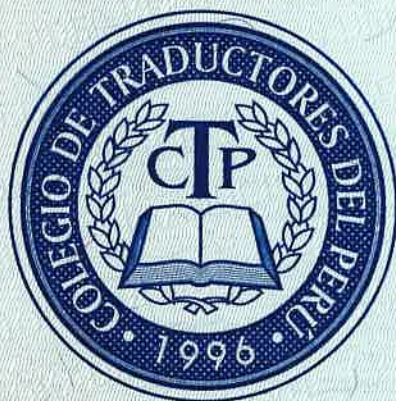


MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL
CTP N.º 0051
Traductora Colegiada Certificada
Español – Inglés – Francés
Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro
Teléfono: 2080860
Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net
web: www.lexitrans.net

TRADUCCIÓN CERTIFICADA
TC N.º 0512-2020

**GUÍA DE RECURSOS DE LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL
EXTRANJERO ELABORADA EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y LA COMISIÓN
DE BOLSA Y VALORES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**



Maria Carmen Pizarro

Maria del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

N° 0446141

Valor 3.50 Soles

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 1 de 214

LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO (FCPA)

**UNA GUÍA DE RECURSOS DE LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL
EXTRANJERO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

Segunda Edición

**Documento elaborado por la División Penal del Departamento de Justicia y la
División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados
Unidos de América**

Sello del Departamento de Justicia

Sello de la Comisión de Bolsa y Valores

mp

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 2 de 214

Esta guía tiene por objeto proporcionar información a empresas y personas naturales sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de los Estados Unidos de América. La guía ha sido preparada por el personal de la División Penal del Departamento de Justicia y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América. La orientación aquí esbozada refleja las opiniones de la División de Cumplimiento, mas no debe interpretarse como una declaración de la Comisión, y la Comisión no ha aprobado ni desaprobado su contenido. El presente documento es de carácter no vinculante, informal y presenta información resumida, la cual no constituye norma ni reglamento alguno. Como tal, no tiene por objeto, no crea y no puede ser invocado para crear ningún derecho sustantivo o procesal que pueda ser ejercido por cualquiera de las partes ante un fuero penal, civil o administrativo. No tiene por objeto sustituir el asesoramiento legal de un abogado sobre asuntos específicos relacionados con la FCPA. No limita, de ninguna manera, las intenciones de ejecución o posiciones de litigio del Departamento de Justicia, la Comisión de Bolsa y Valores o cualquier otra agencia del gobierno de los Estados Unidos de América.

Instamos a aquellas empresas o personas que deseen obtener una opinión sobre una conducta prospectiva específica a consultar el procedimiento de emisión de opiniones del Departamento de Justicia que se aborda en el Capítulo 9 de esta guía.

Esta guía es propiedad del Gobierno de los Estados Unidos de América y se encuentra a disposición del público de forma gratuita y en línea en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> y en <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>.

ms

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 3 de 214

**UNA GUÍA DE RECURSOS DE LA
LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA**

SEGUNDA EDICIÓN

Documento preparado por la División Penal del Departamento de Justicia y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América

mcp

Maria del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

PRÓLOGO

Nos complace anunciar la publicación de la Segunda Edición de *Una Guía de Recursos de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos de América*. La *Guía* fue publicada originalmente por el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) en noviembre de 2012 con el fin de proporcionar a las empresas, a los profesionales, y al público en general información detallada sobre los requisitos legales de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), a la vez que proporciona un mayor entendimiento de las prácticas de cumplimiento del DOJ y la SEC a través de casos hipotéticos, ejemplos de acciones coercitivas y casos de dresestimaciones anonimizados, así como resúmenes de la jurisprudencia aplicable y los comunicados de opinión del Departamento de Justicia. Desde entonces y hasta ahora, la *Guía* ha representado una de las compilaciones más completas de información sobre cualquier estatuto penal y sigue siendo relevante hasta el día de hoy.

Aunque muchos aspectos de la *Guía* siguen siendo válidos al día de hoy, los últimos ocho años han traído también nuevos casos, nuevas leyes y nuevas políticas. La segunda edición de la *Guía* refleja estas actualizaciones, incluida la nueva jurisprudencia sobre la definición del término “funcionario extranjero” según la FCPA, el alcance jurisdiccional de la FCPA y la defensa afirmativa de las leyes escritas extranjeras de la FCPA. Aborda ciertas normas legales, incluido el requisito de *mens rea* y la ley de prescripción aplicable a las violaciones penales de las disposiciones contables. Refleja información actualizada, estadísticas y ejemplos de casos. Adicionalmente, resume las nuevas políticas aplicables a la FCPA que han sido anunciadas en los continuos esfuerzos del DOJ y la SEC para proporcionar una mayor transparencia, incluida la Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA expedida por el DOJ, la Selección de Supervisores en Asuntos de la División Penal, la Coordinación de las Sanciones de Resolución Corporativa (o Política contra la Acumulación de Sanciones), y la Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo de la División Penal.

El soborno extranjero es un flagelo que debe ser erradicado. Socava el estado de derecho, da poder a gobernantes autoritarios, distorsiona los mercados libres y justos, perjudica a las empresas honestas y éticas, y amenaza la seguridad nacional y el desarrollo sostenible. Esta *Guía* actualizada tiene por objeto no solo resumir el producto de personas dedicadas y trabajadores incansables que combaten el soborno extranjero como parte de su trabajo para el gobierno de los Estados Unidos, sino también ayudar a las empresas, a los profesionales y al público –muchos de los cuales se encuentran en las primeras líneas de esta lucha– a prevenir la corrupción en primera instancia. Esperamos que esta *Guía* continúe siendo un recurso invaluable en esos esfuerzos.

(fdo.) **Brian A. Benczkowski**
Fiscal General Adjunto
División Penal del Departamento de Justicia

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 5 de 214

(fdo.) **Stephanie Avakian y Steven Peikin**
Codirectores
División de Cumplimiento
Comisión de Bolsa y Valores

Julio de 2020

mcp
María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

ÍNDICE

Capítulo 1	11
Introducción.....	11
Los costos de la corrupción	11
Antecedentes históricos	12
Panorama nacional: iniciativas interinstitucionales	13
Departamento de Justicia.....	14
Comisión de Bolsa y Valores (SEC).....	15
Socios en la aplicación de la ley	16
Departamentos de comercio y de estado	16
Panorama internacional: esfuerzos globales anticorrupción	18
Grupo de Trabajo sobre soborno de la OCDE y la Convención Anticohecho	18
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	19
Otras Convenciones Anticorrupción	20
Capítulo 2 La FCPA: Disposiciones antisoborno	21
LA FCPA: DISPOSICIONES ANTISOBORNO	21
¿Quién está cubierto por las disposiciones antisoborno?	21
Emisores – Artículo 78dd-1 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América	21
Empresas Nacionales – Artículo 78dd-2 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América	22
Jurisdicción territorial – Artículo 78dd-3 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América	22
¿Qué conducta jurisdiccional activa las disposiciones antisoborno?	23
¿Qué cubre la FCPA?	23
¿Qué significa “de forma corrupta”?	26
¿Qué significa “intencionalmente” y cuándo se aplica?	27
¿Qué significa “cualquier cosa de valor”?	27
Efectivo.....	28
Regalos, viajes, invitaciones y otras cosas de valor	29

mp
María del Carmen Pizarro Saboga:
CTP Nº 0051

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 7 de 214

Contribuciones benéficas	31
¿Quién es un Funcionario Extranjero?	35
Departamento, agencia o dependencia de un gobierno extranjero.....	36
Organizaciones públicas internacionales.....	38
¿Cómo son tratados los pagos a terceros?	39
¿Qué defensas afirmativas hay disponibles?	41
La defensa de la ley local	41
Gastos razonables y de buena fe	42
¿Qué son los pagos de facilitación y agilización?.....	44
¿Se aplica la FCPA a los casos de extorsión o coacción?	46
Principios de responsabilidad corporativa por violaciones de las normas antisoborno	47
Responsabilidad de la sociedad matriz y la subsidiaria	47
Responsabilidad de los sucesores	48
Principios adicionales de responsabilidad penal por violaciones de las disposiciones antisoborno: Complicidad, favorecimiento y conspiración.....	57
Principios adicionales de responsabilidad civil por violaciones de las disposiciones antisoborno: Ayuda e incitación y causa.....	58
¿Cuál es el plazo de prescripción aplicable?.....	59
Plazo de prescripción en casos penales.....	59
Plazo de prescripción de las acciones civiles	60
Capítulo 3.....	61
Disposiciones contables de la FCPA	61
DISPOSICIONES CONTABLES DE LA FCPA	61
¿Qué aspectos abarcan las disposiciones contables?.....	61
Disposición sobre libros y registros	61
Disposición sobre controles contables internos.....	63
Posibles denuncias y violaciones de la normativa contra el fraude	65
¿Cuáles son las demás obligaciones de la gerencia?.....	66
¿A quién afecta estas disposiciones contables?.....	67
Responsabilidad civil para emisores, subsidiarias y afiliadas	67
Responsabilidad civil de personas naturales y otras entidades.....	68

mp
María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

Responsabilidad penal por infracciones contables	70
Responsabilidad por complicidad y favorecimiento	71
Obligaciones de los auditores.....	72
Capítulo 4 Otras leyes estadounidenses relacionadas	73
OTRAS LEYES ESTADOUNIDENSES RELACIONADAS.....	73
Ley de Viajes.....	73
Lavado de activos	73
Fraude postal y electrónico.....	74
Infracciones de certificación y presentación de informes	74
Violaciones tributarias	75
Capítulo 5 Principios Rectores del Cumplimiento	76
¿Qué criterios toma en consideración el DOJ para decidir si abre una investigación o presenta cargos?.....	76
Principios de Enjuiciamiento Federal del DOJ.....	76
Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ	76
Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA elaborada por el DOJ.....	78
¿Qué aspectos toma en consideración el personal de la SEC para decidir si se debe abrir una investigación o recomendar la presentación de cargos?.....	81
Esfuerzos de divulgación voluntaria, cooperación e implementación de medidas correctivas	82
Casos penales.....	82
Casos civiles.....	83
Programa de cumplimiento corporativo	84
Características distintivas de los programas de cumplimiento eficaces	86
Otras pautas sobre cumplimiento y buenas prácticas internacionales	99
Capítulo 6 Penalidades, sanciones y recursos previstos en la FCPA	102
¿Cuáles son las posibles consecuencias de las infracciones de la FCPA?	102
Sanciones penales	102
Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América.....	102
Sanciones civiles	104
Confiscación y devolución forzosa de las ganancias ilícitas	104
Resoluciones coordinadas y esfuerzos para evitar la “acumulación de sanciones” ..	105

mp
María del Carmen Pizarro Sabogal:
CTP N.º 0051

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 9 de 214

Consecuencias colaterales.....	105
Inhabilitación.....	105
Inhabilitación cruzada por parte de Bancos Multilaterales de Desarrollo.....	107
Pérdida de privilegios de exportación.....	107
¿Cuándo es apropiado nombrar a un Supervisor de Cumplimiento o un Asesor Independiente?.....	107
Capítulo 7 Resoluciones.....	110
¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones por los que puede optar el DOJ?.	110
Denuncias penales, acusaciones formales y autos de acusación.....	110
Acuerdos de admisión de culpabilidad.....	110
Acuerdos de enjuiciamiento diferido.....	110
Acuerdos de no enjuiciamiento	111
Desestimación del proceso judicial.....	111
¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones por los que puede optar la SEC?.	113
Acciones cautelares de naturaleza civil y medios reparatorios.....	113
Acciones y recursos administrativos civiles.....	113
Acuerdos de enjuiciamiento diferido.....	114
Acuerdos de no enjuiciamiento	115
Cartas de conclusión de proceso y denegaciones.....	115
Capítulo 8 Disposiciones y protecciones para denunciantes	120
Capítulo 9 Procedimiento de emisión de opiniones del DOJ.....	122
Capítulo 10 Conclusión	124
APÉNDICE Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero.....	125
APÉNDICE Notas Finales	147

mp
María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 10 de 214

El pago de sobornos con el fin de influir en los actos o decisiones de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros o candidatos a cargos políticos en el extranjero no es ético. Va en contra de las expectativas morales y los valores del público estadounidense. Además, no solo carece de ética, sino que también es un mal negocio. Destruye la confianza del público en la integridad del sistema de libre mercado. Crea un cortocircuito en el mercado al dirigir los negocios a aquellas empresas demasiado ineficientes como para competir en términos de precio, calidad o servicio, o demasiado perezosas como para dedicarse a la venta honesta, o demasiado decididas a deshacerse de grandes cantidades de productos marginales. En resumen, recompensa la corrupción en lugar de la eficiencia y presiona a las empresas éticas para que rebajen sus estándares o se arriesguen a perder negocios. El soborno de funcionarios extranjeros por parte de algunas empresas estadounidenses ensombrece el panorama para todas las demás empresas en los Estados Unidos.¹

- Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, 1977

El soborno corporativo es un mal negocio. En nuestro sistema de libre mercado es esencial que la venta de productos se realice sobre la base del precio, la calidad y el servicio. El soborno corporativo destruye este principio básico. El soborno corporativo de funcionarios extranjeros ocurre principalmente para ayudar a las empresas a obtener negocios. Por lo tanto, el soborno de empresas extranjeras afecta la estabilidad misma de los negocios en el extranjero. Los sobornos corporativos en el extranjero también afectan nuestro clima competitivo nacional cuando las empresas nacionales se involucran en tales prácticas como si se tratara de un sustituto para la competencia sana en los negocios internacionales.²

- Senado de los Estados Unidos de América, 1977

mp
María del Carmen Pizarro Saboga,
CTP N.º 0051

Capítulo 1 Introducción

En 1977, el Congreso de los Estados Unidos de América promulgó la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (la FCPA o la Ley) en respuesta a las revelaciones sobre casos generalizados de soborno de funcionarios extranjeros por parte de empresas estadounidenses. La Ley tuvo como propósito poner fin a esas prácticas corruptas, crear condiciones equitativas para las empresas honestas y restablecer la confianza pública en la integridad del mercado.³

La FCPA contiene tanto disposiciones antisoborno, como disposiciones contables. De conformidad con las disposiciones antisoborno, las personas y empresas estadounidenses (empresas nacionales), empresas públicas estadounidenses y extranjeras que cotizan en las bolsas de valores de los Estados Unidos de América o que están obligadas a presentar informes periódicos ante la Comisión de Bolsa y Valores (emisores) y demás personas y empresas extranjeras que actúan mientras se encuentran en territorio estadounidense (jurisdicción territorial) tienen prohibido efectuar pagos de sobornos a funcionarios extranjeros con el fin de conseguir o conservar negocios. Las disposiciones contables exigen a los emisores diseñar y mantener libros y registros precisos, así como un sistema adecuado de controles internos de contabilidad. Las disposiciones contables, además, prohíben a las personas y a los negocios falsificar deliberadamente los libros y registros o eludir o dejar de implementar de forma consciente un sistema de controles internos.

El Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) tienen autoridad compartida para hacer cumplir la FCPA y están comprometidos en la lucha contra el soborno extranjero mediante una estricta aplicación de la ley. Un componente importante de este esfuerzo es la educación y la presente guía de recursos preparada por el personal del DOJ y de la SEC tiene como objetivo brindar a las empresas y a los individuos información que les ayude a cumplir con la ley, detectar y prevenir violaciones de la FCPA e implementar programas de cumplimiento efectivos.

Los costos de la corrupción

La corrupción es un problema global. En las cuatro décadas desde que el Congreso promulgó la FCPA, la magnitud del soborno corporativo ha adquirido mayor notoriedad y sus ramificaciones en una economía transnacional son más marcadas. La corrupción impide el crecimiento económico al desviar los recursos públicos de áreas prioritarias importantes tales como la salud, la educación y la infraestructura. Socava los valores democráticos y la responsabilidad pública y debilita el estado de derecho o imperio de la ley.⁴ Constituye, además, una amenaza para la estabilidad y seguridad al facilitar, dentro y a través de las fronteras, actividades delictivas tales como el tráfico ilegal de personas, armas y drogas.⁵ La corrupción a nivel internacional socava asimismo el buen gobierno y obstaculiza los esfuerzos de los Estados Unidos de América para promover la libertad y la democracia, acabar con la pobreza y combatir la delincuencia y el terrorismo a nivel mundial.⁶

La corrupción es también perjudicial para los negocios. La corrupción es anticompetitiva, ya que da lugar a precios distorsionados y desventajosos para las empresas honestas que no pagan sobornos. Incrementa el costo de hacer negocios a nivel global e infla el costo de los contratos del gobierno en los países en desarrollo.⁷ La corrupción, además, introduce una gran incertidumbre en las transacciones comerciales: los contratos obtenidos mediante soborno podrán ser legalmente inexigibles y el pagar sobornos en un contrato con frecuencia ocasiona que los funcionarios corruptos impongan mayores exigencias.⁸ El soborno tiene efectos destructivos también dentro de un negocio, pues socava la confianza de los empleados en la gestión de una empresa y fomenta una atmósfera permisiva para otros tipos de conducta corporativa indebida, tales como la actuación de un empleado en provecho propio, el desfalco o la malversación de fondos,⁹ el fraude financiero¹⁰ y el comportamiento anticompetitivo.¹¹ El soborno eleva así los riesgos de hacer negocios y, en consecuencia, pone en peligro las ganancias netas y la reputación de una empresa. Las compañías que pagan sobornos para conseguir negocios socavan finalmente sus propios intereses a largo plazo y los mejores intereses de sus inversionistas.

Antecedentes históricos

El Congreso promulgó la FCPA en 1977 tras las revelaciones sobre corrupción mundial generalizada debido al escándalo político de Watergate. La SEC descubrió que más de 400 empresas estadounidenses habían pagado cientos de millones de dólares en sobornos a los funcionarios de gobiernos extranjeros con el fin de asegurar negocios en el exterior.¹² La SEC informó que las empresas estaban utilizando "un fondo para sobornos" para efectuar aportes ilegales de campaña en los Estados Unidos de América y pagos de sobornos a funcionarios extranjeros en el exterior y estaban falsificando sus registros financieros corporativos con el fin de ocultar los pagos.¹³

El Congreso consideró que la aprobación de la FCPA era de vital importancia para detener el soborno a nivel corporativo que había empañado la imagen de las empresas estadounidenses, perjudicado la confianza pública en la integridad financiera de los negocios de los Estados Unidos de América y obstaculizado el eficiente funcionamiento de los mercados.¹⁴

Ningún problema hace más por distanciar a los ciudadanos de sus líderes políticos e instituciones, además de socavar la estabilidad política y el desarrollo económico, que la corrupción endémica entre el gobierno, los líderes de los partidos políticos, los jueces y los burócratas.

-Estrategia Anticorrupción del USAID -

Tal como lo reconoció el Congreso al aprobar la FCPA, la corrupción supone enormes costos tanto en el país como en el exterior, lo cual conduce a ineficiencias e inestabilidad del mercado, productos por debajo del estándar e reglas de juego injustas para las empresas honestas.¹⁵ Al promulgar una ley sólida sobre el soborno en

el extranjero, el Congreso buscó minimizar sus efectos destructivos y ayudar a las empresas a resistir las exigencias de sobornos mientras se abordaban las ramificaciones destructivas de la política exterior en materia de soborno transnacional.¹⁶ La Ley prohibió también la contabilidad no registrada en libros mediante disposiciones diseñadas para “fortalecer la exactitud de los libros y registros corporativos y la confiabilidad en el proceso de auditoría, las cuales constituyen los cimientos de nuestro sistema de divulgación corporativa”.¹⁷

En 1988, el Congreso modificó la FCPA para agregar dos defensas afirmativas: (1) la defensa del derecho interno del país; y (2) la defensa razonable y de buena fe de gastos promocionales.¹⁸ El Congreso también solicitó que el Presidente negociara un tratado internacional con los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con el fin de prohibir el soborno en las transacciones comerciales internacionales por parte de muchos de los principales socios comerciales de los Estados Unidos de América.¹⁹ Las negociaciones posteriores en la OCDE culminaron en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención Anticohecho), con la cual, entre otras cosas, se exigió a las partes considerar como delito el soborno de funcionarios extranjeros.²⁰

En 1998, la FCPA se modificó para ajustarse a los requisitos de la Convención Anticohecho. Dichas modificaciones ampliaron el alcance de la FCPA con el fin de:

- (1) Incluir los pagos efectuados para garantizar “cualquier ventaja impropia”;
- (2) Tener llegada a ciertas personas extranjeras que cometen un acto con el fin de promover un soborno en el extranjero mientras se encuentran en los Estados Unidos de América;
- (3) Comprender a las organizaciones públicas internacionales dentro del alcance de “funcionario extranjero”;
- (4) Agregar una base alternativa para la jurisdicción según la nacionalidad; y
- (5) Aplicar sanciones penales a los trabajadores extranjeros empleados por empresas estadounidenses o que actúan como agentes de estas.²¹ La Convención Anticohecho entró en vigencia el 15 de febrero de 1999, siendo los Estados Unidos de América una de las partes fundadoras.

Panorama nacional: iniciativas interinstitucionales

El DOJ y la SEC comparten la autoridad para hacer cumplir las disposiciones contables y de lucha contra el soborno de la FCPA.²² Asimismo, trabajan de manera conjunta con muchas otras agencias federales y socios en la aplicación de la ley con el fin de investigar e interponer acciones judiciales con respecto a infracciones de la FCPA, reducir las exigencias de soborno mediante programas de buena gobernanza y otras medidas y promover la igualdad de condiciones para las empresas estadounidenses que realizan negocios en el exterior.

Departamento de Justicia

El Departamento de Justicia (DOJ) tiene autoridad penal sobre los “emisores” (esto es, las empresas públicas) y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o los accionistas que actúen en nombre del emisor, para hacer valer la FCPA y exigir su cumplimiento. El DOJ tiene, asimismo, responsabilidad penal y civil para hacer cumplir las disposiciones antisoborno de la FCPA a las “empresas nacionales” —que incluyen (a) a los ciudadanos, nativos y residentes de los Estados Unidos de América, y (b) a los negocios de los Estados Unidos de América y a sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas que actúen en representación de la empresa nacional— y ciertas personas y negocios extranjeros que actúan en respuesta a una violación de la FCPA mientras se encuentran dentro del territorio de los Estados Unidos de América. Dentro del DOJ, la Sección de Fraudes de la División Penal tiene responsabilidad principal por todos los asuntos de la FCPA.²³ La Unidad de la FCPA dentro de la Sección de Fraudes maneja todos los asuntos de la FCPA en representación del DOJ y normalmente trabaja en conjunto con las fiscalías de los Estados Unidos de América.

El DOJ mantiene un sitio web dedicado a la FCPA y a su aplicación en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>. El sitio web cuenta con traducciones de la FCPA en numerosos idiomas, historia legislativa relevante y documentos seleccionados de procesos y resoluciones relacionados con la FCPA desde 1977, lo cual incluye documentos acusatorios, acuerdos de admisión de culpabilidad, acuerdos de procesamiento diferido, acuerdos de no procesamiento, notas de prensa y otros alegatos relevantes y resoluciones judiciales. El sitio web proporciona también copias de las opiniones emitidas en respuesta a solicitudes de compañías y personas conforme al procedimiento de dictamen de la FCPA en el DOJ.

Los procedimientos para presentar una solicitud de opinión podrán encontrarse en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgncrpt.pdf> y se abordan más adelante en el Capítulo 9. A las personas y empresas que deseen divulgar información con respecto a posibles violaciones de la FCPA se les insta a contactar a la Unidad FCPA en el número telefónico o correo electrónico especificados a continuación.

Información de contacto del DOJ

Jefe de la Unidad de la FCPA, Sección de Fraudes

División Penal

Bond Building

1400 New York Ave, N.W.

Washington, D. C. 20005

Teléfono: (202) 514-2000

Fax: (202) 514-7021

Correo electrónico: FCPA.Fraud@usdoj.gov

Comisión de Bolsa y Valores (SEC)

La SEC es responsable de la aplicación de la ley civil de la FCPA sobre los emisores y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas que actúan en nombre del emisor. La División de Cumplimiento de la SEC tiene la responsabilidad de investigar las infracciones de la FCPA y de interponer acciones judiciales al respecto. En el 2010, la División de Cumplimiento de la SEC creó una unidad especializada de la FCPA, con abogados en Washington, D. C. y en oficinas regionales de todo el país, para centrarse específicamente en la aplicación de la FCPA.

