



Informe Global sobre Fraude

Edición 13, Mayo de 2011

**El impacto estratégico del fraude,
las regulaciones y el cumplimiento**



An Altegrity Company

La información contenida en el presente documento se basa en fuentes y análisis disponibles y debe ser tomada únicamente como información de carácter general. Dicha información no está destinada a tomarse como consejo o asesoramiento con respecto a situación particular alguna y no debe utilizarse para tal fin. Las declaraciones respecto a asuntos financieros, regulatorios o legales deben ser entendidas como observaciones generales basadas únicamente en nuestra experiencia como consultores de riesgos y no pueden considerarse como asesoramiento financiero, regulatorio o legal, que no estamos autorizados a ofrecer. Todos esos asuntos deben ser estudiados con asesores debidamente autorizados en esas áreas. Este documento pertenece a Kroll y su contenido, o cualquier porción del mismo, no puede ser copiado o reproducido por cualquier medio o en cualquier forma sin el permiso de Kroll. Los clientes pueden distribuirlo únicamente para sus fines internos. Kroll es una unidad de negocio de la familia de empresas Altegrity.

El impacto estratégico del fraude, las regulaciones y el cumplimiento

El fraude es una amenaza en constante evolución. Sus formas cambiantes generan de manera inevitable nuevas respuestas regulatorias en la batalla continua entre los defraudadores, sus víctimas y las autoridades. Las empresas deben ajustar sus propios esfuerzos de cumplimiento a estas nuevas órdenes de marchas, como parte de su papel en la lucha, incluso cuando la nueva legislación con demasiada frecuencia es más clara acerca del objetivo último que los detalles reales de sus requerimientos.

Como saben las compañías, sin embargo, los riesgos de fraude y el incumplimiento de la regulación de prevención del fraude impregnan casi toda la actividad comercial. Abordarlos en forma apropiada por ello afecta la estrategia comercial de varias maneras. Esta edición del Informe Global sobre Fraude pone la atención sobre varios temas vinculados al fraude y las regulaciones tanto para poner luz en asuntos específicos y, en forma conjunta, ofrecer una mejor idea de la amplitud adecuada de una respuesta estratégica al fraude.

Como muestran muchos de los artículos, para que la respuesta sea eficaz es necesaria la acción en varios niveles. Un comienzo esencial es la actitud subyacente hacia el cumplimiento: necesita ser abordado como una herramienta para el desarrollo de una compañía mejor manejada y más rentable, y no como un peso que deba ser enfrentado.

Esto probablemente ayude con otra clave para el éxito: la voluntad de dedicar el tiempo y los recursos necesarios para desarrollar una comprensión acabada de los riesgos y las oportunidades en los mercados existentes y especialmente en los nuevos. Dependiendo de las circunstancias, por ejemplo, una compañía puede considerar esencial saber cómo se evitan los peligros de la corrupción en el sector de la energía



renovable del sur de Italia, poder responder a las complejas influencias de poder dentro de las sociedades de diferentes regiones de la India o, incluso, tener conocimiento de aspectos sorprendentes de la legislación china sobre el derecho de sociedades.

Lograr tal entendimiento nunca resulta una tarea terminada. Las estrategias de prevención del fraude y los programas de cumplimiento necesitan ser parte integral de las operaciones en curso. Su forma específica es determinada

inevitablemente por exigencias locales. Ellas están viendo un cambio rápido en los principales mercados, desde los Estados Unidos y el Reino Unido hasta Brasil, así como los más pequeños, tales como Mongolia, que estos artículos ayudan a explicar.

Esperamos que esta edición del Informe Global sobre Fraude brinde información útil cuando desarrolle una estrategia comercial en concordancia con un ambiente regulatorio en constante cambio.

Cumplimiento: Por qué “ajustarse a los lineamientos establecidos” es bueno para los libros p2

De Barings a Madoff: Las lecciones aprendidas p19

Riesgos regulatorios emergentes en los Estados Unidos p17

“No pueden decir esto, ¿o sí?” Protección de su nombre en Internet p16

Resolución de disputas comerciales en China: Un caso de estudio p14

Recuerde respirar: Cumplimiento y Ley Anti-Soborno del Reino Unido p12

Capital privado y la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero p11

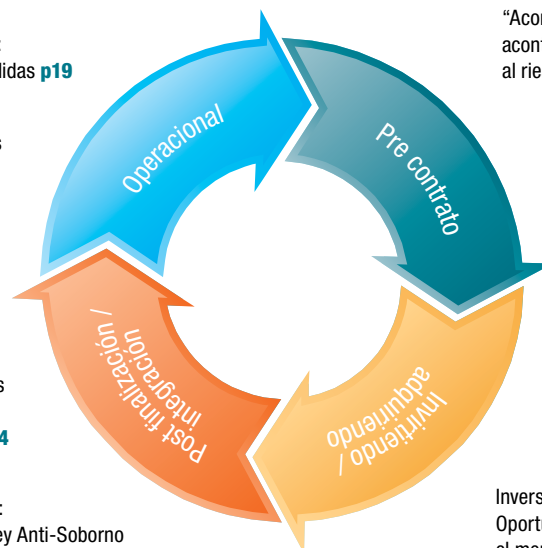
“Acontecimientos, querido amigo, acontecimientos”: Prestando atención al riesgo político p4

El riesgo político en el sector de la tecnología limpia de Europa p5

Las complejidades del cumplimiento en la India p6

Infraestructura y desechos en Brasil: Dos inversiones lucrativas aunque desafiantes p8

Inversión en Mongolia: Oportunidades y riesgos en el mercado dinámico más nuevo p10





Cumplimiento:

Por qué “ajustarse a los lineamientos establecidos” es bueno para los libros

Por Tommy Helsby

Hace un año, el Informe Global sobre Fraude destacaba el regreso de la regulación activa de los negocios. Tommy Helsby sostiene que los controles efectivos, lejos de inhibir el crecimiento, en realidad ayudan a construir un mejor y más fuerte rendimiento del negocio.

Los últimos doce meses no sólo han traído regulaciones más estrictas, que incluían la Ley Dodd-Frank en los Estados Unidos y la Ley Anti-Soborno del Reino Unido, sino también un cumplimiento más activo – particularmente se destinaron mayores recursos a la investigación de casos de corrupción en los Estados Unidos en el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores, como así también se prestó similar atención a los delitos comerciales en Gran Bretaña desde la Oficina de Fraudes Serios. Mientras tanto, magistrados históricos en otros lugares de Europa – Joly en Francia, Garzón en España, Di Pietro en Italia – han sido sucedidos por una nueva generación de funcionarios interesados en ser famosos. Fiscales de Alemania, a menudo en cooperación con sus pares de los Estados Unidos y en otros lugares, han dirigido con éxito sus esfuerzos a una serie de importantes negocios locales.

En los mercados emergentes, los desarrollos institucionales pueden ser más lentos, pero la atención pública a los problemas de fraude, especialmente a la corrupción, es intensa. Si miramos solamente a los países BRIC en los últimos meses nada más: en Brasil, tanto Vivendi como Credit Suisse pagaron acuerdos multimillonarios – sin reconocer ningún delito – con relación a las acusaciones de fraude en las inversiones y la operación con información privilegiada, respectivamente; en Rusia el Presidente Medvedev ha propuesto que las multas por casos de corrupción deberían ser equivalentes a hasta 100 veces la magnitud del soborno; en la India, el Primer Ministro, Manmohan Singh, recientemente dio su visto bueno a los pedidos de iniciar una investigación sobre la supuesta corrupción en la adjudicación de licencias de telefonía móvil de tercera generación; y en China, los dos ejecutivos más importantes de la principal empresa de comercio electrónico del país, Alibaba.com, renunciaron después de reconocer que la compañía no había respondido a problemas de fraude externo. Más lejos aún en Asia, 28 gobiernos han firmado el Plan de Acción para la Prevención del Fraude para Asia y el Pacífico, supervisado por la OCDE y el Banco de Desarrollo Asiático.

La exposición para las compañías que operan en los mercados emergentes no es sólo ante los entes reguladores locales sino también ante los entes de sus países que actúan de manera extraterritorial: los operadores corruptos no pueden depender de fiscales locales poco estrictos o corruptos para pasar por alto la situación. En realidad, los fiscales estadounidenses han perseguido con éxito a compañías extranjeras por supuestos delitos cometidos fuera de aquel país cuando pudieron demostrar algún nexo o interés estadounidense. Los organismos de aplicación de la ley de otros lugares le explicaron a Kroll que intentan seguir el mismo camino, y la cooperación fronteriza entre fiscales es ahora la norma más que la excepción. Inevitablemente, ha habido una reacción violenta de los regulados. Más visible, desde mi lugar, es la respuesta a la nueva Ley Anti-Soborno del Reino Unido, que comenzará a tener vigencia el 1 de julio.

A mi parecer las objeciones parecen mal fundadas o inadecuadas. En general son algún tipo de variación de “Me podrían detener por llevar a mi cliente a un partido de fútbol” – que realmente no pasará a menos que sobornes al árbitro para obtener el resultado que prefiera tu cliente. La gente aún me insiste en que el pago de sobornos es la única forma de operar comercialmente en algunas partes del mundo, por lo que las políticas agresivas extraterritoriales serán una seria desventaja para las compañías británicas que operan allí. El mismo argumento fue esgrimido por los negocios estadounidenses cuando la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) fue aprobada hace cuarenta años, aunque las compañías estadounidenses continuaron siendo competidoras eficaces en todos aquellos mercados difíciles.

Buen negocio – es decir, que cumple completamente con las regulaciones – pasa a significar un buen negocio en términos de desempeño comercial y financiero. Siemens, después de un gran escándalo por sobornos hace varios años, cambió su cultura (junto con muchos de sus directivos senior), estableció una operación de cumplimiento dinámico y, desde entonces, ha sido más exitosa desde el punto de vista comercial. Incluso en los mercados que presentaban los mayores desafíos, se puede operar en forma legítima, y tanto el negocio como el mercado estarán mejor por ello.

De ello se desprende una conclusión más amplia. Los procedimientos que aseguran que las prácticas comerciales cumplen con la Ley Anti-Soborno del Reino Unido y la FCPA ya deberían estar implementadas: un negocio bueno y adecuadamente administrado ya está operando cómodamente dentro de los requerimientos de estas leyes y el único requerimiento adicional que las leyes traen puede ser la necesidad de documentar ese hecho. La empresa debería operar de ese modo porque es mejor para el negocio, no sólo porque la ley lo exige: las oportunidades ganadas sin corrupción son más seguras y competitivas, y probablemente conduzcan a más de lo mismo; los negocios corruptos son más riesgosos, caros y vulnerables a nuevos pedidos de soborno o a un cambio de régimen.

Durante los últimos años, los problemas de sobornos han prevalecido en los programas de seminarios y conferencias, del mismo modo en que preocupaba el lavado de dinero cinco años antes. Si se lo mide por la magnitud de las multas, sin embargo, los temas de competencia necesitan ubicarse en la lista de las preocupaciones de cumplimiento de las compañías. Si se considera el costo general, en términos tanto de dinero como de reputación, entonces la reglamentación medioambiental continúa siendo primordial; las sanciones comerciales han surgido como un problema en un mundo cada vez más complicado, y se podría agregar mucho más a la agenda.

Aunque prefiero dejar los pronósticos para los economistas y astrólogos, veo otros dos problemas



específicos que deberían adicionarse a la lista. Juntas la globalización y la tecnología de la comunicación han cambiado el juego de los asuntos de privacidad. Las regulaciones aún no son uniformes y son de aplicación local, y el cumplimiento varía de un modo similar. Después de todo, ¿por qué cumplir con leyes que no existen? Pero datos delicados pueden vincularse a una persona en un país, ser controlados en otro y podrá accederse a ellos en un tercer lugar: la prudencia dicta que debería aplicarse la norma reglamentaria más alta.

El segundo tema puede ser una sorpresa: el predominio de los derechos humanos. Esto en general se ubica en el programa de responsabilidad social corporativa, si es que aparece en algún lugar, y a menudo se lo considera importante aunque no crítico para el negocio. Hay, sin embargo, movimientos tendientes a lograr que las compañías sean legalmente responsables por las violaciones directas o indirectas de los derechos humanos, tales como, el trabajo infantil, el apoyo táctico a regímenes desagradables por medio del comercio o la inversión, o la venta de equipamiento utilizado en la represión. Las iniciativas de la ONU han sido adoptadas por la OCDE, y puede recordarse que las iniciativas de la OCDE con relación a medidas de prevención de la corrupción han alentado gran parte de la nueva legislación sobre sobornos.

Un negocio adecuadamente gestionado debería dedicarse a planificar con vistas al futuro para asegurarse de que cuentan con los recursos y las relaciones necesarios antes de que emerja un problema. Con esto, es menos probable que las compañías permitan que las preocupaciones actuales las distraigan de una amplia variedad de riesgos regulatorios.



