


KROLL

AMENAZAS Y RIESGOS PARA EL SECTOR ENERGETICO

A QUIEN LE DEBE IMPORTAR?

Andres Otero y Ernesto Carrasco
26 de Marzo de 2010



“Afecta los proyectos de fusión y adquisición, daña la reputación de las empresas y cuesta millones de dólares en multas y honorarios de abogados. Qué es? Sobornos a funcionarios extranjeros.

Y mientras la conducta criminal no es algo nuevo, el nivel de ejecución y su aplicación lo es.”

Hannah Clark, International. 04-04-06. Forbes.com

Contexto actual del sector energético

- Geopolítico
 - Países amigos y enemigos a la inversión extranjera
 - Crisis energética en varios países de la región
 - Precios de recursos naturales (commodities) alcanzando niveles anteriores a la crisis
 - Economías desarrolladas buscando alternativas de energía
 - China consumiendo todo lo que esta a su alcance
- Industria
 - Prestación de Servicios Públicos en un mundo globalizado y de gran competitividad
 - Sector altamente regulado
 - Jugadores aprovechando diferentes reglas de juego
- Industria
 - Multi-Latinas en procesos de expansión
 - PE's descubriendo Latinoamérica
 - Alianzas, joint ventures y fusiones y adquisiciones
 - Avances tecnológicos y retos ambientales

Principales Riesgos y Amenazas para el Sector Energético

- Fraude y Corrupción
 - FCPA (140 investigaciones en curso)
 - SOX (libros y Registros)
 - Financiación de Terrorismo
 - Secuestro, extorsión, pagos irregulares
- Problemas sociales, ambientales y de derechos humanos
 - Litigios
 - Denuncias penales
 - Sindicatos, ONG's, Grupos de Interés (resguardos indígenas, medios)
 - Apoyo internacional en EEUU y Europa
 - Lobby
 - Bloqueos territoriales
 - Blogs y social media
 - Financiación
 - Reputación
- Gobiernos extranjeros
 - Estabilidad jurídica
 - Permisos y licencias de operación
 - Contamination caps
 - Proteccionismo, nacionalización y expropiación de activos

Marco Jurídico

- Ley de Prácticas Anticorrupción de 1977 - Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”)
- Ley Patriota de los EEUU
- Ley de fraude por correo o transacciones electrónicas
- Travel Act: Provee la descripción del proceso federal en contra de las violaciones a las leyes estatales sobre el soborno comercial
- Ley Internacional Anti-Sobornos de 1998: OECD
- Ley en contra de Organizaciones Criminales y Corruptas - Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)
- Ley de Reformas Contables sobre Compañías Públicas y Protección al Inversionista - Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002 (“Sarbanes-Oxley” or “SOX”)
- Convenciones y Tratados Internacionales
- Leyes Locales (i.e. Brasil)
- Marco dinámico

Posibles Sanciones

- SEC (Sanciones Civiles o Administrativas)
 - Multas
 - Requerimientos
 - Restricciones a la realización de operaciones bursátiles
- DOJ (Civiles o Criminales)
 - Multas
 - Prisión
- Otras
 - Suspensión de Licencias de Exportación / Importación
 - Restricción o suspensión sobre cierto negocios (CFTC, futuros)
 - Prohibición de contratación con empresas de EE.UU (Departamento del Tesoro) y Europeas - OFAC
 - Obligaciones en el exterior
 - Triple Indemnización bajo las acciones privadas de la Ley RICO
 - Ético y control social



A quien le debe importar?

- Miembros de Juntas Directiva, Presidentes, CEO's, Altos Ejecutivos
- Abogados y equipos jurídicos
- CFO's, áreas financieras y auditores internos y externos
- Autoridades competentes en los respectivos países
- Empleados en general

Importancia - ¿Por qué nos debe preocupar el cumplimiento del FCPA?