La Unidad investiga posibles violaciones de la FCPA; facilita la coordinación con el programa de la FCPA del DOJ y con otros asociados federales e internacionales en la aplicación de la ley; utiliza su conocimiento experto de la ley para promover la aplicación coherente de la FCPA; analiza consejos, quejas y referencias en relación con denuncias de soborno en el extranjero; y realiza actividades de acercamiento a la comunidad para crear conciencia sobre los esfuerzos de lucha contra la corrupción y los programas de buena gobernanza empresarial.

La Unidad de la FCPA mantiene una sección denominada "Lo más destacado sobre la FCPA" en el sitio web de la SEC, en <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. El sitio web, que se actualiza en forma periódica, ofrece información general sobre la Ley, así como enlaces a todas las medidas de aplicación de la SEC relacionadas con la FCPA, lo cual incluye tanto acciones judiciales federales como procedimientos administrativos, y contiene otra información útil.

Las personas y empresas que tengan en su poder información sobre posibles violaciones de la FCPA por parte de los emisores pueden denunciarlas a la División de Cumplimiento a través del sistema en línea de Consejos, Quejas y Referencias de la SEC, <https://www.sec.gov/tcr>. Asimismo, pueden enviar información a la Oficina del Denunciante de la SEC a través del mismo sistema en línea o poniéndose en contacto con la Oficina del Denunciante al (202) 551-4790. Adicionalmente, los inversionistas que tengan preguntas sobre la FCPA pueden llamar a la Oficina de Educación y Defensa de Inversionistas al (800) SEC-0330. Para mayor información sobre el Programa de Denunciantes de la SEC, conforme al cual ciertos denunciantes elegibles podrán tener derecho a un premio monetario si su información conduce a determinadas acciones de la SEC, véase el Capítulo 8.

Información de contacto de la SEC

**Jefe de la Unidad de la FCPA, División de Cumplimiento,
Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América**

100 F Street, N. E.

Washington, D. C. 20549

Consejos, Quejas y Referencias En Línea

Sitio web: <https://www.sec.gov/tcr>

Oficina de Educación y Defensa de Inversionistas:

(800) SEC-0330

Socios en la aplicación de la ley

La Unidad FCAP del DOJ trabaja regularmente con la Oficina Federal de Investigación (FBI) para investigar posibles violaciones de la FCPA. La Unidad Anticorrupción Internacional del FBI tiene responsabilidad principal sobre las investigaciones internacionales de corrupción y fraude, y coordina el programa nacional de aplicación de la FCPA del FBI. El FBI cuenta, además, con escuadrones de agentes especiales dedicados del FBI que son responsables de investigar muchas de las investigaciones del FBI relativas a la FCPA, y de brindar soporte a todas esas investigaciones. En adición a lo anterior, Investigaciones de Seguridad Nacional (HSI), el Servicio de Impuestos Internos (IRS) – la Brigada de Investigación Penal y el Servicio de Inspección Postal investigan periódicamente posibles violaciones de la FCPA. Varios otros organismos también participan en la lucha contra la corrupción internacional; entre ellos, la Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal, la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos y la Oficina de Control de Activos Extranjeros y Red de Represión de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro.

Departamentos de comercio y de estado

Además de los esfuerzos de aplicación de la ley por parte del DOJ y la SEC, el gobierno de los Estados Unidos de América también está trabajando para hacer frente a la corrupción en el extranjero y en igualdad de condiciones para las empresas estadounidenses a través de los esfuerzos de los Departamentos de Comercio y de Estado. Ambas agencias promueven iniciativas anticorrupción y de buena gobernanza a nivel mundial y ayudan periódicamente, y de varias maneras importantes, a las empresas estadounidenses que desarrollan negocios en el exterior. Ambos organismos alientan a las empresas estadounidenses a buscar la asistencia de las embajadas de los Estados Unidos de América cuando se enfrenten a solicitudes de soborno u otros problemas relacionados con la corrupción en el extranjero.²⁴

El Departamento de Comercio ofrece una serie de recursos importantes para las empresas; entre ellos, el Servicio Comercial de los Estados Unidos de América y el Servicio de Comercio Exterior de la Administración de Comercio Internacional (Servicio Comercial). El Servicio Comercial cuenta con especialistas en exportación e industria ubicados en más de 100 ciudades de los Estados Unidos de América y en 70 países, que están disponibles para brindar asesoramiento y otro tipo de asistencia a las empresas estadounidenses; en particular, a las pequeñas y medianas empresas, en relación con la exportación de sus productos y servicios. El Servicio Comercial mantiene un sitio web con recursos en línea para ayudar a las empresas a realizar la diligencia debida en los mercados y los socios, en: <https://www.trade.gov/perform-due-diligence>. Por ejemplo, las Guías Comerciales de los Países ofrecen condiciones de mercado, oportunidades, reglamentos y costumbres comerciales para más de 70 mercados importantes, preparadas por profesionales del comercio de la ITA en las embajadas de los Estados Unidos a nivel mundial.²⁵ Los especialistas del Servicio Comercial también pueden ayudar a una empresa estadounidense a realizar verificaciones de antecedentes al elegir asociados comerciales o agentes en el exterior. El Programa Internacional de Perfil de Empresa, por ejemplo, puede formar

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 17 de 214

parte de la evaluación de posibles socios comerciales en el extranjero de una empresa estadounidense.²⁶ Las empresas estadounidenses pueden ponerse en contacto con el Servicio Comercial a través de su sitio web, <https://www.trade.gov/let-our-experts-help-0>, o directamente en sus oficinas nacionales y extranjeras.²⁷ Adicionalmente, la Oficina del Asesor Jurídico General del Departamento de Comercio mantiene un sitio web, <https://ogc.commerce.gov/collection/office-chief-counsel-international-commerce>, que contiene recursos anticorrupción y una lista de convenciones e iniciativas internacionales. La Oficina de Negociaciones y Cumplimiento de Acuerdos Comerciales de la Administración de Comercio Internacional del Departamento de Comercio también aloja un sitio web con recursos antisoborno, <https://tcc.export.gov/Bribery/index.asp>. Este sitio web contiene un enlace a un formulario en línea mediante el cual las empresas estadounidenses pueden reportar denuncias de soborno en el extranjero por parte de competidores extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Mayor información sobre cómo resolver las barreras comerciales podrá encontrarse en: <https://www.trade.gov/resolve-foreign-trade-barrier>.²⁸

Los Departamentos de Comercio y de Estado también ofrecen apoyo de defensa, cuando se determina que es de interés nacional para las empresas estadounidenses que se presentan a las licitaciones de contratos con gobiernos extranjeros. El Centro de Defensa del Departamento de Comercio, por ejemplo, apoya a las empresas estadounidenses que compiten con empresas extranjeras por contratos internacionales; por ejemplo, organizando la entrega de un mensaje de defensa por parte de funcionarios del gobierno de los Estados Unidos de América o prestando asistencia con respecto a problemas imprevistos como la sospecha de soborno por parte de un competidor.²⁹

La Oficina de Asuntos Económicos y Empresariales del Departamento de Estado (específicamente, su Oficina de Asuntos Comerciales y Empresariales) asiste de manera similar a las empresas estadounidenses que hacen negocios en el extranjero, brindando defensa en nombre de las empresas estadounidenses e identificando las áreas de riesgo para las empresas estadounidenses; para mayor información, consulte su sitio web: <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-economic-growth-energy-and-the-environment/bureau-of-economic-and-business-affairs/office-of-commercial-and-business-affairs/>. Asimismo, los funcionarios económicos del Departamento de Estado que prestan servicios en el extranjero ofrecen apoyo y defensa comercial a las empresas estadounidenses en los numerosos puestos diplomáticos en el extranjero en los que el Servicio Comercial no está representado.

El Departamento de Estado promueve los intereses del gobierno de los Estados Unidos de América al abordar la corrupción a nivel internacional mediante un compromiso diplomático entre países; el desarrollo y el seguimiento de los compromisos internacionales relativos a la corrupción; la promoción de un compromiso político de alto nivel (por ejemplo, el Plan de Acción Anticorrupción del G-20); la divulgación pública en países extranjeros; y el apoyo a la construcción de capacidad de los socios extranjeros para combatir la corrupción. En el ejercicio económico del

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

2019, el Gobierno de los Estados Unidos de América aportó más de USD 112 millones para la lucha anticorrupción y la asistencia conexas en materia de buena gobernanza en el extranjero. La Oficina de Asuntos Internacionales de Estupefacientes y Aplicación de la Ley (INL) del Departamento de Estado gestiona la participación de los Estados Unidos de América en muchas iniciativas multilaterales anticorrupción, políticas y legales a nivel mundial y regional. La INL también financia y coordina importantes esfuerzos para ayudar a los países a combatir la corrupción mediante la reforma jurídica, la capacitación y otras actividades de desarrollo de capacidad. Las consultas sobre los esfuerzos anticorrupción generales del gobierno de los Estados Unidos de América y sobre la implementación de iniciativas mundiales y regionales contra la corrupción pueden dirigirse a la INL en su sitio web, <https://www.state.gov/combating-corruption-and-promoting-good-governance/>, o por correo electrónico a: anti-corruption@state.gov. Además, la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (USAID) ha elaborado varios programas y publicaciones contra la corrupción, cuya información puede encontrarse en <https://www.usaid.gov/what-we-do/democracy-human-rights-and-governance/promoting-accountability-transparency>.

Panorama internacional: esfuerzos globales anticorrupción

Ha habido un creciente consenso internacional en cuanto a la necesidad de combatir la corrupción y los Estados Unidos de América y otros países son partes en varias convenciones internacionales contra la corrupción. Según estas convenciones, los países que son partes se comprometen a adoptar una serie de medidas preventivas y de derecho penal para combatir la corrupción. Las convenciones incorporan procesos de examen que permiten a los Estados Unidos de América vigilar a otros países para asegurarse de que cumplen sus obligaciones internacionales. Asimismo, esos procesos permiten, a su vez, que otras partes vigilen las leyes anticorrupción y la aplicación de la ley estadounidense para garantizar que dicha aplicación y marcos legales sean coherentes con las obligaciones contenidas en los tratados de los Estados Unidos de América.³⁰ Los funcionarios de los Estados Unidos de América abordan regularmente el tema de la corrupción con sus homólogos extranjeros para crear conciencia de la importancia de luchar contra la corrupción e instar a una aplicación más estricta de las leyes y políticas de lucha contra la corrupción, así como de los importantes esfuerzos de organizaciones como el Grupo de Trabajo sobre el Soborno de la OCDE, varios países han implementado leyes contra el soborno en el extranjero y han aumentado considerablemente sus esfuerzos de aplicación. Por ejemplo, en diciembre de 2016, Francia promulgó su ley Sapin II, que fortaleció de manera significativa su legislación vigente sobre el soborno en el extranjero y su régimen de aplicación de la ley.

Grupo de Trabajo sobre soborno de la OCDE y la Convención Anticohecho

La OCDE fue fundada en 1961 para estimular el progreso económico y el comercio mundial. Como se ha señalado, la Convención Anticohecho exige a sus partes que tipifiquen como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.³¹ Al 30 de junio de 2020, había 44 partes

en la Convención Anticohecho. La totalidad de estas partes son también miembros del Grupo de Trabajo sobre el Soborno de la OCDE (Grupo de Trabajo).