Tommy Helsby es Presidente de Kroll Eurasia con sede en Londres. Desde su incorporación a Kroll en 1981, Tommy ha ayudado a fundar y desarrollar el negocio principal de due diligence, y manejó muchos de los casos de temas hostiles para los que llegó a ser bien conocido en la década de los 80. Tommy juega un papel estratégico tanto

para la empresa como para muchos de sus principales clientes en las transacciones complejas y los conflictos. Él tiene un interés particular en los mercados emergentes, especialmente Rusia y la India.

“Los sucesos, querido amigo, sucesos”: Prestando atención al riesgo político

Por Jason Wright

En 1914 Henry Noel Brailsford, un importante periodista británico, destacó con seguridad: “Las fronteras de nuestros estados nacionales finalmente se encuentran derribadas. En mi opinión, no habrá más guerras entre las seis grandes potencias”. Algunos meses más tarde, las mismas potencias participaban de la Primera Guerra Mundial, quizás la más devastadora ocurrida entre ellos. Éste es sólo un ejemplo del orgullo desmedido que la predicción involucra.

Recientemente varios comentaristas hablaron de la seguridad y estabilidad del régimen de Hosni Mubarak en Egipto apenas semanas antes de que un levantamiento nacional lo sacara del poder. De acuerdo con algunos criterios, tales como el riesgo de mora de los bonos egipcios medido en el mercado de canje de créditos en mora, Egipto fue incluso clasificado como una inversión más estable que Portugal antes de este levantamiento.

Las consecuencias de la inadecuada previsión se aplican a los empresarios y a los políticos. La Primera Guerra Mundial trajo un trastorno económico generalizado. Ahora algunos inversionistas extranjeros, particularmente los que actuaron en conjunto con empresarios cercanos a los regímenes egipcios o tunecinos, están inquietantemente expuestos en África del Norte.

La crisis financiera fue un ejemplo práctico de los peligros de valorar incorrectamente el riesgo de las inversiones. A medida que el mundo desarrollado arregla el desorden resultante, los últimos acontecimientos en África del Norte ofrecen una advertencia a los inversionistas desviando su atención a los mercados emergentes en auge para evitar que se mida incorrectamente el riesgo político de manera similar. Incluso en algunos países europeos, el riesgo político se ha convertido en un factor significativo, generado por temas tales como las políticas proteccionistas en Italia y el abrupto cambio regulatorio en el sector de energía renovable de varios países de la UE. ¿Cómo deberían los inversionistas incorporar este riesgo en las evaluaciones de los negocios previas a la transacción y en su entendimiento continuo del riesgo operativo?

Un punto clave que debe reconocerse es que el riesgo político no sólo tiene que ver con las



revoluciones y los levantamientos; sino que también se ocupa de temas menos dramáticos, tales como la comprensión del papel de los políticos locales en la autorización de una planta nueva o el gasto impuesto por una cultura política corrupta en la que los sobornos están a la orden del día. El vínculo entre los altos niveles de la inestabilidad política y el fraude no es coincidencia. Los mismos fenómenos – tales como un gobierno deficiente, estructuras legales inadecuadas, y elites que aprueban o esperan ganancias ilícitas – pueden a veces inducir a ambos.

Una segunda verdad de igual importancia radica en que el riesgo político no puede ser abordado de manera independiente al riesgo comercial, legal o reputacional. Un acontecimiento político suele tener un impacto económico. El malestar en Libia, por ejemplo, llevó a un abrupto incremento en el precio del petróleo, lo cual creó un riesgo económico incluso para países y compañías con exposición limitada o indirecta a Libia. En menor escala, una compañía que compite en un mercado emergente contra un negocio controlado por el yerno del presidente puede rápidamente determinar que esto está sujeto a una nueva legislación, o que se “alienta” a sus clientes a que vayan a otro lado. En tales circunstancias, cualquier análisis puramente comercial del negocio que no tiene en cuenta que estos factores políticos no ofrece un modelo adecuado para futuras ganancias.

De hecho, las compañías cada vez se dan más cuenta de que los proyectos de due diligence comercial que no consideran el riesgo político, tanto geopolítico como local, serán una guía poco confiable. En el pasado, los inversionistas han tendido a encomendar due diligence comercial,

evaluaciones de riesgos políticos, y due diligence sobre la integridad o reputación a diferentes grupos de consultores. Estas categorías, sin embargo, no existen en forma aislada: Un mejor enfoque consiste en examinarlas juntos, un servicio que Kroll brinda en su oferta de due diligence integrada.

El due diligence sólo es un paso hacia adelante para una mayor comprensión del riesgo político. Las compañías, por ejemplo, también necesitarán considerar una amplia variedad de escenarios extremos en su planeamiento. Ningún comentarista o consultor puede predecir con certeza qué ocurrirá en el mundo, pero pueden darles a los inversionistas mejor información y un análisis amplio para ayudarlos a ocuparse de un medio cambiante. El truco para los ejecutivos será el uso de esta información a adaptar mientras la historia se revela en torno de ellos.

Harold Macmillan, Primer Ministro Británico entre 1957 y 1963, cuando le fue preguntado qué podría quitar a su gobierno de su curso, habría respondido, “los acontecimientos, querido amigo, los acontecimientos.” Las compañías tendrán que adaptarse a acontecimientos políticos sorprendentes a fin de prosperar en un mundo incierto.



Jason Wright es un director senior de la oficina de Kroll en Londres. Originalmente, se unió a la práctica de Inteligencia de Negocios e Investigaciones de Kroll de Italia y recientemente se ha enfocado en las transacciones multi-jurisdiccionales, particularmente donde hay riesgos políticos y problemas de corrupción significativos.

Jason es un punto clave de contacto para los clientes de capital privado de Kroll; él trabaja intensamente con clientes del sector durante todo el ciclo de negociación, gestionando proyectos, tales como due diligence pre-operacional y análisis de riesgo. Posee gran experiencia en acuerdos relacionados con el sector de energía, grandes proyectos de infraestructura y contratos con bancos centrales.

El riesgo político en el sector de la tecnología limpia de Europa

Por Marco Tavolieri

Los últimos acontecimientos en el sector tecnológico limpio de Europa muestran cómo los inversionistas pueden estar sujetos a importantes riesgos políticos y regulatorios incluso dentro de países desarrollados, tales como, España, República Checa e Italia. Donde estos riesgos están presentes, el fraude suele no estar muy lejos.

Para llegar a la meta de la Unión Europea (UE) de obtener un 20% de energía de fuentes renovables para el año 2020, los países miembros han garantizado una feed-in-tariff (FiT por sus siglas en inglés) favorable a los inversionistas en el sector de la energía renovable por períodos de 10 a 20 años. La crisis de la deuda soberana, sin embargo, además de las mejoras tecnológicas que han disminuido el costo de los equipos tales como los paneles solares, han obligado a algunos países

de la UE a bajar el nivel de las mencionadas feed-in tariffs. Ciertas jurisdicciones realizaron importantes modificaciones a las regulaciones existentes en forma retroactiva con efectos devastadores en la confianza de los inversionistas. En el sector fotovoltaico de España y República Checa, por ejemplo, cambios recientes en las tarifas han afectado a algunas plantas que ya están operando; no es de sorprender que esto haya llevado a una baja significativa en las

inversiones. En el mes de marzo del año en curso, Italia también emitió un decreto legislativo inesperado sobre las tarifas en el sector de la energía renovable, que trajo preocupación e incertidumbre entre los inversionistas, contratistas y desarrolladores.

Mientras tanto, los marcos regulatorios locales también pueden crear riesgos significativos para los inversionistas. En Italia, los riesgos surgen a partir de procedimientos regulatorios y de autorización extensos y burocráticos, así como también políticas divergentes sobre tecnología limpia a nivel nacional, regional y local. Todo ello genera demoras en la obtención de licencias y el comienzo de la operación de las plantas. Ello ha producido en el sur del país, donde se concentran las plantas solares y eólicas, un aumento en intermediarios que manifiestan poder obtener todas las autorizaciones necesarias para los inversionistas y venderles lo que son proyectos esencialmente de llave en mano. Claramente, esto acentúa el riesgo para los inversores de verse involucrados en corrupción o incluso ser víctimas de infiltraciones por parte del crimen organizado.

Varios factores hacen al sector de energía renovable particularmente atractivo para el crimen organizado en Italia, incluyendo los siguientes: tarifas favorables de alimentación; el rol central de políticos locales posiblemente corruptos; las oportunidades de lavado de dinero; la comercialización de terrenos; y la oportunidad de usar a trabajadores ilegales. En Sicilia, Calabria, Apulia y otras regiones, varias investigaciones – tales como las investigaciones “Via col vento” y “Eolo” – han llevado a la detención de empresarios, desarrolladores, alcaldes municipales y funcionarios públicos acusados de corrupción y a menudo de asociación ilícita. A muchos inversionistas locales y extranjeros que realizan negocios con tales contrapartes dudosas posteriormente se les demoran o bloquean sus solicitudes de autorización, o incluso se les embargan plantas que ya están operando. Además vieron sus nombres en informes de la prensa italiana e internacional junto con los de figuras vinculadas a la mafia, lo cual causa serias dificultades y daños en la reputación.

Como muestra el ejemplo italiano, el riesgo político y el fraude a menudo van de la mano. Los inversionistas necesitan saber de estos peligros dobles tanto en Europa como en otras partes del mundo.



Marco Tavolieri es un director de Kroll en la oficina de Milán. Se especializa en proyectos de inteligencia de negocio que incluyen desde due diligence reputacional hasta casos hostiles de adquisición. Marco cuenta con amplia experiencia en la lucha contra el fraude, desde asuntos multi-jurisdiccionales hasta investigaciones internacionales de paraíso fiscal. Trabaja en una amplia gama de sectores, entre ellos de capital privado, energías renovables, gestión de residuos y juegos de azar.

Las complejidades del cumplimiento en la India



Por Richard Dailly

A medida que la amplitud y profundidad de la economía globalizada se expanden, las multinacionales se encuentran evaluando nuevas oportunidades en regiones desconocidas. Las normas comerciales internacionales teñidas de las prácticas legales de Occidente, donde en gran parte se desarrollaron, entran cada vez más en conflicto con el modo en que se ha operado tradicionalmente en lugares del mundo que se encuentran en desarrollo.

En primer lugar se debe considerar cómo llegó la India adonde está: el subcontinente fue unificado en el tercer siglo AC y a lo largo de los siguientes 1,500 años creó una de las sociedades más avanzadas del mundo. El Islam llegó del Occidente, llevando al establecimiento del Imperio Mogol junto

a los Imperios de los Hindúes Maratha y Rajput. Cientos de años de interacción y superposición entre las variadas culturas y religiones asiáticas, seguidos por la colonización de los británicos, crearon una sociedad multifacética que varía en gran medida de una región a otra.

Algunos riesgos destacables

Un legado particular del Raj Británico es la naturaleza invasora de la burocracia. Algunas leyes locales podrían parecer arcaicas para los extraños y locales del mismo modo: la necesidad, por ejemplo, de que las compañías lleven un libro de asistencia. La verdad es, sin embargo, que esos mecanismos pueden permitir que funcionarios con remuneraciones inadecuadas soliciten pagos a escondidas. Sin darse cuenta los empresarios podrán encontrarse abiertos a pedidos de sobornos. Del mismo modo pero a mayor escala, la magnitud de la burocracia de la India ha creado un ejército de

retirados, muchos de los cuales se convirtieron en consultores o se incorporaron a los consejos de administración de las compañías como directores independientes. Mientras estos individuos pueden abrir las puertas y facilitar presentaciones, su uso requiere máxima precaución. No es raro que un ex funcionario sea visto como el sostén de familia dentro de un equipo de actuales funcionarios públicos. Las “comisiones” que una compañía abona a un funcionario devenido en consultor a menudo no son más que sobornos.

Son normales los pagos en efectivo para que las cosas ocurran, tanto los destinados a funcionarios como a no funcionarios; en muchos sectores esto no es considerado poco ético y simplemente es visto como el precio asociado a la operatoria comercial. Las firmas que se comprometen con altos estándares de integridad corporativa deben pensar seriamente acerca de cómo podrían afectarlas estos temas.

La democracia de la India suele ser bien intencionada respecto de los pobres. La combinación de una clase baja políticamente liberada y la pobreza, sin embargo, puede producir resultados no planeados, tales como el predominio de políticos que defienden un único tema. Ocasionalmente, estos individuos ejercen cantidades desmesuradas de poder en coaliciones locales. Un representante elegido por moradores de barriadas podría ver como una amenaza el desarrollo de infraestructura que podría llevar a la reasignación de viviendas de sus electores y, por lo tanto, la pérdida de éstos. Podría ser de su interés oponerse al desarrollo a menos que otros incentivos – en particular los sobornos – entren en escena. De igual modo, la adquisición de tierras resulta un tema polémico y poco claro en la India, plagado de corrupción. Cualquier proyecto importante de infraestructura casi con certeza encontrará dificultades – desde la remoción poco ética de residentes locales hasta la negociación del valor de la tierra con información privilegiada – lo cual puede traer graves secuelas y claras consecuencias de incumplimiento.