- A mediados del año 2009, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos confirmó la investigación en contra de al menos 140 compañías a lo largo de 5 continentes – un significativo aumento con respecto al año anterior.
- El acuerdo de Siemens por USD \$1.6 billones durante el año 2008 obtuvo el record de la multa más alta pagada por violaciones del FCPA – 20 veces más que la anterior más alta.
 - Esto aumentó la expectativa sobre cumplimiento corporativo y enfatizó el alcance global de la Ley FCPA.
- El acuerdo de *Halliburton* por USD \$599 millones es a la fecha la pena monetaria más alta pagada por una compañía de los EE.UU.
- Estos hechos ilustran el creciente énfasis en la aplicación del FCPA, por parte del gobierno americano que exige un mayor escrutinio y acción de la misma y mas colaboración con otros países.



ESTUDIO DE CASOS

Una mirada más de cerca

- *Halliburton*

- Accedió a pagar USD \$559 millones para enmendar los cargos que indicaban que una de sus antiguas unidades sobornó a funcionarios Nigerianos durante la construcción de una planta de gas.
- La investigación se centró en más que la planta de gas en Nigeria, ya que también se revisó si Halliburton habría acordado una “fijación de precios” con sus competidores en relación con múltiples proyectos de construcción en diferentes países.
- Albert Stanley, ex Director General del Halliburton, se declaró culpable de destinar USD \$180 millones a sobornos de funcionarios Nigerianos y aceptó cumplir siete años en prisión, y a pagar USD \$10.8 millones en restitución.
 - La restitución se cumplió con la transferencia de activos de las cuentas bancarias de Stanley en Suiza.

Una mirada más de cerca

- *Siemens*

- Pagó USD \$1.6 billones a las autoridades Americanas y Alemanas, la multa por FCPA más alta a la fecha, por violaciones en el Oriente Medio y América Latina por sobornos pagados para ganar contratos de intercambio de petróleo y comida “Oil for Food”; así como sobornos para ganar proyectos de tarjetas de identidad nacional, tránsito masivo y telefonía celular, entre otros.
- Las cargos incluyeron “violaciones de libros y registros” por omisión de registrar los pagos.
- A pesar de las altas multas y la gravedad de las violaciones, el Departamento de Justicia de los EE.UU. Elogió a Siemens por:
 - Su cooperación con el Gobierno, la conducción de su propia investigación, el tomar las medidas necesarias para resarcir el daño, así como por aceptar la responsabilidad y consecuencias por sus actos.

Una mirada más de cerca

- *ChevronTexaco*

- Acción de grupo instaurada por una ONG en representación de habitantes de la zona de por supuestos daños ambientales perpetuados por Chevron durante su contrato de asociación con PetroEcuador.
- La demanda es aceptada a pesar de haber pagado los costos de remediación ambiental y haber finiquitado el tema con el gobierno ecuatoriano en el 97.
- La ONG es creada para este propósito y financiada por oficinas de abogados en los EEUU.
- Los demandantes acusan a la petrolera por problemas de salud y contaminación del medio ambiente.
- Un perito establece que el monto del daño es 27 billones de dólares, lo cual la petrolera deberá pagar si pierde el juicio.
 - El juicio esta manipulado y controlado políticamente en contra de los intereses de la petrolera

Una mirada más de cerca

- *Chiquita*

- Acción criminal contra altos ejecutivos de la compañía iniciada por el Departamento de Justicia de EEUU por pagos a grupos irregulares durante las décadas de los 80, 90 y hasta el 2002, a pesar que las autoridades americanas tenían conocimiento de los pagos.
- Procesos civiles iniciados en EEUU por varios de los afectados en la zona, incluyendo las familias de un grupo de pastores mormones asesinados por las FARC en la zona.
- La acción judicial del DOJ se ha extendido no solo a los Gerentes Generales de la empresa en Colombia en la época, sino al CEO, a los 9 miembros de la Junta Directiva, al Director Jurídico y a los abogados externos contratados para ayudar a manejar el caso con las autoridades competentes.
- Aunque la empresa ya no opera en el país e ingreso a Chapter 11 en los EEUU, las acciones legales contra los ejecutivos de la época continúan.