El Grupo de Trabajo se encarga de vigilar la implementación de la Convención contra el Soborno, la Recomendación de 2009 del Consejo para seguir combatiendo el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales e internacionales e instrumentos conexos. Sus miembros se reúnen trimestralmente para examinar y vigilar la implementación de la Convención contra el soborno por los Estados miembros de todo el mundo. Cada una de las partes se somete a un examen periódico por homólogos.³²

Este sistema de vigilancia por homólogos se lleva a cabo en cuatro fases. El examen de la fase 1 incluye una evaluación a fondo de las leyes internas de cada país que aplica la Convención. En la fase 2 se examina la eficacia de las leyes de cada país y los esfuerzos de lucha contra el soborno. Las fases finales son ciclos permanentes de examen por homólogos (cuyo primer ciclo se denomina examen de la fase 3 y el siguiente examen de la fase 4) en los que se evalúan las medidas de aplicación y los resultados de un país, así como los esfuerzos del país por subsanar las deficiencias identificadas durante el examen anterior.³³

Todos los informes de vigilancia de las partes de la Convención pueden encontrarse en el sitio web de la OCDE y pueden ser un recurso útil acerca de las leyes relativas al soborno en el extranjero de los países miembros del Grupo de Trabajo de la OCDE.³⁴

Los informes y apéndices de todas las fases de los exámenes correspondientes a los Estados Unidos de América pueden hallarse en los sitios web del DOJ y la SEC.³⁵ En su examen de la Fase 3 de los Estados Unidos de América, que concluyó en octubre de 2010, el Grupo de Trabajo elogió los esfuerzos de los Estados Unidos de América por luchar contra el soborno transnacional y destacó varias de las mejores prácticas desarrolladas por los Estados Unidos de América. El Grupo de Trabajo examinó la situación de los Estados Unidos de América.

En el informe se señalaban también las esferas en que podían mejorarse los esfuerzos de los Estados Unidos de América para combatir el soborno; entre ellas, la consolidación de la información de dominio público sobre la aplicación de la FCPA y el aumento de la sensibilización entre las pequeñas y medianas empresas acerca de la prevención y la detección del soborno extranjero. La publicación inicial de esta guía fue, en parte, una respuesta a estas recomendaciones de la Fase 3 y tiene como objetivo ayudar a las empresas y a los individuos a entender mejor la FCPA.³⁶

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Los Estados Unidos de América son un estado parte en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC), que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.³⁷ Los Estados Unidos de América ratificaron la Convención de las

Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) el 30 de octubre de 2006. La UNCAC exige a las partes que tipifiquen como delito una amplia gama de actos de corrupción, incluido el soborno doméstico y extranjero y los delitos conexos tales como el blanqueo de dinero y la obstrucción de la justicia. La UNCAC también establece directrices para la creación de órganos de lucha contra la corrupción, códigos de conducta para los funcionarios públicos, sistemas transparentes y objetivos de contratación pública y normas mejoradas de contabilidad y auditoría para el sector privado.

Un mecanismo de examen por homólogos evalúa la implementación de la UNCAC por las partes de la Convención, centrándose en la primera ronda en la penalización y la aplicación de la ley, así como en la cooperación jurídica internacional.³⁸ Los Estados Unidos de América han sido examinados en el marco del Programa de Examen Piloto, cuyo informe está disponible en el sitio web del DOJ. Al 30 de junio de 2020, 187 países eran partes de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.³⁹

Otras Convenciones Anticorrupción

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (IACAC) fue la primera convención internacional anticorrupción, adoptada en marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, por los miembros de la Organización de Estados Americanos.⁴⁰

La IACAC exige a las partes (entre las que se encuentran los Estados Unidos de América) que tipifiquen como delito tanto el soborno extranjero como el doméstico. Un organismo conocido como el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC) vigila el cumplimiento de la IACAC por las partes. Al 30 de junio de 2020, 33 países eran parte del MESICIC. El Consejo de Europa estableció el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) en 1999 para vigilar el cumplimiento de los países con las normas anticorrupción del Consejo de Europa, incluida la Convención de Derecho Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción.⁴¹

Estas normas incluyen la prohibición de solicitar y recibir sobornos, así como el soborno extranjero. Al 30 de junio de 2020, los estados miembros del GRECO, que no necesitan ser miembros del Consejo de Europa, incluyen 49 países europeos y los Estados Unidos de América.⁴²

Los Estados Unidos de América han sido examinados tanto en el MESICIC como en el GRECO, y los informes generados por esos exámenes están disponibles en el sitio web del DOJ.

Capítulo 2

La FCPA: Disposiciones antisoborno

LA FCPA: DISPOSICIONES ANTISOBORNO

La FCPA aborda el problema de la corrupción internacional de dos maneras: 1) las disposiciones antisoborno, que se examinan más adelante, prohíben a los individuos y a las empresas sobornar a los funcionarios de gobiernos extranjeros para obtener o mantener negocios; y 2) las disposiciones sobre contabilidad, que se examinan en el capítulo 3, imponen a los emisores ciertos requisitos de mantenimiento de registros y de control interno, y prohíben a los individuos y a las empresas falsificar deliberadamente los libros y registros de un emisor o eludir o incumplir con implementar el sistema de controles internos de un emisor. Las violaciones de la FCPA pueden dar lugar a sanciones civiles y penales y a medidas compensatorias como multas, devolución de ganancias ilícitas y/o encarcelamiento.

En general, la FCPA prohíbe los ofrecimientos de pagos, los pagos, las promesas de pago o la autorización de pagos de dinero o cualquier cosa de valor a un funcionario extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión del funcionario extranjero en el desempeño de su función oficial o para obtener cualquier otra ventaja impropia con el fin de obtener o conservar un negocio.⁴³

¿Quién está cubierto por las disposiciones antisoborno?

Las disposiciones antisoborno de la FCPA se aplican ampliamente a tres categorías de personas y entidades: (1) "emisores" y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúan en nombre de un emisor; (2) "empresas nacionales" y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúan en nombre de una empresa nacional; y (3) determinadas personas y entidades, distintas a los emisores y las empresas nacionales, que actúan mientras se encuentran en territorio de los Estados Unidos de América.

Emisores – Artículo 78dd-1 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América

El artículo 30A de la Ley del Mercado de Valores de 1934 (la Ley Bursátil), que puede encontrarse en el Artículo 78dd-1 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América, contiene la disposición antisoborno que rige a los emisores.⁴⁴ Una empresa es un "emisor" según la FCPA si tiene una clase de valores registrada conforme al Artículo 12 de la Ley Bursátil⁴⁵ o está obligada a presentar a la SEC informes periódicos y de otro tipo de conformidad con el Artículo 15(d) de la Ley Bursátil.⁴⁶ En la práctica, esto significa que cualquier empresa con una clase de valores que cotice en una bolsa de valores nacional, o cualquier empresa con una clase de valores que se cotice en el mercado extrabursátil de los Estados Unidos de América y esté obligada a presentar informes periódicos a la SEC, es un emisor.

Por lo tanto, una empresa no necesita ser una empresa estadounidense para ser un emisor. Las empresas extranjeras con Recibos de Depósito Americanos, que se cotizan en una bolsa de valores de los Estados Unidos de América, también son emisores.⁴⁷ Al 31 de diciembre de 2015, 923 empresas extranjeras estaban registradas en la SEC.⁴⁸ Los funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas que actúen en nombre de un emisor (ya sean ciudadanos de los Estados Unidos de América o ciudadanos extranjeros) también pueden ser procesados conforme a la FCPA.⁴⁹

¿Cómo puedo saber si mi empresa es un “Emisor”?

- Se cotiza en una bolsa de valores nacional de los Estados Unidos de América (ya sea en acciones o en Recibos de Depósito Americanos); o
- Sus acciones se negocian en el mercado extrabursátil de los Estados Unidos de América y la empresa está obligada a presentar informes a la SEC.
- Para ver si su empresa presenta informes a la SEC, visite el sitio web de la SEC en <http://www.sec.gov/edgar/searchedgar/webusers.htm>.

Empresas Nacionales – Artículo 78dd-2 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América

La FCPA también se aplica a las “empresas nacionales”.⁵⁰ Una empresa nacional es cualquier persona que sea ciudadano, originario o residente de los Estados Unidos de América, o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial o asociación voluntaria, organización sin personería jurídica o negocio de propietario único, que no sea un emisor, que esté organizado conforme a las leyes de los Estados Unidos de América o sus estados, territorios, posesiones o mancomunidades, o que tenga su domicilio social en los Estados Unidos de América.⁵¹ Los funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas que actúen en nombre de una empresa nacional, incluidos los ciudadanos extranjeros o las empresas extranjeras, también están cubiertos.⁵²

Jurisdicción territorial – Artículo 78dd-3 del Título 15 del Código de los Estados Unidos de América

La FCPA también se aplica a determinados ciudadanos extranjeros o entidades extranjeras que no son emisores o empresas nacionales.⁵³ Desde 1998, las disposiciones antisoborno de la FCPA se han aplicado a las personas extranjeras y entidades extranjeras no emisoras que, ya sea directamente o a través de un agente, realicen cualquier acto para promover el pago de un soborno (o una oferta, promesa o autorización de pago) mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos de América.⁵⁴ Asimismo, los funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas que actúen en nombre de dichas personas o entidades pueden estar sujetos a las disposiciones antisoborno de la FCPA.⁵⁵

¿Qué conducta jurisdiccional activa las disposiciones antisoborno?

Las disposiciones antisoborno de la FCPA pueden aplicarse a conductas tanto dentro como fuera de los Estados Unidos de América. Los emisores y las empresas nacionales, así como sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas, pueden ser procesados por utilizar el correo de los Estados Unidos de América o cualquier medio o dependencia de comercio interestatal para promover un pago corrupto a un funcionario extranjero. La Ley define el “comercio interestatal” como “la industria, el comercio, el transporte o la comunicación entre los varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o embarcación fuera del este...”⁵⁶ El término también incluye el uso intraestatal de cualquier medio de comunicación interestatal, o cualquier otra dependencia interestatal.⁵⁷ Así, pues, hacer una llamada telefónica o enviar un correo electrónico, un mensaje de texto o un fax desde, hacia o a través de los Estados Unidos de América implica un comercio interestatal, al igual que enviar una transferencia electrónica desde o hacia un banco de los Estados Unidos de América o utilizar de otro modo el sistema bancario de los Estados Unidos de América, o viajar a través de las fronteras estatales o internacionalmente hacia o desde los Estados Unidos de América.

Quienes no son emisores o empresas nacionales pueden ser procesados según la FCPA si, en forma directa o a través de un agente, se involucran en algún acto para promover un soborno mientras se encuentran en el territorio estadounidense, independientemente de si utilizan el correo de los Estados Unidos de América o un medio o instrumento de comercio interestatal.⁵⁸ Así, por ejemplo, un ciudadano extranjero que asista a una reunión en los Estados Unidos de América que promueva un plan de soborno extranjero puede ser objeto de un proceso judicial.⁵⁹

Adicionalmente, en virtud de la disposición sobre “jurisdicción alternativa” de la FCPA promulgada en 1998, las empresas o personas de los Estados Unidos de América pueden estar sujetas a las disposiciones antisoborno aunque actúen fuera de los Estados Unidos de América.⁶⁰

Las enmiendas de 1998 a la FCPA ampliaron la cobertura jurisdiccional de la Ley estableciendo una base alternativa para la jurisdicción; es decir, la jurisdicción basada en el principio de la nacionalidad.⁶¹ En particular las enmiendas de 1998 eliminaron el requisito de que se recurriera al comercio interestatal (por ejemplo, por cable, correo electrónico, llamada telefónica) para los actos que promovieran un soborno a un funcionario extranjero por parte de empresas y personas estadounidenses que ocurriesen totalmente fuera de los Estados Unidos de América.⁶²

¿Qué cubre la FCPA?