Las mineras y generadoras de energía eléctrica que busquen invertir en los estados orientales – centrales de la India enfrentarán la dificultad extra de trabajar en áreas sujetas a sublevaciones maoístas. Podría considerarse que estos grupos, que profesan una ideología comunista agraria, presentan una amenaza soberana para el gobierno nacional. Han organizado un boicot contra el proceso democrático y admiten que lideran una “lucha armada” en estados que aparecen entre los más pobres de la India. Los inversionistas podrían verse presionados a pagarles a estos insurgentes

para que operen en el área y, si no sigue un soborno, los rebeldes podrían utilizar su influencia para perturbar las operaciones de la compañía. Puede ser tentador capitular, pero los inversionistas necesitan saber que sería una estrategia de alto riesgo, que podría exponerlos a las leyes de financiamiento del terrorismo de la India. Muchos grupos maoístas se encuentran proscritos bajo la legislación de prevención del terrorismo de la India y por ello los pagos a ellos dirigidos podrían constituir una ofensa seria.

Kroll ha sabido por medio de numerosas investigaciones en sectores difíciles de la India que estos riesgos a menudo se superponen entre sí, aunque cómo suceda es único de cada lugar. Una compañía, por ejemplo, podría experimentar una presión hostil por parte de los medios y los sindicatos. Mayores investigaciones pueden luego revelar que estas críticas están siendo manipuladas por un funcionario local que intenta utilizar su influencia para beneficio personal – esencialmente el chantaje. Si el negocio acuerda pagar al funcionario, la hostilidad cesará. El funcionario puede incluso justificar sus acciones diciendo que el dinero volverá a la comunidad o ayudará al desarrollo y aliviará la pobreza en la región, incrementando entonces su influencia política. Ceder a una extorsión de esta naturaleza dejará a una compañía expuesta a la violación de las leyes sobre cumplimiento comercial y gobierno corporativo, no sólo en la India sino posiblemente en su país de origen. También le da al funcionario corrupto y a sus cómplices “luz verde” para seguir extorsionando de esa manera.

Mitigación de los riesgos

Al operar en una cultura tan compleja, resulta esencial la comprensión desarrollada del área local. Por ejemplo, en casos como el del funcionario local corrupto antes mencionado, en la experiencia de Kroll las compañías generalmente cuentan con más influencia de la que se dan cuenta que tienen. Un análisis pormenorizado de la riqueza, demografía, movimiento de personas y otros aspectos sociales pueden sumar significativamente a la comprensión de una compañía o inversor respecto del entorno en el que operan. Un conocimiento detallado, por ejemplo, de que la población de un área disminuye en razón de la emigración económica lo cual conduce a una disminución del apoyo de un funcionario local corrupto, podría influir en las decisiones de un inversor. Mientras tanto, la inversión significativa en áreas pobres podría reducir tal emigración y darle a la compañía voz real en la sociedad local. Conservar una cultura de prevención de la corrupción inicialmente parecería imposible, pero si el banco de votos de un funcionario local depende de los trabajos en la

comunidad, entonces la amenaza del retiro podría poner a la opinión pública en contra del político que busca el soborno.

Una cultura de prevención de la corrupción es esencial desde el punto de vista legal y del cumplimiento, pero resulta improbable que simplemente ignorar el problema sea una estrategia eficaz. El conocimiento de la comunidad local debería conducir a ampliar el compromiso con ella en el que los investigadores, analistas, personal confiable de unión con la comunidad, las comunicaciones corporativas y los profesionales de Responsabilidad Social Corporativa (CSR) trabajen a la perfección.

Kroll sugiere que entre los elementos de esta estrategia se incluyan los siguientes:

- Encomendar a consultores independientes la realización de un análisis detallado sobre la geografía, cultura local e historia de la región;
- Entablar contactos con los medios, grupos académicos, medioambientales, funcionarios locales, sindicatos, lobistas, ONGs y demás, a fin de comprender mejor las líneas de fractura;
- Considerar el reclutamiento de un funcionario local de vínculo cuyos antecedentes son completamente evaluados;
- Efectuar estrictas políticas sobre cumplimiento y gobierno, ampliamente conocidas en la comunidad local. Ello podría incluir una política muy publicitada sobre la abstención del pago de comisiones, líneas directas para informantes, políticas adecuadamente anunciadas sobre cumplimiento y de prevención de lavado de dinero, incluso políticas de “puerta abierta” para alimentar una cultura de transparencia y responsabilidad;
- Considerar contribuciones significativas para la comunidad local, no un programa de CSR “sólo de nombre”;
- Considerar formas de utilizar la comunidad local en la operación, convirtiéndolas en partes interesadas.

Ingresar a una cultura nueva y desconocida no significa que una compañía deba comprometerse con sus estándares de gobierno, sino que necesita aprender cuál es la mejor forma de conservarlas en estas condiciones desconocidas.



Richard Dailly es un directivo ejecutivo y jefe de operaciones de Kroll en la India. Cuenta con más de 20 años de experiencia en riesgo global para el gobierno británico y para Kroll. Richard tiene un profundo conocimiento de las técnicas de investigación y recopilación de inteligencia, además de evaluación y análisis como apoyo a las investigaciones corporativas, el riesgo político, apoyo a litigios y casos multi-jurisdiccionales.

Infraestructura y desechos en Brasil:

Dos inversiones lucrativas aunque desafiantes



Por Vander Giordano y Eduardo Gomide

En noviembre de 2009, The Economist destacó que “Brasil ya ha sido democrático, ya ha tenido crecimiento económico y ya ha tenido baja inflación. Pero estos tres factores nunca se han dado en forma simultánea. Si se mantiene esta tendencia (una gran posibilidad), Brasil, con una población de 192 millones de habitantes y un rápido crecimiento, podría convertirse en una de las mayores economías mundiales hacia mediados de este siglo, junto a China, Estados Unidos, India y Japón.”

Los brasileños también, en los últimos años, han comenzado a llamar al país “*a bola da vez*”. Los medios han informado ampliamente acerca de cómo Brasil finalmente aprovecha las oportunidades en una economía mundial cambiante y desarrolla todo el potencial de su gran población, tierras fértiles, vastos recursos minerales y hoy enormes reservas petroleras de profundidad descubiertas en la última década. Sin embargo, el crecimiento económico y la prosperidad – el PBI de Brasil aumentó aproximadamente un 7% en 2010 – también traen los riesgos asociados al optimismo excesivo y una mentalidad similar a la de la “fiebre del oro”. Además de las grandes posibilidades que mencionamos, los inversionistas y las compañías necesitan prestar atención y observar detenidamente los detalles del lugar donde colocan su dinero. Una consideración de sólo dos áreas – las posibles dificultades del sector de infraestructura que crece rápidamente en Brasil y los problemas de cumplimiento que surgen de la nueva legislación sobre medio

ambiente – muestra que la falta de dicho cuidado puede resultar costosa.

Jugar el juego de manera limpia

Brasil está a punto de ser sede de dos importantes espectáculos deportivos de nivel internacional. En 2014, la Copa Mundial tendrá lugar en Río de Janeiro y en otras 12 ciudades de relevancia. Dos años después, Río dará la bienvenida a los Juegos Olímpicos. Los analistas pronostican un enorme impacto en la economía, con inversiones en infraestructura como la fuerza de impulso. Un estudio del Ministerio de Deportes de Brasil estima que solo el posible impacto económico de la Copa del Mundo será de aproximadamente US\$100 mil millones entre 2010 y 2014, 73% de los cuales serán indirectos – y prevé que se espera un incremento del orden de los US\$5.13 mil millones en turismo, US\$9.18 mil millones en recaudación impositiva y la creación de 330.000 puestos de trabajo permanentes¹.

Las vastas oportunidades vinculadas a la reconstrucción y expansión de la infraestructura brasileña están atrayendo a muchos inversionistas extranjeros. Algunas estimaciones colocan el costo posible de la planificación y construcción sólo de las sedes de los deportes Olímpicos en US\$15 mil millones. Los costos derivados de la remodelación y construcción de estadios para la Copa del Mundo, junto con las mejoras en los puertos, la mejora de los transportes públicos y las carreteras, y la expansión de aeropuertos necesarios para ambos espectáculos involucrarán al menos otros US\$18 mil millones. Estos montos estimados pueden estar incluso por debajo de los reales.

Participar del auge de las infraestructuras en Brasil casi siempre involucrará una licitación pública. Los principales proyectos de infraestructura, tales como las plantas hidroeléctricas y las matrices energéticas mejoradas, como así también los nuevos puertos, autopistas y aeropuertos son en gran medida respaldados por organismos pertenecientes total o parcialmente al gobierno, incluyendo el Banco de Desarrollo de Brasil. La segunda fase del Programa de Aceleración de Crecimiento (PAC), el programa de inversiones más importante del sector público de los últimos 20 años, abrirá hasta US\$220.2 mil millones en oportunidades para inversiones extranjeras en Brasil entre 2011 y 2014. El Estado también ha creado la Autoridad Olímpica Pública para que coordine los trabajos vinculados a los deportes Olímpicos y Paralímpicos. Las compañías deben estar al tanto del riesgo de verse involucradas en estructuras de sobornos o corrupción en violación a las leyes de Brasil, a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero y la Ley Anti-Soborno del Reino Unido.

Un dicho relato aleccionador involucró a una compañía europea que pasó bajo el escrutinio de autoridades europeas y brasileñas en 2009. La compañía había subcontratado a una firma europea de ingeniería para sus proyectos de infraestructura. Las autoridades comenzaron a sospechar que una suma de US\$6.8 millones que aparecían en sus libros como gasto, de hecho, había sido entregada a funcionarios públicos locales para ganar un proyecto de US\$45 millones relacionado con el subterráneo en Brasil.

Nuevas investigaciones revelaron que la misma compañía efectuó pagos sospechosos por alrededor de US\$200 millones con relación a un proyecto hidroeléctrico en Brasil. La estrategia supuestamente habría involucrado un contrato de consultoría con una compañía panameña.

El consultor fue contratado para proveer información de ayuda en el proceso de licitación de la planta de energía hidroeléctrica. Pero tanto los investigadores brasileños como los europeos están convencidos de que la compañía panameña nunca brindó servicio de consultoría alguno y que su único propósito fue actuar como intermediario para entregar sobornos tendientes a obtener el contrato para la firma de ingeniería. Mientras tanto, se le prohíbe a la compañía europea de ingeniería participar en la licitación de contratos en Brasil hasta que se concluya la investigación, prohibición eficaz de participar del auge de las infraestructuras.

¿Una inversión que se fue a la basura?

Brasil produce 150,000 toneladas de basura por año. Su amplia Política Nacional sobre Desechos Sólidos, sancionada como ley el pasado mes de julio, es la culminación de una larga lista de políticas que pone fuerte énfasis al uso de materiales reciclados. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del gobierno nacional, los estados, las municipalidades, los organismos y las organizaciones de la industria, hasta el 43% de los desechos recolectados en Brasil probablemente no reciban adecuado tratamiento.

El cumplimiento de las disposiciones de la nueva ley requerirá que muchas empresas inviertan en nueva tecnología y procedimientos, y que destinen sumas considerables a actividades de monitoreo y auditoría. Para los inversionistas en el país, mientras tanto, las investigaciones de due diligence actualmente deberían ir más allá de la evaluación de los antecedentes, la reputación e integridad de un negocio e incluir el cumplimiento de las nuevas regulaciones sobre la gestión de los residuos. De no ser así, los compradores se arriesgan a heredar obligaciones que podrían en última instancia poner en peligro toda la inversión.

Recientemente un grupo extranjero adquirió una petroquímica brasileña. Ocho meses después, el

PRINCIPALES RIESGOS DE FRAUDE

El comprador debe tener cuidado. Quizás el socio local parece ser el correcto y tener las conexiones adecuadas. Pero un examen más exhaustivo a menudo puede revelar problemas. Si un inversor extranjero no hace su tarea, pueden terminar con:

“Socio no calificado”

- Investigar la reputación y los antecedentes de integridad – realizar un amplio análisis de los contratos pasados y antecedentes legales de su socio, especialmente en lo vinculado a organismos gubernamentales y controlados por el estado.
- Conozca a sus proveedores – en el caso del tratamiento de desechos, la compañía elegida para tratarlos no contaba ni con las credenciales ni con la estructura necesaria para cumplir con las necesidades de disposición del contratista. Una revisión de los antecedentes del proveedor, búsqueda de referencias o quizás algún tipo de investigación en campo podrían haber reducido la exposición al riesgo.

Infracciones reglamentarias y de cumplimiento

- Prestar atención al cumplimiento. Las compañías extranjeras necesitan asesores adecuados que conozcan las leyes y regulaciones locales y que puedan ayudar a asegurar que existan estructuras de cumplimiento. Las consecuencias de la falta de cumplimiento pueden ser enormes, con el ejemplo de la compañía europea de ingeniería que no puede operar hasta que esté concluido el proceso legal en Brasil.

departamento de asuntos legales de la firma recibió una citación por parte del Fiscal de Distrito. La compañía, junto con otras varias empresas que subcontrataban los servicios de gestión de desechos a un negocio específico de tratamiento y disposición de desechos, fue incluida en una acción civil. La compañía de tratamiento de desechos no cumplía con la nueva ley en algunos de sus procesos: la basura, por ejemplo, se descartaba sin tratamiento previo. Ello dejó también a la petroquímica en una situación de violación de la ley y sujeta a duras multas.

