

22 de agosto de 2013

Nueva Ley Contra la Corrupción de Brasil: Todo lo que un Empleador Multinacional Debe Saber

Juan Carlos Varela, Geida D. Sanlate y Daniela Sedes

El 01 de agosto de 2013, Brasil promulgó la Ley 12.846, una nueva ley contra la corrupción que establece un sistema integral de responsabilidad corporativa e individual por actos de corrupción contra funcionarios públicos brasileños y extranjeros u organismos gubernamentales.¹ La nueva ley contra la corrupción entra en vigencia el 28 de enero de 2014. Las empresas que realizan actividades directas o indirectas en Brasil—ya sea a través de un empleado o contratista independiente, una filial, o como parte de una cadena de suministro—deben prestar especial atención a los contornos de esta ley, las severas sanciones por violaciones y los pasos que recomendamos para asegurar su pleno cumplimiento.

Antecedentes

Durante las últimas dos décadas, Brasil ha demostrado un serio compromiso para combatir el soborno de servidores públicos en las transacciones comerciales. Durante la década de 1990 Brasil promulgó una miríada de leyes penales para combatir la corrupción, incluyendo la legislación contra el lavado de dinero relacionados con el soborno, fraude de valores, ocultación de activos y abuso de poder económico.² En agosto de 2000, Brasil adoptó la Convención de la OECD contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales³ y se convirtió en uno de los signatarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en diciembre de 2003. Estas normas internacionales están diseñadas para combatir la corrupción de políticos y funcionarios gubernamentales en las transacciones comerciales.⁴ Sin embargo, según la OECD, Brasil no había adoptado medidas suficientes para establecer responsabilidad personal y corporativa por el soborno de un funcionario público extranjero.⁵

1 La Ley 12.846 fue publicada el 1 de Agosto de 2013 y entra en vigencia 180 días después de la fecha de su publicación. El texto de la ley fue publicado en la Gaceta Oficial Federal en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.

2 Véase informe de La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD) titulado *Medidas Adoptadas para Aplicar y Hacer Cumplir la Convención de la OECD contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, publicado el 6 de Junio de 2011, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>.

3 Véase *idem*.

4 Véase *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Firma y ratificación del 29 de Mayo de 2013*, disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

5 Véase informe de la OECD, *Brasil: Fase 2 – Informe sobre la aplicación de la Convención contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y la Recomendación de 1997 para Combatir el Soborno en Transacciones Internacionales*, publicado en Diciembre de 2007, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>.

Con la promulgación de la ley contra la corrupción, Brasil ahora establece su propia ley jurídicamente vinculante para combatir y perseguir el soborno de funcionarios públicos extranjeros. La nueva ley no sólo establece la responsabilidad directa personal y corporativa para actos ilícitos que se cometan contra cualquiera de las tres ramas de gobierno—Ejecutivo, Legislativo y Judicial—en todos los niveles del gobierno, y en particular por actos de corrupción y fraude dentro de la licitación y contratación de los contratos públicos, pero también se aplica a los actos de corrupción cometidos en contra de funcionarios públicos extranjeros, sea que la ofensa ocurra dentro o fuera de las fronteras brasileñas.

Principales Disposiciones de la Ley Contra la Corrupción

Personas y Entidades

La ley contra la corrupción se aplica a las compañías, independientemente de su forma corporativa o legal, ya sean extranjeras o domiciliadas en Brasil, ya sea que el acto ilegal sea cometido dentro o fuera del territorio brasileño. La responsabilidad civil se extiende a los directores, funcionarios, empleados y agentes que cometan, participen o ayuden a la Comisión del acto ilegal, bien sea que el acto se realice en Brasil o en el extranjero.

Actos Ilícitos Definidos

La ley tipifica como delito el que una persona o entidad cometa un acto ilícito que va en contra de la administración pública del gobierno nacional o extranjero o contra pactos en los que Brasil es signatario. Los actos ilícitos incluyen:

1. Prometer, ofrecer o dar una ventaja indebida, directa o indirectamente, a un funcionario público o a terceros relacionados;
2. Financiar, subsidiar o patrocinar actos ilícitos;
3. Utilizar a una persona o entidad como intermediario, a fin de ocultar sus verdaderos intereses o la identidad de los beneficiarios de la ley; y
4. Obstruir o interferir con la investigación o el enjuiciamiento de entidades o funcionarios del gobierno.

En lo que respecta a la adquisición de los contratos públicos, la ley tipifica como ilegal:

1. Frustrar o defraudar el proceso de licitación, haciendo ajustes o por otros medios;
2. Prevenir, interrumpir o defraudar a la realización de cualquier acto de licitación pública;
3. Retirar o intentar retirar al licitador, por fraude u oferta de ventaja de cualquier tipo;
4. Eliminar la oferta o el contrato relacionado;
5. Crear, fraudulentamente o intencionalmente, una entidad legal para pujar por los contratos públicos;
6. Obtener fraudulentamente ventaja indebida o beneficio, modificaciones o ampliaciones de los contratos de la administración pública, sin la autorización de la ley, como parte del proceso de licitación pública; y
7. Manipular o defraudar el equilibrio económico y financiero de los contratos celebrados con el gobierno.

La ley se aplica a aquellos actos ilícitos realizados por cualquier entidad contra la administración pública, incluso cuando tal acto se realiza fuera del territorio de Brasil.