La FCPA se aplica solo a los pagos, ofertas o promesas hechas con el propósito de: (i) influir en cualquier acto o decisión de un funcionario extranjero en su función oficial, (ii) inducir a un funcionario extranjero a hacer u omitir cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario, (iii) asegurar cualquier ventaja impropia; o (iv) inducir

a un funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o dependencia del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o dependencia.⁶³

Además, el pago, la oferta o la promesa deben hacerse con el fin de ayudar a “obtener o conservar negocios para cualquier persona o conjuntamente con cualquier persona, o para dirigir negocios a cualquier persona”.⁶⁴

Este requisito se conoce como la “prueba de propósito comercial” y se interpreta de manera amplia.⁶⁵ No es sorprendente que muchas acciones ejecutorias impliquen sobornos para obtener o conservar contratos con el gobierno.⁶⁶ La FCPA también prohíbe los sobornos en relación con la realización de negocios o para obtener una ventaja comercial.⁶⁷ Por ejemplo, los pagos de sobornos realizados para asegurar un tratamiento fiscal favorable, para reducir o eliminar los derechos aduaneros, para obtener una acción gubernamental para evitar que los competidores entren en un mercado, o para eludir un requisito de licencia o permiso, pueden todos satisfacer la prueba de propósito comercial.⁶⁸

Caso hipotético: Jurisdicción de la FCPA

La Compañía A, una empresa de Delaware con domicilio social en Nueva York, es una importante compañía de servicios de energía que opera a nivel mundial, inclusive en varios países con un alto riesgo de corrupción tal como el de País Extranjero. Las acciones de la Compañía A se cotizan en una bolsa de valores nacional de los Estados Unidos de América. La Compañía A celebra un acuerdo con una empresa europea (EuroCo) para presentar una oferta conjunta al Ministerio de Petróleo con el fin de construir una refinería en un País Extranjero. EuroCo no es un emisor. Los ejecutivos de la Compañía A y de EuroCo se reúnen en Nueva York para discutir cómo ganar la licitación y deciden contratar a un supuesto consultor tercero (intermediario) y hacer que este utilice parte de su “comisión” para sobornar a altos funcionarios del Ministerio de Petróleo. El intermediario se reúne con los ejecutivos de la Compañía A y EuroCo en Nueva York para ultimar el plan. Finalmente, millones de dólares en sobornos son canalizados desde los Estados Unidos de América y Europa a través del intermediario a funcionarios de alto rango en el Ministerio de Petróleo, y la Compañía A y EuroCo ganan el contrato. Unos años más tarde, aparece en el País Extranjero un artículo en primera plana alegando que el contrato fue obtenido a través de sobornos y el DOJ y la SEC comienzan a investigar si hubo violación de la FCPA.

Con base en estos hechos, ¿qué entidades caen dentro de la jurisdicción de la FCPA?

Todas las entidades caen fácilmente dentro de la jurisdicción de la FCPA. La Compañía A es un “emisor” conforme a la FCPA y el Intermediario es un “agente” de la Compañía A. EuroCo y el Intermediario también están sujetos a la disposición sobre jurisdicción territorial de la FCPA con base en su conducta mientras se encuentran en los Estados Unidos de América.

Ejemplos de medidas adoptadas para obtener o conservar un negocio

- Ganar un contrato
- Influir en el proceso de adquisición
- Eludir las normas para la importación de productos
- Obtener acceso a información sobre licitaciones no públicas
- Evadir impuestos o multas
- Influir en la adjudicación de denuncias o de acciones ejecutorias
- Obtener excepciones a los reglamentos
- Evitar la rescisión del contrato

En el 2004, la Corte Superior del Quinto Circuito de los Estados Unidos de América abordó la prueba del propósito comercial en el caso Estados Unidos de América c. Kay y sostuvo que los sobornos pagados para obtener un tratamiento fiscal favorable — que reducía los derechos de aduana y los impuestos gravados sobre las ventas de las importaciones de una empresa— podían constituir pagos realizados para “obtener o conservar” negocios de conformidad con lo establecido en la FCPA.⁶⁹

La corte explicó que al promulgar la FCPA, “el Congreso pretendía prohibir un rango de pagos más amplio que solo los que influyen directamente en la adquisición o retención de contratos con el gobierno o arreglos comerciales o industriales similares”.⁷⁰

La corte a cargo del caso de Kay detectó que “el objetivo del Congreso era el soborno pagado para generar asistencia en mejorar las oportunidades de negocios del pagador o su beneficiario, independientemente de si esa asistencia era directa o indirecta, e independientemente de si estaba relacionada con la administración de la ley, con la adjudicación, la prórroga o la renovación de un contrato, o la suscripción o preservación de un acuerdo”.⁷¹

En consecuencia, Kay sostuvo que los pagos para obtener un tratamiento fiscal favorable pueden, en circunstancias apropiadas, violar la FCPA:

Evitar o rebajar los impuestos reduce los costos de operación y por lo tanto incrementa los márgenes de ganancia y, de esta manera, se liberan fondos que la empresa está legalmente obligada a gastar. Y esto, a su vez, le permite a la empresa realizar cualquier número de acciones en desventaja de los competidores. Sobornar a funcionarios extranjeros para que reduzcan los impuestos y los derechos de aduana puede ciertamente proporcionar una ventaja injusta sobre los competidores y, por lo tanto, ayudar al pagador a obtener o conservar un negocio.

Nosotros sostenemos que el Congreso pretendía que la FCPA se aplicara ampliamente a los pagos destinados a ayudar al pagador, ya sea directa o indirectamente, a obtener o conservar negocios para alguna persona, y que los sobornos pagados a funcionarios fiscales extranjeros para asegurar la reducción ilegal

de la responsabilidad aduanera y fiscal constituyen un tipo de pago que puede encuadrar dentro de esta amplia cobertura.⁷²

Pago de sobornos a funcionarios de aduanas

En el 2010, una empresa mundial de transporte de mercancías y seis de sus clientes corporativos del sector de petróleo y gas resolvieron los cargos de que pagaron sobornos a funcionarios de aduanas. Las empresas sobornaron a funcionarios de aduanas en más de diez países a cambio de beneficios tales como:

- evadir los derechos de aduana sobre las mercancías importadas
- agilizar indebidamente la importación de bienes y equipos
- prorrogar los contratos de perforación y rebajar la acotación tributaria
- obtener documentación falsa relacionada con los permisos de importación temporal de equipos de perforación
- permitir la liberación de equipos de perforación y otros equipos de los funcionarios de aduanas

En muchos casos, los pagos indebidos en cuestión permitieron a la empresa llevar a cabo sus negocios existentes, lo que se enmarcaba dentro de la prohibición de la FCPA de realizar pagos de sobornos con el fin de “conservar” negocios. Las siete empresas pagaron en total más de USD 235 millones en sanciones civiles y penales y en devolución de ganancias ilícitas.

En resumen, aunque la FCPA no abarca todos los tipos de soborno que se pagan en todo el mundo para toda clase de fines, sí se aplica ampliamente a los sobornos que se pagan para ayudar a obtener o conservar negocios, que pueden incluir los pagos realizados para asegurar una amplia variedad de ventajas comerciales injustas.⁷³

¿Qué significa “de forma corrupta”?

Para infringir la FCPA, deberá hacerse “de forma corrupta”⁷⁴ una oferta, promesa o autorización de un pago, o un pago, a un funcionario del gobierno. Como el Congreso lo señaló al adoptar la FCPA, la expresión “de forma corrupta” significa una intención o deseo de ejercer influencia ilícita sobre el receptor.

La palabra “de forma corrupta” se utiliza para aclarar que la oferta, el pago, la promesa o el obsequio debe tener por objeto inducir al receptor a hacer un uso indebido de su cargo oficial; por ejemplo, dirigir ilícitamente negocios al pagador o a su cliente, obtener legislación o reglamentos preferenciales, o inducir a un funcionario extranjero a dejar de desempeñar una función oficial.⁷⁵

Cuando existe una intención corrupta, la FCPA prohíbe pagar, ofrecer o prometer el pago de dinero o cualquier cosa de valor (o autorizar el pago, la oferta o la promesa).⁷⁶ Al centrarse en la intención, la FCPA no exige que un acto corrupto tenga éxito en su propósito.⁷⁷ Tampoco debe el funcionario extranjero solicitar, aceptar o recibir

realmente el pago corrupto para que el pagador del soborno sea responsable.⁷⁸ Por ejemplo, en un caso, un corredor de bienes raíces comerciales con sede en Nueva York prometió a un intermediario que pagaría un soborno de USD 2.5 millones —y de hecho pagó USD 500,000 al intermediario como anticipo— a un funcionario del gobierno del fondo de riqueza soberana de un país del Oriente Medio con el fin de inducir a dicho fondo a comprar un complejo de edificios de oficinas de USD 800 millones propiedad del cliente del corredor. Sin embargo, sin que el agente de bienes raíces lo supiera, el intermediario no tenía ninguna relación con el funcionario extranjero y simplemente se quedó con el pago de 500,000 dólares. Aunque no había ningún funcionario extranjero que recibiera realmente el soborno, el acusado fue condenado por violar la FCPA.⁷⁹

Además, siempre que la oferta, promesa, autorización o pago se haga de manera corrupta, el actor no tiene por qué conocer la identidad del receptor; el intento es suficiente.⁸⁰ Así pues, un ejecutivo que autoriza a otros a pagar “a quien sea necesario” en un gobierno extranjero para obtener un contrato, ha violado la FCPA, aunque en última instancia no se ofrezca ni se pague ningún soborno.

¿Qué significa “intencionalmente” y cuándo se aplica?

Para que un acusado individual sea responsable penalmente conforme a la FCPA, debe actuar “intencionalmente”.⁸¹ No se requiere prueba de intencionalidad para establecer la responsabilidad penal o civil de la empresa⁸², aunque sí se requiere prueba de intención de corrupción.

El término “intencionalmente” no está definido en la FCPA, pero los juzgados lo han interpretado de manera general para connotar un acto cometido en forma voluntaria y deliberada, y con una mala intención; es decir, con “conocimiento de que [un acusado] estaba cometiendo un acto “malo” según las normas generales del derecho.⁸³ Como lo explicó la Corte Suprema en el caso *Bryan c. Estados Unidos de América*, “como norma general, cuando se le usa en el contexto penal, un acto ‘intencional’ es el que se realiza con un ‘mal propósito’. En otras palabras, para establecer una violación ‘deliberada’ de una ley, “el Gobierno debe probar que el acusado actuó a sabiendas de que su conducta era ilegal”.⁸⁴

En particular, como lo han determinado las cortes superiores del Segundo y del Quinto Circuito, la FCPA no exige que el gobierno demuestre que el acusado tenía conocimiento específico de la FCPA o que sabía que su conducta violaba la FCPA.⁸⁵ Para ser culpable, un acusado debe actuar con un mal propósito; es decir, tener la noción general de que su conducta es ilegal.

¿Qué significa “cualquier cosa de valor”?

Al promulgar la FCPA, el Congreso reconoció que los sobornos pueden presentarse de muchas formas y tamaños —una vasta gama de beneficios injustos⁸⁶— y por ello la ley prohíbe la “oferta, el pago, la promesa de pago o la autorización de pago realizados con fines corruptos, de cualquier dinero, u oferta, promesa de regalo o

autorización de la entrega de cualquier cosa de valor a “un funcionario extranjero”.⁸⁷ Si bien los casos a menudo entrañan pagos en efectivo (a veces con apariencia de “honorarios de consultoría” o “comisiones” otorgados a través de intermediarios), otros han involucrado gastos de viaje y regalos costosos. Al igual que la ley nacional sobre el soborno, la FCPA no contiene un monto de umbral mínimo para los regalos o pagos corruptos.⁸⁸ De hecho, lo que en Estados Unidos de América podría considerarse un pago modesto, en un país extranjero podría ser un monto mayor y mucho más significativo.

Independientemente del tamaño, para que un regalo u otro pago infrinja la ley, el pagador debe tener una intención corrupta; es decir, la intención de influir indebidamente en el funcionario del gobierno. El requisito de intención corrupta protege a las empresas que se dedican a la promoción ordinaria y legítima de sus negocios, al mismo tiempo que se centra en la conducta que pretende inducir indebidamente a los funcionarios a abusar de su cargo. Por lo tanto, es difícil imaginar cualquier escenario en el que la entrega de tazas de café, pasajes de taxi o artículos promocionales de la empresa con valor nominal pudiesen alguna vez demostrar una intención corrupta, y ni el DOJ ni la SEC han llevado a cabo jamás una investigación con base en esa conducta. Además, como en todas las áreas de aplicación de la ley federal, el DOJ y la SEC ejercen discreción para decidir qué casos promueven las prioridades de aplicación de la ley y justifican la investigación. Sin embargo, han surgido ciertas pautas: Las medidas de aplicación de la ley antisoborno del DOJ y la SEC se han centrado en los pagos pequeños y en los regalos solo cuando forman parte de una línea de conducta sistémica o de larga data que pone de manifiesto un plan para pagar de manera ilícita a funcionarios extranjeros con el fin de obtener o mantener negocios. Estas evaluaciones necesariamente se basan en cada hecho concreto.