Kroll fue contratada para investigar el caso y determinó que el riesgo podría haber sido gestionado durante un proceso de due diligence si los auditores de entonces hubieran realizado un análisis más detallado y hubieran dedicado más tiempo a examinar los antecedentes de la compañía de disposición de desechos. Ya existían pruebas acerca de sus fallas así como también acciones legales respecto de las actividades operativas. El trabajo de Kroll respecto de la documentación de disposición de desechos también identificó grandes discrepancias en peso y falsificaciones rotundas. En algunos casos, el camión de desechos ni siquiera ingresó a las instalaciones de la compañía, aunque el contratista tenía un registro de remoción de basura. De modo similar, las entrevistas de campo indicaron que algunos de los desechos

- Examinar las complejas regulaciones laborales brasileñas y determinar cómo se manejan con ellas sus socios comerciales, incluidos sus subcontratistas. En una alianza comercial, cada miembro es responsable por el cumplimiento de todas las obligaciones laborales establecidas por ley que surjan de la relación contractual. Un grupo de inversionistas en una constructora de São Paulo aprendió esta lección duramente. Para su sorpresa, algunos meses después de completar su transacción, fueron informados en una reunión del consejo de administración de que la compañía constructora era ahora responsable por demandas laborales presentadas contra un subcontratista que había trabajado en los proyectos de la compañía al norte de Brasil. Dado que el subcontratista no podía cumplir con tales reclamos, la responsabilidad ahora se trasladó sobre ellos.

Riesgo de corrupción y sobornos

- Tener cuidado con las relaciones comerciales en conflicto por medio de accionistas o contratistas. Y considerar la posibilidad de un análisis de antecedentes de los empleados clave. Como se destaca en el caso de gestión de desechos, había discrepancias en los registros de la compañía. Gran parte de ello se debía al hecho de que uno de los empleados responsables del proceso – el operador de la balanza – estaba recibiendo sobornos de la compañía recolectora de residuos, que obtenía mayores ingresos por una menor cantidad real de basura removida.

simplemente fueron arrojados en un vertedero público de la ciudad.

Los informes de Kroll respaldaron los esfuerzos de los abogados del comprador extranjero tendientes a probar que los nuevos accionistas de la compañía petroquímica habían actuado de buena fe. La responsabilidad por las violaciones a la ley sobre desechos entonces fue asignada a los dueños anteriores.

La economía brasileña ofrece importantes oportunidades a inversores extranjeros. Para aprovecharlos en forma completa, sin embargo, las compañías necesitan conocer los riesgos.

1. Global Finance Magazine, Septiembre 2010



Vander Giordano, un director ejecutivo de la oficina de Kroll en São Paulo, tiene amplia experiencia en casos de investigación e inteligencia de negocios, incluyendo investigaciones de fraude, búsqueda de activos e inteligencia competitiva. Es miembro de la Asociación Internacional de Abogados de Brasil.

Eduardo Gomide es un director ejecutivo basado en São Paulo. Con más de 10 años de experiencia en consultoría financiera y de riesgos, Eduardo ha manejado una amplia variedad de casos complejos con especial énfasis en investigaciones financieras y de auditoría forense.

Inversión en Mongolia

Oportunidades y riesgos en el mercado dinámico más nuevo



Por Jack Clode

Mongolia resulta un lugar atractivo para las inversiones. En 2010, su economía fue la segunda economía con mayor nivel de crecimiento en el mundo¹, y se espera que esté entre las tres primeras en 2011.

Su mercado de valores actúa de modo similar, y el Índice Top 20 de la Bolsa de Valores de Mongolia es más del doble en 2010, nuevamente se ha duplicado desde el inicio de este año.

El principal conductor del crecimiento en Mongolia, el sector minero, se encuentra atrayendo a gran cantidad de inversiones extranjeras. Compañías de América del Norte, Rusia, China y de otros lugares se encuentran desarrollando operaciones significativas y rentables con los depósitos masivos de carbón, oro, cobre, tierras raras y otros minerales que posee el país. Los fondos de inversión de capital privado, los operadores de productos básicos, y otros inversionistas también están dirigiéndose rápidamente al país en busca de las oportunidades adecuadas.

Los cambios en las políticas y las regulaciones que se han abierto en Mongolia para inversionistas y negocios extranjeros han ayudado a traer este rápido crecimiento. Actualmente, sin embargo, el gobierno enfrenta serios desafíos, tales como la creación de un entorno regulatorio maduro, transparente y estable, y el establecimiento de controles y mecanismos de cumplimiento para minimizar la corrupción.

El país se fortalece gradualmente y le otorga poderes a sus instituciones de control. En 2006, por ejemplo, el gobierno sancionó leyes para prevenir la corrupción y formó un Organismo de Prevención de la Corrupción especializado.

Sin embargo, los esfuerzos por crear el ambiente necesario continúan siendo muy incompletos. La aplicación de las leyes y regulaciones es impredecible. En noviembre de 2010, el gobierno sorprendió a la comunidad internacional suspendiendo abruptamente las 254 licencias de minería de oro, citando una ley de 2009 que protege los bosques y las cuencas de los ríos. Algunas compañías internacionales han apelado y recuperaron sus licencias, otras aún no han tenido éxito. Estos tipos de incidentes dañan la confianza de los inversionistas y no se limitan a la industria minera. Más de un gran proyecto hotelero en Ulan Bator ha sido suspendido a causa de disputas sobre la interpretación de las regulaciones relacionadas con los bienes raíces.

Además, las líneas entre el sector público y el privado continúan borrosas, con conflictos de intereses en común. Lo que complica más la situación es el hecho de que los investigadores en Mongolia no pueden confiar en los registros públicos oficiales para identificar la titularidad y el control de los negocios inscriptos localmente. En cambio, Kroll utiliza indagaciones con fuentes humanas y conocimiento sobre la elite de Mongolia a fin de comprender quién controla realmente una compañía. Algunas veces estas indagaciones conducen a destacadas familias políticas, en cuyo punto los riesgos que surgen de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero necesitan ser exhaustivamente evaluados también. También resulta habitual encontrar que el control de la compañía es ejercido silenciosamente por personas poderosas, algunas veces controvertidas, desde los países vecinos de Mongolia: Rusia y China.

Resulta difícil conseguir información sobre las personas en Mongolia, lo cual dificulta que compañías extranjeras comprendan los antecedentes, la reputación y deudas de los posibles socios comerciales. Actualmente, no existen bases de datos sobre litigios, quiebras y antecedentes penales, y la búsqueda en medios de prensa mongoles resulta una herramienta de valor limitado. Muchos medios locales son controlados silenciosamente por políticos quienes inevitablemente tienen una agenda particular. A menudo aparecen acusaciones de corrupción contra empresarios o políticos en la prensa escrita, que no vuelve a mencionarse en registros públicos. Los interesados deben indagar más a fondo a fin de determinar qué acusaciones de corrupción se fundan en hechos y si las manifestaciones incluidas en los medios tuvieron como consecuencia sanciones legales.

Efectuar investigaciones de due diligence en un entorno así resulta una tarea apasionante. En general sale a la luz información de interés, lo cual ayuda a nuestros clientes a negociar la reestructuración de términos financieros o la estructura de gestión, y algunas veces lleva a una salida de la transacción propuesta. Tal investigación es esencial en una economía de rápido crecimiento y regulación imperfecta, y dado que se trata de un país pequeño, con una elite comercial y política poderosa, frecuentemente vemos que reaparecen los mismos nombres en nuestras investigaciones. Nuestra amplia experiencia y gran conocimiento en Mongolia entonces nos ayuda a asesorar a nuestros clientes rápidamente acerca de las posibilidades de un negocio.

¹ Eurasia Capital: Pronóstico de Mongolia para 2011



Jack Clode es un director ejecutivo de la división de Inteligencia de Negocios & Investigaciones en Hong Kong. Con más de 12 años en Kroll como investigador de primera línea, encargado de casos y jefe de oficina, Jack brinda apoyo a los clientes a través de la amplia gama de servicios que Kroll ofrece, incluyendo due diligence, inteligencia de negocios, inteligencia competitiva, seguridad, investigaciones internas y externas.

Capital privado y la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero

Por Peter J. Turecek y Michael E. Varnum

Más firmas de capital privado (PE por sus siglas en inglés) se encuentran invirtiendo a nivel internacional. Al hacerlo, se están encontrando con un medio de regulación determinado por el cumplimiento cada vez mayor de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA). En particular, los organismos de control del Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores han reforzado a sus equipos de investigación y se encuentran actualmente viendo con más atención a inversionistas mayoritarios en entidades que aparentemente han violado la ley.

Aunque ninguna firma PE a la fecha ha sido acusada de violaciones a la FCPA por parte de una sociedad de cartera extranjera, la amenaza es real. La exposición a las sanciones que surgen de tales violaciones depende, entre otras cosas, del nivel de la dirección y la supervisión que brinda la firma PE. Mientras mayor sea su vinculación con el negocio de las sociedades de cartera, más exhaustivamente investigarían los organismos de control la estructura de propiedad a la hora de determinar culpabilidades. El simple desconocimiento no servirá como una defensa adecuada. Las compañías PE que se encuentran actualmente activas o que se están expandiendo en el exterior necesitan mejorar o, donde resulte necesario, establecer procedimientos eficaces de cumplimiento y due diligence.

La dificultad que enfrentan las firmas PE y otros vehículos de inversión es que la naturaleza y el alcance del "adecuado" due diligence no están claramente definidos por los organismos de regulación. Como mínimo, tanto las empresas PE como sus negocios con las sociedades de cartera deberían contar con políticas de FCPA internas y bien documentadas además de pruebas de un nivel apropiado de investigación de due diligence para las transacciones. Este nivel va a variar por jurisdicción, con escenarios conocidos por la corrupción que requieren medidas de due diligence mejorada antes de efectuar negocios o contratar a agentes (véase cuadro adjunto). Las compañías de capital privado también necesitan asegurarse de

que estas políticas de FCPA son seguidas de manera rigurosa. Ello comienza con un claro mensaje de la dirección acerca de que no se tolerarán la corrupción ni las prácticas relacionadas, ya sea en la sociedad matriz como dentro de los negocios de sociedad de cartera. La designación de un oficial de cumplimiento, la creación de un exhaustivo grupo de políticas y procedimiento para empleados y agentes, y la realización de capacitaciones para el personal y auditorías refuerzan un tono adecuado para guiar el comportamiento de la firma. Estos pasos deberían respaldar una ética corporativa y no forzar una aversión hacia el riesgo. Es importante comprender que los organismos de regulación buscarán la documentación de estas políticas y el cumplimiento uniforme de ellas, en caso de identificarse un problema relacionado con la FCPA.

Antes de entrar en una transacción, las firmas PE necesitan adoptar el due diligence adecuado, que implique observar a todos los terceros participantes, agentes, representantes, consultores y socios de alianzas comerciales. ¿Los agentes son exclusivos? ¿Qué conexiones, de corresponder, existen con el gobierno local o los organismos apoyados por los estados? ¿Quiénes son los beneficiarios de los socios de la alianza comercial? La incapacidad de responder estas preguntas puede indicar que la firma PE o cartera no comprende lo suficiente las relaciones de sus socios comerciales y actividades, dejándolos vulnerables a posibles violaciones de la FCPA y atención regulatoria. Mientras que resulta a menudo imposible investigar

cada indicio hasta su conclusión, una metodología uniforme y documentada del due diligence puede ayudar a evitar sorpresas más tarde durante la investigación.

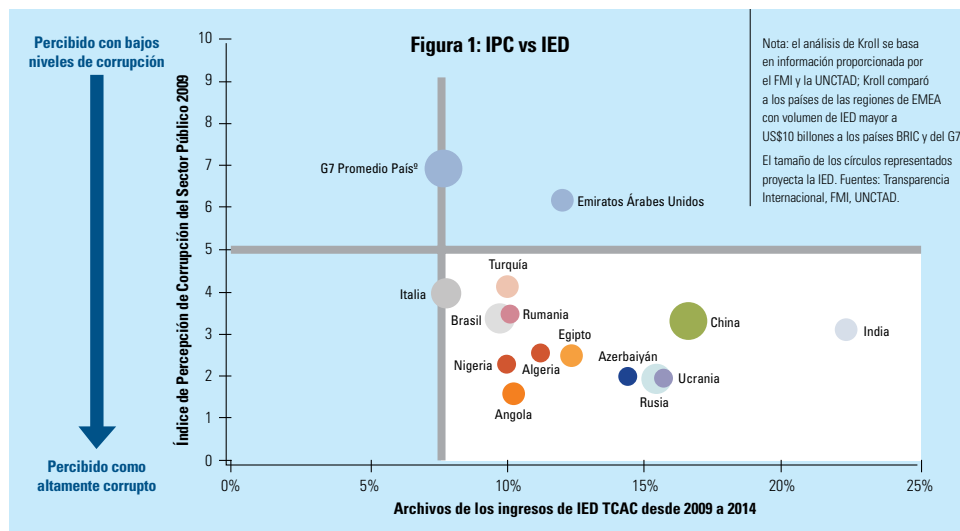
A medida que continúan los debates sobre inversión, cualquier prueba o rumor de comportamiento sospechoso o contactos gubernamentales debería ser cuidadosamente estudiado. Estas son situaciones en las que el due diligence reforzado los esfuerzos de investigación pueden ayudar a ofrecer una comprensión más profunda de los hechos o el contexto en torno a un rumor o prueba de comportamiento. La firma PE y las sociedades de cartera deberían revisar toda la documentación disponible vinculada al negocio para corroborar su exactitud, detalle y cumplimiento de los códigos de conducta, estándares internos y procedimientos contables, incluyendo el registro suficiente de regalos, contribuciones, reembolsos, viajes y entretenimiento.

