Chiefs and Head of New Office of Market Intelligence* [La SEC nombra a los directores de la nueva unidad especializada y director de la nueva oficina de inteligencia de mercado], Comunicado de Prensa de la SEC 2010-5, 13 de enero de 2010. [Ver en línea: <1.usa.gov/1hBowRx>].

TRANSPARENCY INTERNACIONAL, *The 2012 corruption perceptions index* [Índice de Percepción de Corrupción], Transparencia Internacional, 2012. [Ver en línea: < bit.ly/1jKfe6q>].

*U.S. vs. O'Shea*, 4:09-cr-00629 (S.D. Tx. 16 de enero de 2012).

*U.S. v. Kay*, 359 F.3d 738 (5th Cir. 2004).

*U.S. vs Albert Jackson Stanley*, Sentencia Penal 4:08 CR00597 -001. [Ver en línea: <1.usa.gov/1mLi8dQ>].

*U.S. vs. Aguilar*, 783 F.Supp.2d 1108 (C.D. Cal. 20 de abril de 2011).

*U.S. vs. Carson, et al.*, 2011 WL 5101701 (C.D. Cal. 18 de mayo de 2011).

*U.S. vs. Carson*, supra nota 18.

*U.S. vs. Kozeny and Bourke*, 664 F. Supp. 2d 369 (S.D.N.Y. 2009); *aff'd* 667 F.3d 122 (2d. Cir. 2011), cert. denied 133 S.Ct. 1794 (2013).

*U.S. vs. O'Shea*, 4:09-cr-00629 (S.D. Tex. 16 de noviembre de 2009).

*U.S. vs. Pou*, 89-802-CR-KEHOE, (S.D. Fla. 17 de abril, 1990).

*U.S. vs. Pou*, 89-802-CR-KEHOE, (S.D. Fla. 19 de abril de 1990).