Efectivo

La forma más obvia de pago corrupto es la de grandes sumas de dinero en efectivo. En algunos casos, las empresas han mantenido fondos en efectivo destinados específicamente a ser utilizados como sobornos. Una empresa brasileña accionista de un emisor de los Estados Unidos de América desarrolló y operó una estructura financiera secreta que funcionaba para efectuar y dar cuenta de pagos corruptos a funcionarios extranjeros. Entre otros métodos que la empresa utilizaba, transfería fondos a cambistas brasileños (doleiros) que retiraban las sumas en efectivo y las entregaban a los funcionarios.⁸⁹ En otro caso, una empresa conjunta (*joint venture*), conformada por cuatro compañías, utilizó a su agente para pagar USD 5 millones en sobornos a un partido político nigeriano.⁹⁰ Los pagos se hacían al agente en maletas de efectivo (normalmente en armadas de USD 1 millón y, en un caso, en el maletero de un coche cuando el efectivo no cabía en una maleta.⁹¹

mmp
María del Carmen Pizarro Saboga
CTP N.º 0051

Regalos, viajes, invitaciones y otras cosas de valor

Un pequeño regalo o muestra de estima o gratitud es a menudo una forma apropiada para que los empresarios muestren respeto por los demás. Las siguientes son algunas características distintivas de una donación apropiada: el regalo se entrega en forma abierta y transparente, se asienta adecuadamente en los libros y registros del donante, se proporciona solo para reflejar la estima o gratitud y está permitido por la ley local.

Es poco probable que los artículos de valor nominal, como el precio del taxi, las comidas y los gastos de representación razonables, o los artículos promocionales de la empresa, influyan indebidamente en un funcionario y, por consiguiente, no son, sin más, artículos que hayan dado lugar a una acción de aplicación de la ley por parte del DOJ o la SEC. Sin embargo, cuanto más grande o extravagante sea el regalo, es más probable que se haya dado con un propósito impropio. Así, pues, en los casos de aplicación de la ley por parte del DOJ y de la SEC, se han dado casos aislados de entrega de regalos grandes y extravagantes (como coches deportivos, abrigos de piel y otros artículos de lujo), así como regalos generalizados de artículos más pequeños como parte de un patrón de sobornos.⁹² Por ejemplo, en un caso reciente, una empresa de energía que cotiza en la bolsa de los Países Bajos resolvió con el Departamento de Justicia sobre los sobornos que pagó y que incluían regalos extravagantes como el pago de viajes de funcionarios extranjeros a eventos deportivos y el suministro de "dinero para gastos", el pago de la matrícula escolar de los hijos de funcionarios extranjeros y el envío de vehículos de lujo a funcionarios extranjeros.⁹³

En otro caso presentado por el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores, un acusado entregó a un funcionario del gobierno una cuota de socio de un club de campo y un generador, así como los gastos de mantenimiento de la unidad familiar, el pago de facturas del teléfono celular, un automóvil por valor de USD 20,000 y servicios de limusina. El mismo funcionario recibió también USD 250,000 a través de un agente externo.⁹⁴ Tanto el Departamento de Justicia como la Comisión de Bolsa y Valores han presentado casos en los que estos tipos de gastos se produjeron en conjunción con otras conductas que reflejaron un soborno sistémico u otros claros indicios de intención de corrupción.

Un caso que involucra a un "emisor" de una empresa de telecomunicaciones con sede en Suecia ilustra los tipos de gastos de viaje y de representación impropios que pueden infringir la FCPA. A partir de la década de 1990 y hasta por lo menos el año 2013, la empresa pagó millones de dólares a diversos terceros, una parte de los cuales se utilizó para pagar regalos, viajes e invitaciones, incluidos viajes al extranjero a funcionarios del gobierno chino con el fin de obtener negocios con empresas estatales de telecomunicaciones. Aunque una parte de los viajes era supuestamente para que las personas participaran en la capacitación en las instalaciones de la empresa, en realidad, en muchos de esos viajes no se impartió capacitación y la empresa no tenía instalaciones en esos lugares. Esos viajes incluyeron, entre otros, un crucero de lujo por el Caribe y viajes a Las Vegas y Londres. La empresa también caracterizó erróneamente los pagos de esos viajes en sus libros y registros internos.⁹⁵ Asimismo, una empresa de telecomunicaciones con sede en Nueva Jersey gastó

mcp
María del Carmen Pizarro Saboga,
CTP N° 0051

millones de dólares en aproximadamente 315 viajes para funcionarios del gobierno chino, aparentemente para inspeccionar fábricas y capacitar a los funcionarios en el uso de los equipos de la empresa.⁹⁶ En realidad, durante muchos de esos viajes, los funcionarios dedicaron poco o ningún tiempo a visitar las instalaciones de la empresa; más bien visitaron destinos turísticos como Hawái, Las Vegas, el Gran Cañón, las Cataratas del Niágara, Disney World, Universal Studios y la ciudad de Nueva York.⁹⁷

Algunos de los viajes fueron descritos como “inspecciones de fábricas” o “capacitación” con clientes del gobierno; sin embargo, consistieron principalmente o en su totalidad de visitas turísticas a lugares elegidos por los funcionarios, que normalmente duraban dos semanas y costaban entre USD 25,000 y USD 55,000 por viaje. En algunos casos, la empresa entregaba a los funcionarios del gobierno entre USD 500 y USD 1,000 diarios para que gastaran dinero y pagaran todos los gastos de alojamiento, transporte, comida y representación. O bien la empresa incumplió con registrar estos gastos o los asentó de manera incorrecta como “honorarios de asesoramiento” en sus libros y registros corporativos. La compañía tampoco implementó controles internos apropiados para monitorear la provisión de viajes y otros objetos de valor a los funcionarios del gobierno chino.⁹⁸

Las empresas también pueden infringir la ley FCPA si efectúan pagos o entrega de regalos a terceros, tales como los familiares de un funcionario, como una manera indirecta de influir de manera impropia en un funcionario extranjero. Por ejemplo, un acusado pagó facturas personales y entregó billetes de avión a un primo y amigo íntimo del funcionario extranjero cuya influencia buscó para obtener contratos.⁹⁹

El acusado fue condenado en el juicio y recibió una sentencia de prisión.¹⁰⁰ En otro ejemplo, una subsidiaria de Hong Kong de un banco con sede en Suiza se involucró en un plan sistemático para contratar, ascender y retener a los hijos de los funcionarios chinos con el fin de atraer/conservar negocios con esos funcionarios.¹⁰¹ A la larga, la compañía tuvo que devolver aproximadamente USD 30 millones de beneficios mal habidos y pagó una multa penal de USD 47 millones por sus infracciones a la FCPA.

Ejemplos de viajes e invitaciones inapropiados

- un viaje de cumpleaños de USD 12,000 para un funcionario responsable de adoptar decisiones del gobierno de México que incluyó visitas a bodegas y cenas
- USD 10,000 gastados en cenas, bebidas e invitaciones para un funcionario del gobierno
- Un viaje a Italia para ocho funcionarios del gobierno iraquí que consistió principalmente en visitas turísticas e incluía USD 1,000 para gastos personales para cada funcionario
- un viaje a París para un funcionario del gobierno y su esposa que consistió principalmente de actividades turísticas a través de un vehículo con chofer.

Como parte de un programa de cumplimiento efectivo, una empresa debe contar con directrices y procesos claros y de fácil acceso para la entrega de regalos por parte de los directores, funcionarios, empleados y agentes de la empresa. Aunque no son necesariamente apropiados para todas las empresas, muchas de las empresas más grandes tienen procesos automatizados de autorización para la entrega de regalos y han establecido umbrales monetarios claros para los regalos, junto con limitaciones anuales, con excepciones limitadas para los regalos aprobados por la gerencia apropiada. Las directrices y los procesos claros pueden ser medios eficaces y eficientes para controlar la entrega de regalos, disuadir de hacer regalos impropios y proteger los activos de la empresa. La FCPA no prohíbe la entrega de regalos. Más bien, al igual que sus contrapartes nacionales en materia de soborno, la FCPA prohíbe el pago de sobornos, incluidos aquellos a los que se dio la apariencia de regalos.

Contribuciones benéficas

Las empresas suelen hacer donaciones benéficas como parte de la divulgación local legítima. La FCPA no prohíbe las contribuciones caritativas ni impide que las empresas actúen como buenos ciudadanos corporativos. Sin embargo, las compañías no pueden usar la pretensión de las contribuciones caritativas como una forma de canalizar sobornos a los funcionarios del gobierno. Por ejemplo, una empresa farmacéutica utilizó donaciones de caridad a una pequeña organización benéfica local de restauración de castillos encabezada por un funcionario de un gobierno extranjero para inducir al funcionario a dirigir sus negocios a la empresa. Aunque la organización de beneficencia era de buena fe, en los documentos internos de la filial de la empresa farmacéutica se establecía que los pagos no se consideraban contribuciones de beneficencia sino más bien "cuotas" que la filial debía pagar por la asistencia del funcionario del gobierno. Los pagos constituían una parte importante del presupuesto total de donaciones de promoción de la filial y estaban estructurados de manera que esta pudiera superar sus límites autorizados. Los pagos tampoco se ajustaban a las políticas internas de la empresa, que disponían que las donaciones de carácter benéfico debían hacerse en general a instituciones de atención de la salud y estar relacionadas con la práctica de la medicina.¹⁰²

Caso hipotético: Obsequios, viajes e invitaciones

La Compañía A es una gran empresa de ingeniería de los Estados Unidos de América con operaciones globales en más de 50 países incluyendo algunos que tienen un alto riesgo de corrupción, como País Extranjero. Las acciones de la empresa A se cotizan en una bolsa nacional de los Estados Unidos de América. En la realización de sus actividades comerciales a nivel internacional, los funcionarios y empleados de la empresa A mantienen contactos regulares con funcionarios extranjeros, incluidos los funcionarios de diversos ministerios y entidades estatales. En una feria comercial, la empresa A tiene un stand en el que ofrece gratuitamente bolígrafos, gorras, camisetas y otros artículos promocionales similares con el logotipo de la empresa A. La Compañía A también sirve café, otras bebidas y aperitivos gratuitos en el stand. Algunos de los visitantes del stand son funcionarios extranjeros.

¿Está la Compañía A infringiendo la FCPA?

No. Estos son gastos legítimos y de buena fe efectuados en relación con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de la Compañía A. No hay nada que sugiera intenciones corruptas aquí. La FCPA no impide que las compañías promuevan sus negocios de esta manera o provean hospitalidad legítima, incluso a funcionarios extranjeros. Ofrecer artículos promocionales con los logotipos de la compañía o bocadillos gratuitos como se establece anteriormente es un medio apropiado para brindar hospitalidad y promover los negocios. Esa conducta nunca ha constituido la base de una acción coercitiva de cumplimiento de ejecución de la FCPA.

En la feria, la Compañía A invita a una docena de clientes reales y potenciales a tomar unas copas y paga la cuenta moderada del bar. Algunos de los clientes reales y potenciales son funcionarios extranjeros conforme a la FCPA. ¿Está la Compañía A infringiendo la FCPA?

No. De nuevo, la FCPA no fue diseñada para prohibir todas las formas de hospitalidad a los funcionarios extranjeros. Aunque el costo aquí puede ser más sustancial que las bebidas, los bocadillos y los artículos promocionales ofrecidos en el stand, y los invitados específicamente seleccionados, todavía no hay nada que sugiera una intención corrupta.

Hace dos años, la Compañía A ganó un contrato a largo plazo para suministrar bienes y servicios a la Comisión de Electricidad de propiedad estatal en el extranjero. La Comisión de Electricidad es 100 % de propiedad, controlada y operada por el gobierno de un País Extranjero y los empleados de la Comisión de Electricidad están sujetos a las leyes nacionales de soborno del País Extranjero. Algunos ejecutivos de la Compañía A se encuentran en el extranjero para reunirse con funcionarios de la Comisión de Electricidad. El Director General de la Comisión de Electricidad se casó recientemente y, durante el viaje, los ejecutivos de la Compañía A presentan un jarrón de cristal de precio moderado al Director General como regalo de bodas y muestra de estima. ¿Está la Compañía A en violación de la FCPA?

No. Es apropiado dar regalos razonables a los funcionarios extranjeros como muestra de estima o gratitud. Es importante que tales regalos se hagan de forma abierta y transparente, se asienten adecuadamente en los libros y registros de la empresa, y se den solo cuando sea apropiado según la ley local, habituales cuando se entreguen, y razonables para la ocasión.