El Departamento de Justicia ha demostrado tolerancia hacia algunos casos de la FCPA a causa de circunstancias atenuantes que incluyen la autodeclaración, cooperación pasada y continua con la investigación, la implementación de medidas correctivas (incluyendo un programa de cumplimiento de la FCPA), y la ausencia de conducta previa similar. Sin embargo, no realizar un due diligence adecuado puede tener un efecto devastador. Consideremos eLandia International, que adquirió Latin Node en 2007 sólo para descubrir más tarde posibles violaciones a la FCPA. La compañía efectuó una autodeclaración ante las autoridades correspondientes, pero la investigación posterior, las multas, penalidades y desvinculación de los empleados disminuyeron el valor de la compra por más de US\$20 millones, de acuerdo con informes de aquel entonces. Finalmente eLandia asignó a pérdidas todo el negocio.

Efectuar autodeclaraciones ante los organismos de control – después de recibir el adecuado asesoramiento legal – suele ser sin embargo la mejor política para las PE que identifican posibles violaciones de la FCPA, ya sea durante el due diligence de adquisición o en el curso de las operaciones de una sociedad de cartera. Para recibir el beneficio de tal acción, las compañías necesitan tener políticas y procedimientos ya implementados y cumplirlos. No hacerlo podría ser desastroso.

Peter J. Turecek es un director ejecutivo senior de la oficina de Nueva York. Es una autoridad en temas de due diligence, investigaciones multinacionales y fondos de cobertura relacionados con los servicios de inteligencia y negocios. También lleva a cabo una serie de investigaciones relacionadas con la búsqueda de activos, competencia corporativa, integridad de los empleados, fraude de seguridad, inteligencia empresarial y manejo de crisis. Ha aparecido en MSNBC, CNBC, Fox News, y NPR y ha participado como orador invitado en una serie de temas de inversión y grupos profesionales.

Michael E. Varnum, CFE es un director ejecutivo en la oficina de Reston, Virginia. Es un ex ejecutivo senior del FBI con experiencia especializada en la lucha contra la corrupción, los delitos económicos y el fraude. Se ha convertido en una autoridad en temas de inteligencia de negocios relacionados con FCPA, la investigación de terceros y el cumplimiento de lucha contra la corrupción internacional y las investigaciones sobre fraudes. También ha desarrollado, manejado y conducido investigaciones a medida y tareas de riesgo de seguridad.





Recuerde respirar

Cumplimiento y Ley Anti-Soborno del Reino Unido

Por Melvin Glapion

“Recuerde respirar” es un buen consejo para alguien que experimenta estrés agudo. Es, en esencia, lo que les digo a muchos clientes en anticipación a la Ley Anti-Soborno del Reino Unido. Hay que reconocer, sin embargo, que es difícil lograrlo cuando, en cada seminario al que concurren, los oradores sirven temor con canapés.

Algunas de las disposiciones únicas de la ley anti-soborno ciertamente deberían ofrecer pausa a los negocios, en particular: i) responsabilidad estricta de la empresa por no prevenir el soborno, ya sea por parte de empleados o terceros; ii) desestimación de pagos de incentivos; y iii) aplicación extra judicial. La mayor parte de las compañías grandes y medianas ya cuentan con la infraestructura, políticas y procedimientos para cumplir con este desafío de cumplimiento. A pesar del rigor, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA según sus siglas en inglés) nos ha dejado mejor equipados para reconocer, prevenir, investigar e informar índices de corrupción. El cambio en la responsabilidad corporativa y la mayor exposición a la actividad de terceros han

desatado pánico entre las empresas. Para lograr el cumplimiento de la Ley Anti-Soborno, algunas organizaciones se encuentran investigando exhaustivamente, en forma anual, a cada proveedor tercerista, agente o proveedor asociado actual o posible – una práctica prohibitivamente cara y logísticamente ardua que no es viable ni económica o muestra conocimiento comercial.

Las empresas se beneficiarán adoptando un enfoque estructurado y considerado de la realización de investigaciones de due diligence sobre reputaciones, que tienen en cuenta las condiciones existentes en el mundo real. Tal y como lo describiremos a continuación, una compañía debería: dar prioridad a

las investigaciones de due diligence sobre terceros, establecer un proceso para que los terceros cumplan con las prácticas de prevención de la corrupción, gestionar los costos de la diligencia, y utilizar los hallazgos para obtener una ventaja competitiva. Tómese un respiro, y comencemos.

Dar prioridad a las investigaciones de terceros

Los clientes que buscan ayuda sobre la determinación de prioridades respecto de sus esfuerzos de due diligence a menudo piden tres cosas: por dónde comenzar, a qué terceros prestar más atención y con qué frecuencia controlarlos.

La mejor herramienta para responder estas preguntas es un sistema de puntaje de riesgos que compare a una población de firmas (por ejemplo, los distribuidores) utilizando marcadores de posible riesgo de corrupción. (Figura 1.1) Estos marcadores podrían incluir: el puntaje del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional para la jurisdicción en que el distribuidor realiza la mayor parte de sus actividades; el grado en que se basa en contratos gubernamentales o relaciones para este negocio; hasta qué punto tiene conocimiento, control o supervisión del distribuidor;

inflexible para reconocer y evaluar a las compañías más riesgosas.

- Investigar a todos al nivel más alto – una vez más, un enfoque inflexible que es prohibitivo en cuanto a costos y posiblemente perjudicial para las operaciones.

Si la mayor parte de las compañías medianas y grandes mostraran los resultados de sus puntajes de riesgo en una distribución, se asemejaría a una curva normal. En algún punto entre el 10 y el 15% de los

correspondiente al historial comercial y los controles como así también los antecedentes de la dirección clave y las referencias comerciales. Un tablero de mandos de clientes les permite a éstos clasificar datos de terceros por muchos factores de riesgos, que incluyen el puntaje del riesgo, la geografía, el tipo de industrial, y muchas otras amenazas emergentes, para ayudar a determinar el nivel apropiado del due diligence en cada caso. La plataforma también posibilita a los clientes crear un depósito estructurado, uniforme y auditable de datos del cliente.

Utilizar el cumplimiento como una ventaja competitiva

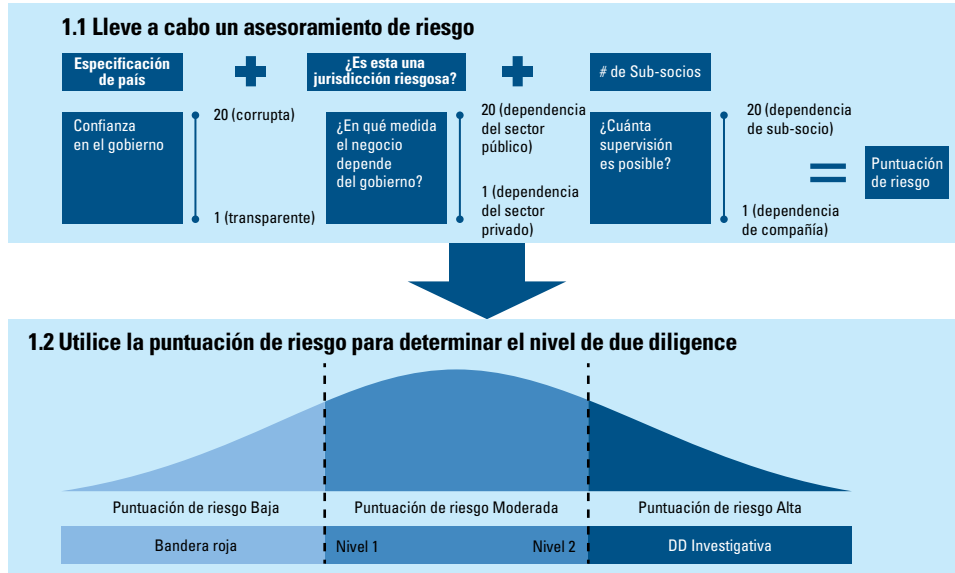
La actividad de cumplimiento no suele ser considerada una fuente clave de ventajas competitivas. Sin embargo, hemos visto varias investigaciones de due diligence en que la información reunida ha ayudado a los clientes a crear o mejorar relaciones comerciales, por ejemplo:

- obtener un acuerdo exclusivo con un agente en un mercado de crecimiento importante después de que la investigación demostró que otros agentes en la región tenían serios problemas de reputación;
- obtener mejores condiciones de un distribuidor para justificar su perfil de riesgo moderadamente más alto;
- presionar por cambios en la estructura de titularidad o el equipo de gestión de un posible distribuidor; y
- tener un mejor conocimiento o control sobre el código de ética de un socio, sus comunicaciones y políticas de denuncia.

La Ley Anti-Soborno está aquí para quedarse, y las empresas necesitan ajustarse en consecuencia en su lugar dentro de la vida corporativa. Esto no debería significar la prohibición de la hospitalidad corporativa o la detección de todas las operaciones en territorios lejanos, aunque hay expectativas de cumplimiento por cumplir. Aunque la mayoría se encuentra en una buena posición, el uso de una matriz de riesgo, la concordancia de la diligencia con los riesgos reales y el empleo de información a partir de investigaciones de diligencia como herramienta competitiva resulta la mejor forma de implementar una estructura de cumplimiento que sea tanto eficaz como económica. Ahora exhale.



Melvin Glapion lidera la práctica de inteligencia de negocios de Kroll en Londres. Tiene más de 16 años de experiencia en fusiones y adquisiciones, estrategia corporativa y análisis financiero, dirigiendo equipos multidisciplinarios y multijurisdiccionales en la realización de casos de entrada a mercados transfronterizos, due diligence e inteligencia competitiva. Anteriormente, asesoró sobre iniciativas de estrategia corporativa en KPMG y ha desempeñado varios puestos en estrategia dentro del sector privado.



la extensión de la relación entre la firma y el distribuidor; su estructura de propiedad corporativa o la escala de su negocio. Seleccione los tres o cuatro marcadores más adecuados para el grupo de compañías categorizados y luego establezca una escala de calificación para determinar el nivel apropiado de la investigación de due diligence en cada caso. Entonces, un distribuidor que opera en Mumbai con varios agentes y más de la mitad de sus ventas dirigidas al sector privado será investigado en mayor detalle que uno con base en Manchester sin agentes y cuyos ingresos provienen en su totalidad del sector privado.

Equilibrar los costos de la investigación de due diligence con la necesidad de cumplimiento

Para las compañías grandes y medianas, con cientos – algunas veces miles – de terceros, el costo de la investigación de due diligence se vuelve rápidamente prohibitivo a menos que se adopte un enfoque basado en los riesgos.

La mejor forma de manejar este dilema es utilizando los resultados de la evaluación de riesgos para formar una matriz de riesgo (Figura 1.2). La matriz aborda dos supuestos del dilema:

- Todas las compañías deberían ser investigadas en forma pragmática – este enfoque es demasiado

terceros recaerían en una categoría de riesgo relativo bajo, la vasta mayoría, del 70 al 80%, en la categoría de riesgo moderado; y del 10 al 15% final sería de alto riesgo.

Aunque los costos finales de la firma continúan siendo importantes a la hora de utilizar un sistema basado en riesgos, éste asocia el nivel de due diligence a los riesgos percibidos de cada tercero. Este enfoque ofrece un mejor equilibrio a las demandas en competencia de llevar a cabo el cumplimiento de las mejores prácticas, y asegura una mejor gestión del gasto.

Implementación de una respuesta razonable y proporcionada

Tal y como ya hemos explicado, la mayoría de las empresas grandes y medianas han invertido en el desarrollo de sofisticadas políticas de prevención de la corrupción, pero el desafío es lograr que los terceros contratistas, proveedores y distribuidores cumplan con ellas de un modo uniforme y auditable. Kroll ha diseñado un nuevo programa online de Verificación de Terceros que permite a los clientes adquirir y gestionar datos acerca de sus vendedores, agentes y proveedores por medio de una plataforma segura y en línea. La información recabada acerca de socios en general incluye la afirmación al código de conducta de nuestros clientes, preguntas a un cuestionario relacionado con el riesgo

Resolución de disputas comerciales en China

Un caso de estudio

Por Violet Ho

“La actividad comercial en China está en auge y tenemos un gerente bien vinculado que ha obtenido en forma reiterada importantes contratos con el gobierno. No sabemos mucho acerca de estos clientes porque está tratando con ellos por medio de un intermediario – aparentemente así se hacen las cosas allí. Ha sido fiel por años, por ello confiamos en él, y de cualquier modo podemos tomar el control del negocio en el momento que queramos.”