Una mirada más de cerca

- *Proyecto de Etanol en Colombia*
 - Proyecto financiado por PE norteamericano por valor cercano a los 100 millones de dólares. Inicio de operaciones suspendida por un año desde que se completo la obra por estar ubicada en zona controlada por un presunto narcotraficante.
 - Aunque la persona no figuraba como el titular de los predios, las transacciones de venta de la materia prima eran hechas a través de empresas a nombre de testaferros.
 - El proyecto se paro hasta obtener autorización del DOJ y el Departamento del Tesoro para comprar la materia prima.
 - El riesgo persiste a pesar de las autorizaciones y el Director del Proyecto y el Director del fondo perdieron su puesto por no hacer la debida diligencia a tiempo.

¿Qué esperar en el clima actual?

- Más escrutinio y control por parte de auditores internos, empleados, competidores, compradores, inversionistas y medios de comunicación.
- Acciones agresivas y sanciones por parte de las autoridades norteamericanas, así como mas regulación.
- Menos espacio para errores, ignorancia o “Efecto Avestruz”.
- Requerimientos de tecnología más complejos y costosos.
- Nuevas leyes y reglamentos locales en otros países.
- Un estándar cada vez más alto fijada por las grandes multinacionales.
- Los competidores lo van a utilizar a su favor.

¿Qué hacer?

- Conocimiento de leyes locales e internacionales para saber como pueden aplicar a mi empresa en el contexto actual o futuro.
- Debida diligencia real para detectar riesgos y no para cumplir con las normas.
- Programas de cumplimiento y control interno basados en un enfoque de riesgos y no en un enfoque normativo.
- Estar en la búsqueda constante de mejores practicas en el manejo de algunos de estos temas.
- Un adecuado manejo de los libros y registros de transacciones y manejos financieros de la empresa.

Debida Diligencia sobre Empleados, Agentes y Terceras Personas

- Un elemento clave para el cumplimiento del FCPA:
 - Alta probabilidad de riesgo
 - Empresas que utilizan agentes externos para transferir el riesgo u obtener ventajas locales (Third Party Agents - TPAs)
 - Clientela cautiva (i.e. Gobierno es el principal comprador – como por ejemplo el sector de la energía)
 - Concentración en actividades de alto riesgo donde el Gobierno es el principal interlocutor.
 - PR, lobby, relaciones con Gobierno, lo que facilita contratar y licitar.
 - Baja capacidad de control de riesgo
 - Agentes externos (TPA's) son de propiedad, administración y operación independiente.
 - Niveles más bajos de monitoreo y control que en las operaciones internas.
 - Restricciones contractuales sobre auditorías y supervisión.
 - Geográficamente dispersas y en zonas remotas.
 - Gravedad del Riesgo
 - FCPA confiere plena responsabilidad a la compañía sobre las acciones de sus agentes externos.

Programa de Cumplimiento del FCPA

- Una empresa debe implementar un programa de cumplimiento hecho a su medida, así como mantener un manual de cumplimiento que enumere los aspectos del programa. De esta forma, dicho programa debe incluir lo siguiente:
 - Entrenamiento a sus empleados sobre las prohibiciones de FCPA.
 - Llevar a cabo una debida diligencia sobre aquellos agentes y terceras personas antes de entablar alguna relación comercial con dichos sujetos.
 - Una autorización previa de la Alta Gerencia para realizar cualquier transacción (incluido entrenamiento) con funcionarios extranjeros u otros agentes.
 - Mantener una documentación de todas las transacciones, incluidas las relacionadas con entretenimiento o gastos de regalos, sin importar el monto.
 - Realizar auditorias periódicas sobre los controles internos de la compañía.

¿Cómo Kroll los puede ayudar?

- Análisis de Riesgo antes de entrar a un mercado / Inteligencia de Mercados.
- Self DD antes de la emisión o salir a buscar inversionistas.
- Debida Diligencia (DD) sobre empleados / Agentes Externos / Vendedores.
- FCPA (DD) en el caso de fusiones y adquisiciones.
- Creación / Evaluación / Implementación de un programa para el cumplimiento del FCPA.
- Inteligencia competitiva en procesos licitatorios para poder tomar decisiones con suficiente información.
- Consultoría en Tecnología de la Información para mejorar el cumplimiento de FCPA y SOX.
- Investigaciones confidenciales sobre denuncias / sospechas de violaciones a la ley.
- Apoyo litigioso en grandes disputas.

KROLL