Durante el curso del contrato descrito anteriormente, la Compañía A imparte periódicamente capacitación a los empleados de la Comisión de Electricidad en sus instalaciones en Michigan. La capacitación es pagada por la Comisión de Electricidad como parte del contrato. Los altos funcionarios de la Comisión de Electricidad informan a la Compañía A que desean inspeccionar las instalaciones y asegurarse de que la capacitación funciona de forma correcta. La

Empresa A paga el billete de avión, el hotel y el transporte para que los altos funcionarios de la Comisión de Electricidad viajen a Michigan para inspeccionar las instalaciones de la Empresa A. Dado que se trata de un vuelo internacional prolongado, la Empresa A acepta pagar el pasaje aéreo en clase ejecutiva, al que tienen derecho sus propios empleados por los vuelos prolongados. Los funcionarios extranjeros visitan Michigan durante varios días, durante los cuales los altos funcionarios realizan una inspección adecuada. Los ejecutivos de la Compañía A llevan a los funcionarios a una cena a precio moderado, a un partido de béisbol y a una obra de teatro. ¿Alguna de estas acciones infringe la FCPA?

No. Ni los costos relacionados con la capacitación de los empleados, ni el viaje de los altos funcionarios a las instalaciones de la Compañía para inspeccionarlas, infringen la FCPA. Los gastos de promoción razonables y de buena fe no transgreden la FCPA. Aquí, la Compañía A está capacitando a los empleados de la Comisión de Electricidad y está alojando a los altos funcionarios de la Comisión de Electricidad. Su revisión de la ejecución y el cumplimiento del contrato son un propósito comercial legítimo. Incluso la provisión de billetes de avión en clase ejecutiva es razonable en estas circunstancias, al igual que las comidas y las invitaciones, que son solo un pequeño componente del viaje de negocios.

¿Será diferente este análisis si la Compañía A pagara en cambio a los altos funcionarios para que viajaran en primera clase con sus cónyuges para un viaje de una semana a Las Vegas con todos los gastos pagados, donde la Compañía A no tiene instalaciones?

Sí. Esta conducta casi seguro que viola la FCPA porque evidencia una intención corrupta. Aquí, el viaje no parece estar diseñado para ningún propósito comercial legítimo, es extravagante, incluye gastos para los cónyuges de los funcionarios y por lo tanto parece estar diseñado para corromper el favor de los funcionarios del gobierno extranjero. Además, si el viaje se contabilizara como un gasto comercial legítimo, como la provisión de capacitación en sus instalaciones, la Compañía A también estaría violando las disposiciones contables de la FCPA. Adicionalmente, esta conducta sugiere deficiencias en los controles internos de la Compañía A.

El contrato de la Compañía A con la Comisión de Electricidad va a expirar y la Comisión de Electricidad está ofreciendo el siguiente contrato a través de su proceso de licitación. Un empleado de la Comisión de Electricidad se pone en contacto con la Compañía A y ofrece brindar a la Compañía A información confidencial y no pública de los competidores de la Compañía A si la Compañía A paga unas vacaciones en París para él y su novia. Los empleados de la Compañía A acceden a la solicitud del funcionario, pagan las vacaciones, reciben la información confidencial de la oferta y, sin embargo, no ganan el contrato. ¿Ha infringido la Compañía A la FCPA? Sí. La Compañía A ha entregado cosas de valor a un funcionario extranjero con el propósito de

inducirlo a hacer un mal uso de su cargo y obtener una ventaja impropia. No importa que haya sido el funcionario extranjero el primero en sugerir la conducta ilegal o que la Compañía A no haya logrado ganar el contrato. Esta conducta también violaría las disposiciones contables de la FCPA si el viaje se contabilizara como un gasto comercial legítimo y sugiriera deficiencias en los controles internos de la Compañía A.

La diligencia debida y los controles adecuados son fundamentales para las donaciones caritativas. En general, la idoneidad de las medidas adoptadas para evitar el uso indebido de las donaciones caritativas dependerá de un análisis basado en el riesgo y de los hechos concretos de que se trate. En la publicación del Procedimiento de Opinión N.º 10-02, el DOJ describió la diligencia debida y los controles que pueden minimizar la probabilidad de una violación de la FCPA. En este asunto, una agencia de un gobierno extranjero pidió a una subsidiaria con sede en Eurasia de una organización no gubernamental de los Estados Unidos de América que hiciera una donación a una institución microfinanciera local (IMF) como requisito previo a la transformación de la subsidiaria en un banco. La subsidiaria propuso aportar USD 1.42 millones a una institución de microfinanciación local para satisfacer la solicitud. La filial emprendió un amplio proceso de diligencia debida en tres etapas para seleccionar al beneficiario propuesto e impuso importantes controles sobre la subvención propuesta; entre ellos, la vigilancia y la auditoría permanentes, la asignación de fondos para el fomento de la capacidad, la prohibición de remunerar a los miembros del directorio y la aplicación de disposiciones de cumplimiento de las normas contra la corrupción. El DOJ explicó que no tomaría ninguna acción ejecutoria porque la diligencia debida de la empresa y los controles que tenía previsto establecer eran suficientes para evitar una infracción de la FCPA.

Otros comunicados de opinión también se refieren a subvenciones o donaciones de tipo benéfico. En virtud de los hechos presentados en esos comunicados, el Departamento de Justicia aprobó la propuesta de subvención o donación,¹⁰³ basada en medidas de diligencia debida y controles tales como:

- certificaciones del destinatario en relación con el cumplimiento de la FCPA;¹⁰⁴
- la diligencia debida para confirmar que ninguno de los funcionarios del destinatario estaba afiliado al gobierno extranjero en cuestión;¹⁰⁵
- un requisito para que el receptor proporcione estados financieros verificados;¹⁰⁶
- un acuerdo por escrito con el receptor para restringir el uso de los fondos;¹⁰⁷
- medidas para asegurar que los fondos fueron transferidos a una cuenta bancaria válida;¹⁰⁸
- la confirmación de que los compromisos de la organización benéfica fueron satisfechos antes de que se desembolsaran los fondos;¹⁰⁹ y
- la vigilancia continua de la eficacia del programa.¹¹⁰

Las donaciones caritativas legítimas no infringen la FCPA. El cumplimiento de la FCPA solo requiere que las donaciones caritativas no se utilicen como un vehículo para ocultar los pagos realizados para influir de manera inapropiada (corrupta) en funcionarios extranjeros.

Cinco preguntas que hay que considerar cuando se hacen pagos con fines benéficos en un país extranjero;

1. ¿Cuál es el propósito del pago?
2. ¿Tiene el pago coherencia con las directrices internas de la compañía sobre donaciones benéficas?
3. ¿El pago es a petición de un funcionario extranjero?
4. ¿Está un funcionario extranjero asociado con la organización benéfica y, en caso afirmativo, ¿puede el funcionario extranjero tomar decisiones con respecto a su negocio en ese país?
5. ¿Está el pago condicionado a la recepción de beneficios comerciales o de otro tipo?

¿Quién es un Funcionario Extranjero?

Las disposiciones antisoborno de la FCPA se aplican a los pagos corruptos realizados a (1) "cualquier funcionario extranjero"; (2) "cualquier partido político extranjero o funcionario de este"; (3) "cualquier candidato a un cargo político extranjero"; o (4) cualquier persona, a sabiendas de que la totalidad o una parte del pago se ofrecerá, entregará o prometerá a un individuo que se encuentre dentro de una de estas tres categorías.¹¹¹ Aunque el estatuto distingue entre "funcionario extranjero", "partido político extranjero o funcionario de este" y "candidato a un cargo político extranjero", el término "funcionario extranjero" en la presente guía se refiere en general a un individuo que está comprendido dentro de cualquiera de estas tres categorías.

La FCPA define "funcionario extranjero" para incluir a: cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o cualquier departamento, organismo o dependencia de este, o de una organización internacional pública, o cualquier persona que actúe con carácter oficial para o en nombre de dicho gobierno o departamento, organismo o dependencia, o para o en nombre de dicha organización internacional pública.¹¹²

Como este lenguaje lo aclara, la FCPA se aplica ampliamente a los pagos corruptos a "cualquier" funcionario o empleado de un gobierno extranjero y a aquellos que actúan en nombre del gobierno extranjero.¹¹³ Por lo tanto, la FCPA comprende los pagos corruptos a empleados de bajo rango y a los funcionarios de alto nivel por igual.¹¹⁴

La FCPA prohíbe los pagos a funcionarios extranjeros, no a gobiernos extranjeros.¹¹⁵ Dicho esto, las empresas que contemplan la posibilidad de efectuar contribuciones o donaciones a gobiernos extranjeros deben tomar medidas para asegurarse de que ningún dinero se utilice para fines corruptos, como el beneficio personal de funcionarios extranjeros individuales.

Departamento, agencia o dependencia de un gobierno extranjero

Los funcionarios extranjeros según la FCPA incluyen a los funcionarios o empleados de un departamento, agencia o dependencia de un gobierno extranjero. Cuando un gobierno extranjero se organiza de manera similar al sistema de los Estados Unidos de América, lo que constituye un departamento o agencia gubernamental suele estar claro (por ejemplo, un ministerio de energía, una agencia de seguridad nacional o una autoridad de transporte).¹¹⁶ Sin embargo, los gobiernos pueden organizarse de maneras muy diferentes.¹¹⁷ Muchos operan a través de entidades de propiedad del estado y están controladas por el estado, particularmente en áreas como la manufactura aeroespacial y de defensa, la banca y las finanzas, el cuidado de la salud y las ciencias biológicas, la energía y las industrias extractivas, las telecomunicaciones y el transporte.¹¹⁸ Al incluir a los funcionarios o empleados de agencias e instrumentos dentro de la definición de "funcionario extranjero", la FCPA da cuenta de esta variabilidad.

El término "dependencia" es amplio y puede incluir a entidades de propiedad estatal o controladas por el Estado. Para determinar si una entidad en particular constituye una "dependencia" según la FCPA, es necesario un análisis concreto de los hechos referentes a la propiedad, el control, la situación y la función de una entidad.¹¹⁹ El Undécimo Circuito abordó la definición de "dependencia" en el caso "Estados Unidos de América c. Esquenazi", que estaba relacionado a la empresa de telecomunicaciones de propiedad y control estatal de Haití.¹²⁰ El Undécimo Circuito llegó a la conclusión de que una "dependencia" según la FCPA es "una entidad controlada por el gobierno de un país extranjero que desempeña una función que el gobierno controlador trata como propia".¹²¹ Aunque la corte observó que esta prueba es una investigación limitada por los hechos, estableció la siguiente lista no exhaustiva de factores para determinar si el gobierno "controla" a una entidad:

- la designación oficial de esa entidad por un gobierno extranjero;
- si el gobierno tiene una participación mayoritaria en la entidad;
- la capacidad del gobierno para contratar y despedir a los directores de la entidad;
- la medida en la que las utilidades de la entidad, de haberlas, van directamente a las cuentas fiscales del gobierno y, por la misma razón, la medida en la que el gobierno financia a la entidad si no alcanza el punto de equilibrio; y
- el tiempo durante el cual esos indicios han existido.¹²²

Para determinar si la entidad desempeña una función que el gobierno trata como propia, el Undécimo Circuito enumeró los siguientes factores no exhaustivos:

- si la entidad tiene un monopolio sobre la función por cuyo desempeño existe;
- si el gobierno subvenciona los costos relacionados con la entidad que presta servicios;
- si la entidad presta servicios al público en general en el país extranjero; y

- si el público y el gobierno de ese país extranjero perciben en general que la entidad desempeña una función gubernamental.¹²³

En adición a esto, varias cortes de otros circuitos han aprobado instrucciones finales para el jurado que establecen una lista similar y no exclusiva de factores a tener en cuenta.¹²⁴

Las compañías deben considerar estos factores al evaluar el riesgo de violaciones de la FCPA y diseñar programas de cumplimiento.