Estos comentarios pueden parecer sospechosos si aparecen por escrito, pero todo puede percibirse de otro modo cuando hay dólares en juego y no hay tiempo para preguntas. Los ejecutivos en el cliente de Kroll CliCo Ltd – seudónimo utilizado por una conocida compañía que cotiza en la bolsa estadounidense – sabían esto demasiado bien. Sus operaciones en China comenzaron como un joint venture. Después de que se aliviaron las restricciones sobre la inversión extranjera, CliCo convirtió el negocio en una empresa de propiedad extranjera adquiriendo las acciones que anteriormente pertenecían a su socio chino.

Todos estaban satisfechos hasta que se empezó a acumular una importante cuenta por cobrar con un cliente clave sobre el que la sede corporativa de CliCo no contaba con información identificatoria. Disconforme con la respuesta del Director General local, sin pedir asesoramiento legal CliCo envió a un equipo de auditoría mientras el Director General se encontraba de viaje. Empleados locales leales a él lo informaron al respecto, y éste enojado exigió que CliCo sacara al equipo. La compañía cumplió, pero su relación con el Director General rebelde se deterioró aún más. Finalmente, después de que la cuenta por cobrar disminuyó significativamente, CliCo contrató asesoramiento legal externo y comenzó a considerar la idea de echar al Director General, quien para la fecha había interrumpido las comunicaciones por completo.

Cómo abordar las sospechas

Una reacción nerviosa a un posible problema puede perjudicar las posibilidades de una resolución sin dificultades. Cuando surgen señales de alerta o un informante hace una denuncia, una compañía puede ponerse en contacto con la persona acusada de inmediato. Si las acusaciones son ciertas, esto podría darle al culpable tiempo para destruir pruebas y crear una historia con sus cómplices antes de que comience la investigación. Reaccionar ante una falsa acusación, además, puede desmoralizar al personal de una compañía, crear desconfianza y dañar su reputación.

Si se levantan sospechas, manténgase práctico y planifique sus acciones futuras. Decida si desea investigar el mérito de una acusación, averiguar qué daño fue causado o reunir pruebas para identificar el mérito de la acusación. Además, considere si su objetivo es entablar una acción judicial, la desvinculación del Director General – el despido con causa de un empleado en China exige pruebas de la acción indebida – o la salida de una relación.

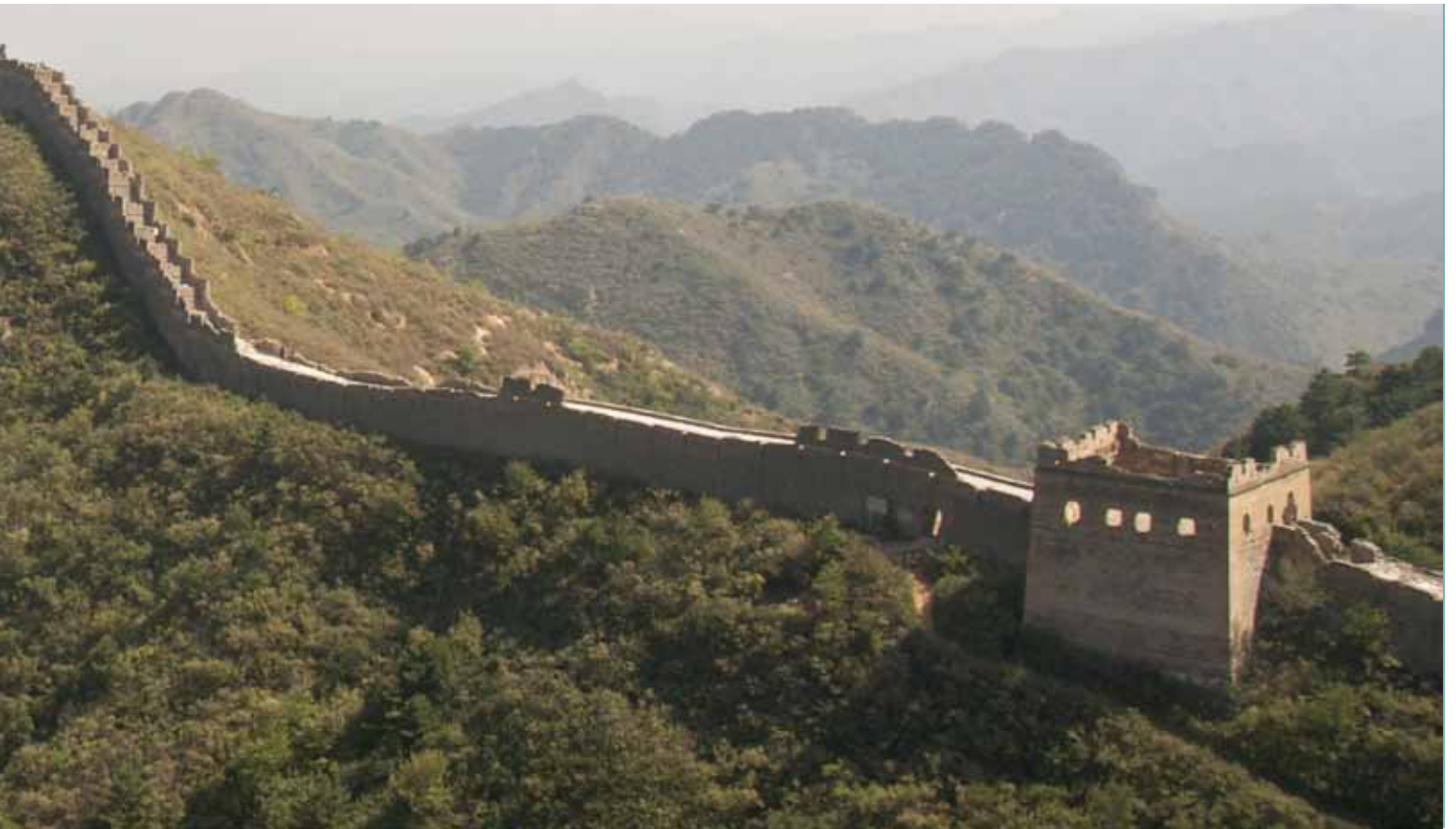
El elemento de sorpresa resulta vital, particularmente en las primeras etapas de una investigación, entonces mantenga un equipo estrechamente unido y determine en quién puede confiar. Lo que es más importante, una compañía debería contratar rápidamente el apoyo de un experto externo. A menudo los clientes no se ponen en contacto con

Kroll hasta que han intentado investigar el problema ellos mismos, sin darse cuenta de que cualquier actividad fraudulenta que descubran es sólo la punta del iceberg. Los esfuerzos inexpertos pueden incluso dificultar más la investigación. Revisar correos electrónicos de un modo equivocado, por ejemplo, puede destruir o comprometer pruebas vitales.

En el caso de CliCo, conseguir la información fue difícil pero lo que en definitiva salió a la luz fue alarmante. El Director General local había estado utilizando el dinero de CliCo para operar varios otros negocios mientras estuvo en su cargo. Había problemas de fraude y malversación de fondos además de la posible exposición a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero que surgió de las transacciones con los organismos del gobierno chino.

Cortar y cambiar

El consejo dado es relevante en muchas partes del mundo, pero la ley china crea algunos matices particulares en tales casos. Una vez que la compañía ha recolectado pruebas suficientes de la acción indebida, el paso que sigue quizás sea despedir al Director General y asumir el control de la operación. Como en el caso de CliCo, la compañía erróneamente asumió que el control del 100% de las acciones le daba el control absoluto sobre la dirección. En la experiencia de Kroll, esta idea errónea es uno de las causas más comunes de disputas en China. Para poder resolver un problema como este, se



necesitan dos cosas: control del sello de la compañía, instrumento utilizado para colocar una marca oficial sobre los documentos societarios, y la aprobación del representante legal, la persona legalmente autorizada para efectuar transacciones en nombre de la compañía.

En el caso de CliCo, el Director General local se negó a devolver el sello de la compañía y amenazó con informar el accionar de ésta al gobierno. CliCo entonces enfrentaría un riesgo real de perder toda su licencia comercial. A pedido del cliente, Kroll llevó a cabo una exhaustiva investigación del perfil del Director General y de quienes apoyaban su gestión como parte de la elaboración de una evaluación de amenazas. Un trabajo de contabilidad forense reveló registros de negocios que fueron realizados con el consentimiento del Director General, como así también pruebas de registros que habían sido alterados. Kroll además se focalizó en los correos electrónicos para identificar quién era quién dentro del esquema del fraude y conocer a las partes externas y qué sabían. Con la colaboración de asesores legales externos, Kroll desarrolló una estrategia de salida que involucraba planes de negociación y el posible arbitraje con relación a la desvinculación y acusación judicial del Director General. La investigación duró varios meses. CliCo pudo deshacerse con éxito del Director General y éste se marchó con una significativa suma de dinero.

Las relaciones del Director General infiel con funcionarios locales, que alguna vez parecieron ser algo positivo, realmente complicaron la situación de CliCo cuando

trataron de echarlo. Él también contaba con el apoyo de los trabajadores sindicales, y CliCo debió enfrentar una huelga grupal de empleados locales cuando intentó desvincularlo. Esto destaca que nunca hay un vacío en una compañía: si alguien hace algo mal, otra persona siempre sabrá o habrá participado de ello. Por otro lado, no todos los empleados son corruptos. Por estas dos razones, la comunicación interna posterior a una desvinculación es invaluable. Ello ayuda a devolver la lealtad de un líder a la compañía y promover una actitud de tolerancia cero al fraude.

Detener el problema antes de que comience

Compañías tales como CliCo pueden evitar tal disputa, o al menos reducir el riesgo de que ocurra, implementando algunas medidas clave:

- Contratar a personas de confianza. Ello exige una investigación de due diligence pormenorizada en una amplia gama de temas, que incluyen si un postulante ha participado de disputas; anteriormente con socios extranjeros o locales;
- Visitar sus instalaciones en China en lugar de depender de un informe trimestral de su subsidiaria;
- Crear controles y equilibrios de modo que el poder no se concentre en una o algunas personas;
- Desarrollar y mantener sus propias relaciones con organismos de regulación del gobierno;

- No poner toda la confianza en el control de las acciones, pues no equivale exactamente al control operativo; y
- Asegurarse de que cuenta con una política respecto del control del sello de la compañía local, y conservar un seguimiento de papeles para evitar contratos ficticios que deban ser cumplidos.

En nuestro caso de estudio, la precaución habitual de CliCo se había visto abrumada por la mentalidad de tipo “fiebre del oro” que generalmente se ve en los países en desarrollo. La compañía necesitaba un socio chino y no vio motivos para encontrar algo malo en él. Fue desafortunado para CliCo que su oportunidad de cometer fraude surgiera después de inyectar efectivo para cambiar la estructura de la subsidiaria. China es un gran lugar para hacer negocios, pero siempre se debe ser precavido, buscar ayuda externa tan pronto como sea posible y recordar que nunca es tarde para comenzar su investigación de due diligence.



Violet Ho es una directora ejecutiva y responsable de las operaciones de Kroll en China. Violet ha dirigido una amplia gama de proyectos de consultoría de riesgos en China, desde la prevención del fraude hasta las investigaciones de delitos de cuello blanco y otras estafas de distribución. También maneja solicitudes y proyectos de investigación due diligence sobre los controles de negocios, protección de propiedad intelectual, riesgos de empleados, seguridad corporativa y manejo de crisis.

Informe Global sobre Fraude

@Protección de su nombre en Internet

“No pueden decir esto, ¿o sí?”

Por Mark Skertic

Internet es el foro público más grande que se haya creado alguna vez, un espacio virtual para llevar a cabo actividades comerciales e intercambiar información e ideas. Pero tal y como lo han aprendido las compañías, también es un lugar donde enemigos ocultos pueden llevar a cabo ataques ocultos.

Hace algunos años, los delitos por Internet a menudo significaban el daño del sitio web de una empresa, atacado por piratas informáticos y estropeados por grafitis virtuales. Las compañías tenían que protegerse contra los ataques de suplantación de identidad o luchaban contra virus devastadores enviados como archivos adjuntos a correos electrónicos. Estas amenazas aún existen, pero muchas otras han aparecido: ex empleados descontentos que crean páginas web hostiles, algunas veces adornando hechos o directamente mintiendo para obtener el máximo efecto; vendedores al descubierto que desarrollan blogs o publican información en Twitter acerca de los problemas percibidos de la compañía, con la esperanza de hacer caer el precio de sus acciones; o críticos que lanzan ataques posiblemente difamatorios en YouTube o en foros de medios sociales.