Pagos de Facilitación

Se debe acotar sobre el "pago de facilitación", que es muy común en muchos países de América Latina y de todo el mundo. Esta práctica se refiere al pago de valor nominal que se hace para inducir a un funcionario público a realizar una acción gubernamental de rutina que de otra manera no están obligados a realizar. Por ejemplo, en los EE.UU. la Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero establece excepciones para los pagos de facilitación y defensas afirmativas en el caso de acusación.⁶ Sin embargo, la nueva ley contra la corrupción de Brasil no exime

⁶ Véase *Ley sobre el Soborno del Reino Unido 'En Línea' desde el 1 de Julio – Impacto en el Empleador de Estados Unidos*, coautoría por Philip Berkowitz, David Goldman, y Ellen Temperton, de fecha 1 de Agosto de 2011.

esta práctica, por lo tanto, en base a las normas de interpretación de la legislación, los pagos de facilitación a funcionarios se deben considerar prohibidos por esta nueva ley hasta nuevo aviso.

Aplicación y Sanciones

La ley prevé sanciones civiles y judiciales por incumplimiento y concede a varios organismos gubernamentales, es decir, al Consejo Administrativo de Defensa Económica, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Finanzas, el poder de procesar violaciones e imponer las sanciones aplicables. Además, la máxima autoridad en las ramas ejecutivas, legislativas y judiciales puede iniciar la investigación o el enjuiciamiento de la presunta infracción, a su propia discreción o basado en una petición presentada con el gobierno, y estará autorizada a conceder clemencia o alguna reducción de la pena.

Las sanciones civiles se impondrá en base a la totalidad de las circunstancias del caso y pueden ascender hasta el 20% del ingreso bruto de la compañía o una multa de hasta BRL\$60.000.000 (aproximadamente USD\$25 millones) si no puede calcularse el ingreso bruto. Los factores a considerar cuando se determina la sanción apropiada son los siguientes:

1. La gravedad de la infracción;
2. La ventaja obtenida o intencionada por el delincuente;
3. Si el delito se consumó;
4. El grado de daño o amenaza de lesión;
5. El efecto negativo producido por la infracción;
6. La situación económica del infractor;
7. La cooperación con la investigación del delito;
8. La existencia de mecanismos y procedimientos para garantizar la integridad, auditoría y alentar a los denunciantes y aplicación efectiva de los códigos de ética y conducta dentro de la compañía; y
9. El valor de los contratos celebrados por la compañía con la entidad o agencia pública agraviada.

Las sanciones judiciales pueden imponerse de forma individual o acumulativa y pueden consistir en disolución obligatoria del negocio, la cesación total o parcial de las operaciones del negocio, la restitución de los beneficios recibidos (ya sean obtenidos directa o indirectamente), o embargo de bienes. Además, la empresa puede dejar de recibir incentivos patrocinados por el gobierno, préstamos, subsidios o donaciones, hasta por cinco años, o se requerirá una fianza como garantía para reparar cualquier derecho especial o remedio en nombre de la parte agraviada, que puede incluir el gobierno.

La responsabilidad por las sanciones civiles o judiciales puede extenderse a la empresa matriz, subsidiaria o afiliada, y queda en caso de una fusión, adquisición u otra transformación corporativa.

La ley establece un lapso de prescripción de cinco años desde la fecha de la infracción, salvo cuando sea una violación continua, el periodo de limitaciones entrará en vigor en la fecha en que cesó la infracción.

Recomendaciones

Brasil es una de las múltiples jurisdicciones que han promulgado leyes contra la corrupción que desencadenan la responsabilidad corporativa y personal por las ofensas cometidas dentro y fuera de las fronteras nacionales. Además, muchos gobiernos en todo el mundo han ratificado las convenciones internacionales contra la corrupción, tales como los tratados de la OECD y las Naciones Unidas. Las empresas en vías de expansión de su presencia internacional a través de las transacciones comerciales internacionales, como cuando se lleva a cabo negocios dentro del contexto de una "cadena de suministro", deben buscar asesoría legal para implementar un programa de cumplimiento corporativo que tomará en cuenta leyes clave y convenciones contra la corrupción para asegurar el cumplimiento legal.

Como mínimo, un programa de cumplimiento corporativo eficaz debe:

- Desarrollar un código de conducta y políticas internas que reflejen el compromiso de la empresa a una cultura de integridad donde el soborno y la corrupción sean estrictamente prohibidos y penalizados;
- Realizar auditorías de las prácticas actuales de la empresa, incluyendo los gastos actuales que puedan considerarse sospechoso bajo leyes extranjeras contra la corrupción, para evaluar estas prácticas e identificar las áreas de riesgos;
- Tomar las medidas necesarias para eliminar cualquier práctica que pueda contravenir las leyes anti-soborno;
- Implementar mecanismos y procedimientos para asegurar la integridad corporativa y ética en los negocios, como un medio de divulgación interna de presuntos actos ilícitos sin represalias; y
- Capacitar a todo el personal sobre la cultura ética de la compañía y los requisitos legales de las leyes contra la corrupción y comunicar regularmente a todo el personal de las políticas de la compañía.

[Juan Carlos Varela](#) es el Accionista Directivo de la Oficinas de Littler en Caracas, Venezuela y Co-Presidente del Grupo de Práctica para América Latina de Littler. [Geida D. Sanlate](#) es abogado del Departamento de Gestión del Conocimiento, con especial énfasis en leyes laborales internacionales. Agradecimiento especial a [Daniela Sedes](#), abogado asociada en las oficinas de Littler en Caracas, por su contribución a este artículo. Si desea mayor información, favor comuníquese con el Dr. Varela en jcvarela@littler.com o al telf. 305.400.7590; con la Dra. Sanlate en gsanlate@litter.com o al telf. 973.848.4744; o con la Dra. Sedes en dsedes@littler.com o al telf. 58.212.610.5478. Para información relacionada con Littler, favor visite nuestra página web en www.littler.com.