No existe un único grupo de normas que rijan el modo en que se debe responder a tales delitos. Más de 90 países han adoptado leyes que aseguran el acceso del público a la información, pero también existen restricciones acerca de tal apertura, parte de un esfuerzo por equilibrar la libertad de Internet con

intereses tales como la protección de las marcas comerciales y las obras patentadas. ¿Quién reglamenta lo que aparece en un sitio web? En 2010 la Corte Suprema Danesa, por ejemplo, ratificó la decisión de un tribunal de primera instancia que exigía que los proveedores de servicios de Internet (ISP según sus siglas en inglés) bloquearan el acceso a cualquier sitio web que contuviera – o diera acceso a – otros sitios en violación a los derechos de autor. En el Reino Unido y otros países, los ciudadanos pueden pedir a los ISP que retiren material que viole la ley.

En los Estados Unidos, la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital protege a los ISP del incumplimiento de los derechos de autor por parte de terceros en la medida en que el ISP desconozca que la obra se encuentra protegida. Una vez que el titular de un derecho de autor notifica al ISP, el material debe ser quitado y el usuario del sitio web que lo publicó deberá ser notificado. Luego comienzan las idas y vueltas, cuando a un usuario dado del sitio web se le da la oportunidad de expresar que de buena fe creía que el material no se encontraba protegido.

La cadena de comidas rápidas Domino's Pizza debió enfrentar una pesadilla de relaciones públicas cuando dos empleados en una franquicia se filmaron efectuando intencionalmente actos antihigiénicos mientras preparaban comida. El video fue publicado en el sitio gratuito YouTube, lo cual llevó a su despido y detención. El dueño de la franquicia Domino's utilizó la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital para que se retirara el video ofensivo. La compañía dio un uso diferente a YouTube. Utilizó el sitio web para publicar una disculpa a los clientes por parte de su Presidente Ejecutivo.

Algunos ataques son más sofisticados y abordarlos podría ser más difícil. En 2010, BP recibió un ataque online por cómo manejaba el derrame en el Golfo de México. Además de campañas en su contra en blogs y en Facebook, la compañía debió luchar contra mensajes enviados desde una cuenta falsa de Twitter, el aparentemente “real” BPGlobalPR. En un punto, la cuenta de relaciones públicas falsa en Twitter tenía más seguidores que la real. El desafío para BP fue responder a un ataque desde varios flancos en Internet. No había un único ISP ni sitio web para ocuparse de los varios ataques.

A veces, incluso responder puede fallar. Intentar que se elimine material de Internet puede terminar en que quede expuesto a un público más amplio. Esta ironía fue conocida como el “efecto Streisand,” nombrada así por la cantante y autora Barbra Streisand. En 2003, un ecologista publicó en Internet fotografías de la casa que Streisand tenía en la playa, en Malibú, California. Ella recurrió a la justicia para lograr que se retiraran las fotografías, pero la publicidad que el juicio generó atrajo a más de un millón de personas al sitio web para ver cómo era su casa. Las empresas comprenden que al tratar de dar de baja a un sitio que se ocupa de ellos ilegalmente sin darse cuenta pueden conducir la atención al blog o los puestos de Facebook de un crítico, fomentando al público del detractor y dañando aún más la reputación de la compañía, debilitando la confianza del consumidor y convirtiendo a la empresa en un blanco incluso mayor de tales ataques.

A menudo, una investigación puede determinar quién es la persona anónima que se encuentra detrás de un blog sin involucrar a autoridades ni iniciar acciones legales. En 2010, el dueño de una pequeña empresa en la región central de los Estados Unidos recibía ataques en un blog con relación a su industria. Más perturbadores para el dueño del negocio eran los indicios de que el blogger tenía acceso a información privilegiada sobre la compañía. Una investigación discreta utilizó información de registro de un sitio web de Internet, el correo electrónico del blogger e información publicada en otros sitios, incluida una página de Facebook, para determinar que el blogger tenía vínculos con una persona con quien el dueño de la empresa había estado en litigio.

En esta instancia, el dueño de la firma pudo utilizar esta información para avisarle al blogger que los ataques debían cesar antes de que comenzara el litigio. El incidente nunca terminó en un tribunal ni en los diarios, y el problema fue resuelto.



Mark Skertic es un director de la oficina de Kroll en Chicago. Es un ex periodista, cubrió la industria de las aerolíneas y los mercados financieros para el Chicago Tribune y fue periodista de investigación en el Chicago Sun-Times.



Riesgos regulatorios emergentes en los Estados Unidos

Por Marcia Berss, David A. Holley, y Lisa Silverman

Las secuelas regulatorias de la crisis financiera continúan en toda la economía. El subfinanciamiento de los fondos estatales y municipales de pensión está generando una nueva atención regulatoria tanto para los fondos mismos como para las compañías de servicios financieros con las que éstos operan. Al mismo tiempo, las disposiciones sobre denunciante y el acceso de apoderados contenidas en la Ley Dodd-Frank para la Reforma de Wall Street, por ejemplo, presentarán desafíos a largo plazo para el cumplimiento y gobierno corporativo. El presente artículo analiza alguno de los riesgos regulatorios emergentes que las compañías deberán afrontar.

Obligaciones por pensiones subfinanciadas: El secreto a voces de todos

El mercado de títulos municipales de US\$2.8 billones se encuentra amenazado bajo las sospechas de conducta inapropiada y subfinanciamiento sistemático de las pensiones públicas. En 2008, la Comisión de Bolsa y Valores (SEC, según sus siglas en inglés) advirtió a tales fondos que debían prestar mayor atención a sus responsabilidades según las leyes sobre títulos federales, y el año pasado creó la Unidad de Pensiones Públicas y Títulos Municipales. El escrutinio más exhaustivo por parte de los organismos de aplicación de la ley y las agencias regulatorias en esta área afectará en forma directa la industria de los servicios financieros.

Algunos economistas estiman que los déficits en el financiamiento de las pensiones públicas podrían alcanzar el US\$1.5 billón, al efectuarse los ajustes de las deudas por pensiones futuras. En el mes de agosto de 2010, la SEC acusó al estado de Nueva Jersey de fraude civil por haber “falseado y evitado divulgar información relacionada con el financiamiento de” sus dos fondos de pensión más importantes. El estado inmediatamente llegó un acuerdo con la SEC, firmando un acuerdo de consentimiento en el que no admitió ni negó la infracción ni el pago de una multa monetaria. En enero de este año, surgieron denuncias acerca de que tanto Illinois como California estaban siendo investigados por subfinanciar sus obligaciones con las pensiones. Ese mismo mes, The New York Times informó que entre los estados que registraban

importantes deudas por subfinanciar beneficios relacionados con pensiones se encontraban: Connecticut, Hawaii, Illinois, Nueva Jersey, Kentucky, Massachusetts, Mississippi, Rhode Island y Alaska.

Las pensiones públicas se encuentran presionando a sus proveedores externos para encontrar modos innovadores de resolver la brecha financiera. A cambio, estos asesores externos están desviando dinero a inversiones más riesgosas, que representan la posibilidad de pérdidas enormes. Encuestas recientes demuestran que más del 70% de los fondos de pensiones públicas han invertido en títulos derivados, lo que demuestra un aumento de sólo el 50% que se registraba algunos años atrás. En diciembre de 2010, las dos pensiones públicas de Detroit informaron

pérdidas por más de US\$480 millones a partir de inversiones que abarcaban desde fondos de cobertura hasta tierras sin construir en Texas y Hawái, y un casino en Pittsburgh.

Se suma a la posibilidad de abuso el hecho de que los planes de pensiones públicas no se rigen por las leyes sobre pensiones federales como los planes corporativos. En cambio, son supervisados por juntas que a menudo incluyen a líderes laborales de los municipios y a políticos. Los gerentes de dinero de los fondos también pueden mostrar lealtades divididas. Muchos manejan inversiones de pensiones corporativas y planes 401(k), lo cual puede crear un conflicto de interés si los gerentes sienten presión por adicionar las acciones de sus clientes corporativos a las carteras de los fondos públicos de pensión.

Recientemente la SEC ha aprobado regulaciones destinadas a reducir abusos entre gerentes de dinero público, y el Congreso ha introducido legislación reformar las pensiones, exponiendo el secreto a voces de la industria.

Ya llega el acceso de apoderados: ¿Sabrá quiénes son sus directores?

El acceso de apoderados les permite a los accionistas proponer a directores en la declaración de apoderados de la compañía; sin ello, los accionistas que desean nominar a directores suelen enfrentar costosas luchas de poder.

Durante una década, las empresas se han opuesto a los planes de la SEC respecto de exigir el acceso de apoderados, argumentando que la Comisión carecía de la facultad necesaria para hacerlo. Para subsanar esto, la Ley Dodd-Frank facultó a la SEC para emitir esta regulación. En julio de 2010, un mes después de que la Dodd-Frank se convirtiera en ley, la Comisión autorizó el acceso de apoderados a los accionistas que fueran titulares de al menos un 3% del capital social durante tres años. Cada uno de los accionistas que reúna esta condición puede postular hasta al 25% del consejo de administración. Los accionistas pueden además acumular sus tenencias para alcanzar este nivel del 3%. Los grupos comerciales iniciaron acciones de inmediato para bloquear las nuevas regulaciones y su implementación ha sido demorada hasta la resolución de las cuestiones legales. La mayoría de los observadores del gobierno corporativo, sin embargo, creen que alguna forma de acceso de apoderados será implementada en la temporada de reuniones de accionistas de 2012. Esto significará un mar de cambios en las compañías que cotizan en bolsa estadounidense, y los abogados recomiendan que ya comiencen a modificar sus estatutos.

Las sociedades que enfrenten a tales candidatos tendrán que responder una pregunta básica: "¿Quiénes son estos tipos?" Hoy día, las compañías identifican a los candidatos a directores utilizando a reclutadores de ejecutivos, sugerencias de directores actuales u otras fuentes, y luego realizan investigaciones de due diligence respecto de ellos. Con el acceso a

apoderados, una compañía contará sólo con 14 días después del cierre del período de nominación para decidir si incluirá a un cierto candidato en su declaración de apoderados o si dará razones para la exclusión. Una preocupación aún más importante se avecina. Aunque las regulaciones actuales prohíben a los accionistas utilizar el acceso a apoderados para buscar algún cambio en el control corporativo, cualquiera de estos candidatos probablemente será adversario de la conducción existente. Después de todo, si los accionistas que efectúan las nominaciones estuvieran satisfechos con el actual consejo de administración, no postularían a directores nuevos. Los actuales directores, por su parte, temen que las elecciones del consejo de administración se conviertan en campañas políticas.

Los postulados para el acceso a apoderados entonces asegurarán un escrutinio especial por parte de las compañías. Entre los temas a considerar se incluyen los siguientes:

- **Independencia:** ¿Un postulante a apoderado podrá representar a todos los accionistas dados algunos lazos existentes con accionistas que realizan la nominación y con otros?
- **Temas personales:** Por ejemplo, ¿el postulante tiene antecedentes de litigios en su vida personal que pueda reflejar su posible comportamiento en una sala de juntas?
- **Antecedentes:** ¿El postulante ha estado involucrado en casos anteriores de litigios con accionistas, quiebras o prácticas cuestionables sobre gobierno corporativo? ¿Ha sido un director en disidencia en otros consejos de administración o un postulante para ellos? Lo que resulta más importante, el postulante ha ayudado a crear el valor de accionista a largo plazo? En cartas de compromisos dirigidas a la SEC, los Presidentes Ejecutivos de AT&T, Dow Chemical e IBM se han referido a la amenaza de "la tendencia a tomar medidas de corto plazo" por parte de directores provenientes del acceso de apoderados quienes podrían buscar cambios que arrojen un aumento de las acciones en el corto plazo – por ejemplo, dividendos especiales – aunque perjudican las inversiones a largo plazo.
- **Transparencia:** Según las normas actuales, los accionistas que realizan las postulaciones pueden presentar una declaración de 500 palabras en apoyo de sus nominados. ¿Esa declaración incluye detalles relevantes como los indicados anteriormente?

Quiénes apoyan el acceso de apoderados expresan que ha sido una práctica estándar por muchos años en varios países, y que la reciente crisis financiera demuestra la necesidad de una responsabilidad mayor. Los opositores alegan que el acceso de apoderados abrirá las salas de juntas a inversores de corto plazo y a intereses especiales. Ambas partes concuerdan en una cosa: la autorización del acceso de apoderados marca un hito en el gobierno corporativo en los EE. UU.

Mitigación de los efectos adversos de las disposiciones sobre informantes de la Ley-Dodd Frank

Las disposiciones sobre informantes de la Ley Dodd-Frank, contenidas en el Artículo 922, también han generado una importante preocupación a las compañías estadounidenses. El artículo dispone recompensas para los empleados que en forma voluntaria proporcionan "información original" que lleve a una acción de cumplimiento exitosa por parte de la SEC. Los detractores temen que esto convierta a los empleados en cazadores corporativos de recompensas, que ignoren la cadena normal de cumplimiento en busca de riquezas.

La Ley, sin embargo, no necesariamente signifique la muerte del programa de cumplimiento de una organización. Infundir una cultura de cumplimiento – por medio de la capacitación, comunicación e investigaciones eficaces – convencerá a los empleados de que la mejor forma de presentar una queja es dentro de un programa corporativo existente.

Ello requiere, entre otras cosas:

- Un mecanismo eficaz que permita a los empleados informar un fraude, que incluyan una línea gratuita de atención las 24 horas y procesos que posibiliten al informante saber que se ha efectuado una queja;
- Investigaciones amplias y completamente documentadas que analicen en forma exhaustiva todos las denuncias y la actividad sospechosa; y
- Un tono fuerte desde la dirección que permita a los empleados saber que los ejecutivos, el consejo de administración y la dirección confían y descansan sobre el programa de cumplimiento para la búsqueda de fraudes y abusos.

El entorno regulatorio posterior a la crisis aún se encuentra en desarrollo. Los empleadores deben seguir instalando una cultura de cumplimiento y denuncia entre sus empleados, y no ser disuadidos por el Artículo 922. Mientras se afianzan estos esfuerzos, la confianza y lealtad probablemente prevalezcan sobre las esperanzas de enriquecimiento y los retrasos pronosticados de casos que surjan a partir de los nuevos arreglos.

Marcia Berss es una directora ejecutiva asociada de la oficina de Kroll en Chicago, especializada en la radicación de valores públicos, finanzas corporativas y asuntos de gobierno corporativo. Comenzó su carrera como asociada de finanzas corporativas con Warburg Paribas Becker y fue vicepresidente de fusiones y adquisiciones para Dean Witter Reynolds.

David A. Holley es un director ejecutivo senior y jefe de la oficina de Kroll en Boston. Desde su incorporación a Kroll en el año 2000, David ha dirigido investigaciones incluyendo cuestiones ambientales, control societario, investigaciones internas e investigación de delitos de cuello blanco. Antes de unirse a Kroll, David trabajó para una empresa mediana de investigación y en la Sección Ambiental del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Lisa Silverman es una directora ejecutiva basada en Chicago. Se especializa en casos de investigación de competencia empresarial, robo de secretos comerciales, infracción de patentes y manipulación de productos.

De Barings a Madoff: Las lecciones aprendidas

Las regulaciones no están a la altura de las fallas humanas. Mientras abogados, investigadores financieros e inversionistas castigados continúan buscando entre los escombros del escándalo Madoff y otros fraudes masivos, versiones nuevas, más ingeniosas de la misma historia antigua se están escribiendo.

El 16 de diciembre de 2008, apenas después de la detención de Bernie Madoff, un equipo de investigadores del FBI cerró la escena del crimen en Bernard L. Madoff Investment Securities LLC en el centro de Manhattan y comenzó a apartar las pruebas. El Agente Especial del FBI Keith Kelly, quien se incorporó a Kroll a principios de este año como director ejecutivo de su unidad de investigaciones financieras en Nueva York, era líder de investigaciones criminales del FBI. Durante meses, él y sus detectives revisaron 13,000 cajas de registros en las oficinas de Madoff en Nueva York y Londres, lo cual reveló detalles del plan que estafó a inversionistas por alrededor de US\$18 mil millones. Aunque aún continúa, la investigación criminal ha llevado a cinco detenciones, tres declaraciones de culpabilidad y casi US\$8 millones recuperados en confiscaciones, hecho que ayudó a aliviar el dolor causado por una estafa masiva que, durante más de 20 años, había engañado a todos.

La pregunta ahora es- ¿Nos engañarán otra vez?

Para responder esa pregunta, retrocedamos en el tiempo hasta el año 1995, cuando un operador inescrupuloso de futuros bajo el nombre de Nick Leeson con asiento en Singapur perdió la sorprendente suma de US\$1.3 mil millones en operaciones no autorizadas, que llevó al colapso de Barings, el banco mercantil más antiguo de Londres. "Después de Barings, la gente decía 'Esto no puede suceder otra vez,'" observa Richard Abbey, director de la práctica de investigaciones financieras de Kroll en Londres, "pero luego vino Madoff."

Sin embargo, el fraude Madoff no fue una anomalía. Sólo tres meses antes de que Madoff ganara mala fama instantánea en el mundo, la caída de los tres principales bancos comerciales de Islandia en forma rápida y sucesiva condujo a una crisis financiera que prontamente se esparció a los fondos de inversión más importantes en Europa. El fracaso de los bancos generó acusaciones de manipulación de acciones, otorgamiento no informado de préstamos a terceros relacionados y accionistas que ejercían una influencia indebida sobre las operaciones bancarias. Richard Abbey encabezó un equipo de investigadores de Kroll a quienes un síndico designado por el gobierno encomendó la tarea de investigar el caso Glitnir Bank.

Barings y Madoff no eran casos poco comunes o aislados, sólo límites espectaculares. Entre estos dos acontecimientos hubo un torrente constante de fraudes financieros que – aunque quizás menos coloridos y ciertamente menos publicitados – produjeron la ruina financiera de inversores confiados en todo el mundo.

¿Cuáles son las posibilidades de que, después del último periodo de dolor causado por Madoff, los inversores y las compañías estén más alerta a las señales de precaución y atentos a la hora de aplicar las reglamentaciones y los controles destinados a frustrar los intentos por parte de defraudadores? Puede ser reconfortante pensar eso, pero quizás no es realista. "El problema," destaca Zoe Newman, veterana con 10 años en Kroll, que investigó casos de fraude y corrupción desde Ucrania hasta China, "es que los controles y sistemas de cumplimiento son implementados y operados por humanos." Los humanos, por supuesto, son imperfectos. El esquema Madoff Ponzi y el colapso de los bancos islandeses no son sólo historias de regulaciones o controles inadecuados, sino relatos de personas responsables que no implementaron ni operaron tales sistemas correctamente e inversores que miraron hacia otro lado.

Glitnir Bank ofrece una ilustración perfecta. Las demandas civiles presentadas por el banco parecen sugerir que aunque la institución había establecido un comité de riesgo para analizar y aprobar préstamos en concordancia con las mejores prácticas, en realidad a menudo se trataba de una formalidad. Aparentemente los miembros del comité estaban dominados por el poderoso Presidente Ejecutivo del banco, quien personalmente aprobaba muchos de los préstamos.

El caso Madoff es una mezcla similar de incompetencia y negación. En retrospectiva, los problemas, las fallas, las incoherencias, todo parecía saltar a la vista. A pesar de las numerosas revisiones de la operación de Madoff, los analistas de la SEC nunca encontraron evidencia de fraude. Y aún el complejo engaño de Madoff podría haber sido descubierto fácilmente si alguien hubiera efectuado una investigación de due diligence sobre Madoff, particularmente los títulos fantasma que decía haber comprado en nombre de sus clientes.

Con respecto a los inversores, rápidamente racionalizaron sus retornos sostenidamente altos. Si Madoff fue un fraude, se dijeron a sí mismos, podría haber sido descubierto hace mucho tiempo. "Al final la gente cree lo que quiere creer," afirma Kelly. "Así es la naturaleza humana."

Es poco probable que la naturaleza humana cambie pronto. Una vez que regresen los buenos tiempos, los recuerdos dolorosos se apagarán, la complacencia quedará y los inversores volverán a los mismos

parámetros de negación. "Dentro de un año, todo se olvidará," predice Kelly. "Resulta claro que esa aversión al riesgo está comenzando a disminuir."

Al gran empresario del circo estadounidense P.T. Barnum se le atribuye la creación de la frase "A cada minuto nace un tonto." Aunque ese rechazo brusco de la credibilidad humana puede ser exacto al ser aplicado sobre inversores individuales, seguramente las grandes empresas, con sus controles y equilibrios institucionales, no serán burladas fácilmente la próxima vez. "La lección que debería haberse aprendido es que cada compañía puede ser víctima del fraude y que ello no puede ignorarse en los buenos tiempos," dice John Slavek, un veterano con 13 años en Kroll, que encabeza un equipo de investigaciones financieras fuera de la oficina de Filadelfia. "El hecho es," agrega Slavek, "que sin fraude, a las compañías les podría ir aún mejor." Aunque el delito paga (al menos hasta ser detectado) ello también sucede con la prevención del fraude, afirma Slavek.

Entonces, ¿cuál es la posibilidad de que más compañías comiencen a hacer de la prevención del fraude una prioridad? Una vez más, son principalmente ilusiones. "Muy pocas compañías son proactivas," concluye Slavek. "Los CEOs no pueden dar crédito a los problemas en otras compañías. Luego les suceden a ellos y se sorprenden. Cuando nos llaman los clientes, generalmente existe una crisis y ya están sintiendo el dolor."

Más de dos años después del colapso de Lehman Brothers y el descubrimiento del complejo esquema Ponzi de Madoff, el escándalo y la urgencia se desvanecen. Los mercados financieros se han recuperado, y muchas compañías disfrutan de ganancias récords. En otras palabras, las condiciones son propicias para más casos de fraude. "La gente no quiere trabajo de prevención para ver si es demasiado bueno para ser verdad. La gente pasa al próximo gran negocio y comienza todo una vez más," dice Abbey. Y el próximo paso importante puede probablemente ser en uno de los mercados emergentes de alto riesgo de la India, China, Brasil, entre otros, que están atrayendo cantidades enormes de inversionistas internacionales. "El dinero en grande se está moviendo a nuevos lugares sin regulaciones," observa Abbey. "Hay pocas dudas de que algunos inversores se quemarán."

Con respecto al fraude Madoff, seguiremos hablando de él por muchos años más. Los estudios mostrarán cómo colapsó el sistema y que muchos participantes del mercado intencionalmente o no ayudaron e instigaron el gran robo de Bernie. "Siempre surge que alguien debía haber sabido," observa Abbey. "Es un patrón similar que se repite una y otra vez." Al igual que sus colegas, Kelly no tiene la ilusión de que el Madoff represente un hito en la historia humana. "Se dan en diferentes formas y tamaños," concluye Kelly, "pero siempre habrá esquemas Madoff."

Contactos regionales en Kroll

Américas

Robert Brenner
Nueva York
1 212 593 1000
rbrenner@kroll.com

América del Norte

David Holley
Boston
1 617 350 7878
dholley@kroll.com

Jeff Cramer
Chicago
1 312 345 2750
jcramer@kroll.com

Jack Weiss
Los Angeles
1 213 443 6090
jweiss@kroll.com

Lee Spirer
Nueva York
1 212 896 2008
lspirer@kroll.com

Bill Nugent
Filadelfia
1 215 568 2440
bnugent@kroll.com

Jim McWeeney
Reston
1 703 860 0190
jmcweeney@kroll.com

Betsy Blumenthal
San Francisco
1 415 743 4800
bblument@kroll.com

Kroll Ontrack

Jason Straight
Nueva York
1 212 833 3208
jstraight@krollontrack.com

Robo de Identidad

Brian Lapidus
Nashville
1 615 320 9800
blapidus@kroll.com

América Latina

Andrés Otero
Miami
1 305 789 7100
aotero@kroll.com

Ernesto Carrasco
Bogotá & Cd. de México
57 1 742 5556
ecarrasco@kroll.com

Matías Nahón
Buenos Aires
54 11 4706 6000
mnahton@kroll.com

Glen Harloff
Grenada
1 473 439 7999
gharloff@kroll.com

David Robillard
Cd. de México
52 55 5279 7250
drobillard@kroll.com

Vander Giordano
São Paulo
55 11 3897 0900
vgiordano@kroll.com

Eurasia

Tom Hartley
Londres
44 207 029 5000
thartley@kroll.com

Europa, Medio Oriente & África

Tommy Helsby
Londres
44 207 029 5000
thelsby@kroll.com

Brian Stapleton
Londres
44 207 029 5126
bstapleton@kroll.com

Richard Abbey
Londres
44 207 029 5000
rabbey@kroll.com

Omer Erginsoy
Londres
44 207 029 5226
oerginsoy@kroll.com

Melvin Glapion
Londres
44 207 029 5313
mglapion@kroll.com

Brendan Hawthorne
Londres
44 207 029 5482
bhawthorne@kroll.com

Mike Millward
Londres
44 207 029 5108
mmillward@kroll.com

Bechir Mana
París
33 1 42 67 81 46
bmana@kroll.com

Tom Everett-Heath
Dubai
971 4 4496700
teveretttheath@kroll.com

Marianna Vintiadis
Milán
39 02 8699 8088
mvintiadis@kroll.com

Alfonso Barandiarán
Madrid
34 91 310 67 20
abarandiaran@kroll.com

Kroll Ontrack

Tim Phillips
Londres
44 207 549 9600
tphillips@krollontrack.co.uk

Asia

Chris Leahy
Singapur & Hong Kong
65 6645 4520
cleahy@kroll.com

Tadashi Kageyama
Tokio & Hong Kong
81 3 3509 7100
tkageyama@kroll.com

Jack Clode
Hong Kong
852 2884 7788
jclode@kroll.com

David Wildman
Hong Kong
852 2884 7788
dwildman@kroll.com

Violet Ho
Beijing & Shanghai
86 10 5964 7600
vho@kroll.com

Richard Dailly
Mumbai
91 22 6724 0500
rdailly@kroll.com

Kroll Ontrack

Scott Warren
Tokio
81 3 3509 7110
swarren@krollontrack.com



www.kroll.com

© 2011
An Altegrity Company