El DOJ y la SEC han iniciado acciones en casos que involucran a dependencias desde el momento de la promulgación de la FCPA y han utilizado por mucho tiempo un análisis de propiedad, control, situación y función para determinar si una entidad en particular es un organismo o dependencia de un gobierno extranjero. Por ejemplo, el segundo caso de la FCPA imputado por el DOJ implicó a una empresa de California que pagó sobornos a través de una empresa mexicana a dos ejecutivos de una empresa petrolera nacional mexicana de propiedad estatal.¹²⁵ Y a principios de 1980, el DOJ y la SEC interpusieron denuncias por un soborno de un millón de dólares que involucraba al presidente de la autoridad de regatas de Trinidad y Tobago.¹²⁶

El DOJ y la SEC continúan presentando denuncias relativas a la FCPA por sobornos pagados a empleados de agencias y dependencias de gobiernos extranjeros. En uno de esos casos, la filial de una empresa suiza de ingeniería pagó sobornos a funcionarios de una comisión de electricidad de propiedad y control estatal. La comisión era de creación, propiedad y control del gobierno mexicano y ejercía monopolio sobre la transmisión y distribución de electricidad en México. Muchos de los miembros del directorio de la comisión eran funcionarios del gobierno a nivel de gabinete y el director había sido nombrado por el presidente de México.¹²⁷ Similarmente, en el caso que involucró a la empresa de telecomunicaciones de propiedad y control estatal de Haití, los ejecutivos de telecomunicaciones de Miami fueron acusados de pagar sobornos a los empleados de la empresa de telecomunicaciones. El gobierno de Haití detentaba el 97 % de la propiedad y el 100 % del control de la empresa de telecomunicaciones. Haití otorgó a la empresa un monopolio del servicio de telecomunicaciones y le concedió una serie de ventajas tributarias. El Director General de la compañía fue escogido por el Presidente Haitiano con el consentimiento del Primer Ministro de Haití y los ministros de obras públicas y finanzas económicas conjuntamente con el Presidente haitiano nombraron a todos los miembros del directorio de la empresa de telecomunicaciones.¹²⁸

Si bien ningún factor es determinante o necesariamente más importante que otro, como cuestión práctica, es poco probable que una entidad pueda calificarse de instrumento si un gobierno no posee o controla la mayoría de sus acciones. Sin embargo, existen circunstancias en las que una entidad calificaría como un instrumento si no detentara el 50 % o más de la propiedad de un gobierno extranjero, lo cual se refleja en un número limitado de acciones ejecutorias del DOJ o la SEC que se interponen en esas situaciones. Por ejemplo, además de ser condenada por canalizar millones de dólares en sobornos a dos presidentes en ejercicio en dos

países diferentes, las tres afiliadas de un emisor francés fueron condenadas por pagar sobornos a los empleados de una empresa de telecomunicaciones de Malasia que era propiedad en un 43 % del Ministerio de Finanzas de ese país. Allí, a pesar de su participación minoritaria en la empresa, el Ministerio tenía la condición de "accionista especial", tenía poder de veto sobre todos los gastos materiales y controlaba las decisiones operativas importantes.¹²⁹ Adicionalmente, la mayoría de los altos funcionarios de la empresa eran designados por razones políticas; entre ellos, el Presidente del Directorio del Comité de Licitación y el Director Ejecutivo.¹³⁰ Así pues, a pesar de que el gobierno de Malasia tenía una posición de accionista minoritario, la empresa era un instrumento del gobierno de Malasia, ya que este ejercía un control importante sobre la empresa.

Las compañías y las personas también deben recordar que, tanto si una entidad es un instrumento de un gobierno extranjero, como si es una entidad privada, el soborno comercial (es decir, entre particulares) aún puede infringir las disposiciones de contabilidad de la FCPA, la Ley de Viajes, las leyes contra el lavado de dinero y otras leyes federales o extranjeras. En ese sentido, cualquier tipo de pago corrupto conlleva un riesgo de procesamiento.

Organizaciones públicas internacionales

En 1998, la FCPA fue modificada para ampliar la definición de "funcionario extranjero" con el fin de incluir a los empleados y representantes de las organizaciones públicas internacionales.¹³¹

Una "organización pública internacional" es cualquier organización designada como tal por decreto ejecutivo en virtud de la Ley de Inmidades de las Organizaciones Internacionales, Artículo 288 del Título 22 del Código de los Estados Unidos de América o cualquier otra organización que así designe el Presidente.¹³²

En la actualidad, las organizaciones internacionales públicas incluyen a entidades como las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización Mundial del Comercio, la OCDE, la Organización de los Estados Americanos y muchas otras. En el Artículo 288 del Título 22 del Código de los Estados Unidos de América figura una lista completa de las organizaciones designadas como "organizaciones internacionales públicas", que también puede consultarse en el sitio web de la Oficina de Publicaciones del Gobierno de los Estados Unidos de América en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE2018-title22/htm/USCODE-2018-title22-chap7-subchapXVIII-sec288.htm>. El DOJ ha presentado cargos contra las personas que pagan sobornos a tales empleados y representantes de esas "organizaciones públicas internacionales".¹³³

¿Cómo son tratados los pagos a terceros?

La FCPA prohíbe expresamente los pagos corruptos realizados a través de terceros o intermediarios.¹³⁴

Específicamente, abarca los pagos realizados a “cualquier persona a sabiendas de que la totalidad o una parte de ese dinero u objeto de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente”¹³⁵ a un funcionario extranjero. Muchas empresas que hacen negocios en un país extranjero contratan a una persona o empresa local para que les ayude a hacer negocios. Aunque estos agentes extranjeros pueden brindar asesoramiento totalmente legítimo sobre las costumbres y los procedimientos locales y pueden ayudar a facilitar las transacciones comerciales, las empresas deben ser conscientes de los riesgos que entraña la contratación de agentes externos o intermediarios. El hecho de que un tercero pague un soborno no elimina la posibilidad de que se incurra en responsabilidad penal o civil según la FCPA.¹³⁶

Por ejemplo, una institución francesa de servicios financieros mundiales y una empresa de gestión de inversiones con sede en los Estados Unidos de América contrataron a un agente de ventas externo para captar negocios con las instituciones financieras estatales de Libia, pagando finalmente al agente de ventas más de USD 90 millones en comisiones. De hecho, el agente de ventas utilizó parte de los pagos de comisiones para sobornar a altos funcionarios del gobierno libio con el fin de asegurar la colocación de aproximadamente USD 3.660 millones en activos con las instituciones financieras. Como consecuencia de ello, la institución francesa de servicios financieros mundiales y la empresa estadounidense de gestión de inversiones pagaron en conjunto unos USD 600 millones por concepto de penalidades; la institución financiera francesa celebró un acuerdo de no procesamiento diferido con el DOJ y pagó una multa sobre ganancias ilegales ascendente a USD 34.5 millones como parte de su acuerdo con la SEC.¹³⁷

En otro caso, entre 1996 y 2012, una empresa de energía que cotiza en bolsa en los Países Bajos se dedicó a la práctica habitual de contratar a agentes de ventas externos para que pagaran sobornos a funcionarios extranjeros en por lo menos cinco países: Brasil, Angola, Guinea Ecuatorial, Kazajstán e Iraq. En el transcurso de la conspiración, la empresa pagó al menos USD 180 millones en “comisiones” a sus agentes, obteniendo beneficios de por lo menos USD 2,800 millones. La empresa y su filial de los Estados Unidos de América admitieron haber infringido la FCPA, al igual que su exdirector general y un ejecutivo de ventas y comercialización.¹³⁸

Dado que el Congreso previó el uso de agentes externos en planes de soborno —por ejemplo, para evitar el conocimiento real de un soborno—, definió el término “conocimiento” de manera que impide que los individuos y las empresas eviten la responsabilidad poniendo a “cualquier persona” entre ellos y los funcionarios extranjeros.¹³⁹

Según la FCPA, el estado mental de una persona es “saber”, con respecto a la conducta, una circunstancia o un resultado si la persona:

- es consciente de que [él] está adoptando dicha conducta, de que esa circunstancia existe o de que es sustancialmente seguro que ocurra ese resultado; o
- tiene la firme convicción de que esa circunstancia existe o de que es sustancialmente seguro que ocurra ese resultado.¹⁴⁰

Por lo tanto, una persona tiene los conocimientos necesarios cuando es consciente de una alta probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a menos que la persona crea realmente que dicha circunstancia no existe.¹⁴¹ Como el Congreso dejó en claro, su intención era imponer responsabilidad no solo a quienes tuvieran un conocimiento real de las infracciones, sino también a quienes evitaran deliberadamente el conocimiento real:

El así llamado problema de la “cabeza debajo de la tierra” —descrito de diferentes formas por las autoridades pertinentes como “indiferencia consciente”, “ceguera intencional” o “ignorancia deliberada”— debería ser abarcado para que los funcionarios de la administración no puedan atrincherarse frente a las prohibiciones de la ley por su olvido injustificado de cualquier acción (o inacción), lenguaje u otro “dispositivo de señalización” que debería alertarlos en forma razonable sobre la “alta probabilidad” de una violación de la FCPA.¹⁴²

Las señales de alerta comunes relacionadas con terceros incluyen:

- comisiones excesivas a agentes o consultores externos;
- descuentos excesivamente sustanciales a distribuidores externos;
- “acuerdos de consultoría” con terceros que solo incluyen servicios descritos de forma vaga;
- el consultor externo está en un rubro de negocios diferente a aquel para el que fue contratado;
- el tercero está relacionado o estrechamente asociado con el funcionario extranjero;
- el tercero formó parte de la transacción a solicitud o insistencia expresa del funcionario extranjero;
- el tercero es meramente una empresa de fachada constituida en una jurisdicción extraterritorial; y
- el tercero solicita el pago a cuentas bancarias extraterritoriales.

Las empresas pueden reducir los riesgos de la FCPA asociados con agentes externos mediante la implementación de un programa de cumplimiento efectivo, que incluye la diligencia debida de cualquier agente posible.

Estados Unidos de América c. Kozeny y otros.

En diciembre de 2011, la Corte Superior del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América confirmó una instrucción de evasión consciente impartida durante el juicio de 2009 de un empresario que fue condenado por conspirar para violar las disposiciones antisoborno de la FCPA al aceptar hacer pagos a funcionarios azeríes en un plan para fomentar la privatización de la empresa petrolera estatal de la República de Azerbaiyán. La Corte Superior determinó que la instrucción no carecía de un fundamento de hecho, citando pruebas y testimonios en el juicio que demostraban que el acusado sabía que la corrupción estaba generalizada en Azerbaiyán; que era consciente de la reputación de su socio comercial por su conducta indebida; que había creado dos empresas estadounidenses para protegerse a sí mismo y a otros inversionistas de la posible responsabilidad por los pagos realizados en violación de la FCPA; y que el acusado expresó su preocupación durante una conferencia telefónica sobre si su socio comercial y su empresa estaban sobornando a funcionarios.

La Corte Superior también rechazó el argumento del acusado de que el cargo de evasión consciente había permitido indebidamente al jurado condenarlo por negligencia, explicando que las amplias pruebas del expediente demostraban que el acusado tenía "serias preocupaciones" acerca de la legalidad de las prácticas comerciales de su socio "y se esforzó por evitar saber exactamente lo que [él] estaba haciendo", y señalando que el juzgado de primera instancia había dado instrucciones específicas al jurado para que no lo condenara por negligencia.

¿Qué defensas afirmativas hay disponibles?

Las disposiciones antisoborno de la FCPA contienen dos defensas afirmativas: (1) que el pago fue legal según las leyes escritas del país extranjero (la defensa de la "ley local"), y (2) que el dinero fue gastado como parte de la demostración de un producto o el cumplimiento de una obligación contractual (la defensa de "gastos comerciales razonables y de buena fe"). Debido a que estas son defensas afirmativas, el acusado tiene la carga de probarlas.

La defensa de la ley local

Para que se aplique la defensa de la ley local, el acusado debe establecer que "el pago, obsequio, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que se haya hecho, era lícito según las leyes y reglamentos escritos del país del funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato."¹⁴³ El acusado debe establecer que el pago fue lícito según las leyes y reglamentos escritos del país extranjero al momento del delito. Al crear la defensa de la ley local en 1988, el Congreso trató de "dejar en claro que la ausencia de leyes escritas en el país de un funcionario extranjero no sería por sí misma suficiente para satisfacer esta defensa."¹⁴⁴ En tal virtud, el hecho de que los sobornos no puedan ser procesados conforme a la ley local es insuficiente para establecer la defensa. En la práctica, la defensa de la ley local surge con poca frecuencia, ya que las leyes y reglamentos escritos de los países rara vez, o nunca,

permiten los pagos corruptos. No obstante, si un acusado puede establecer que una conducta que de otro modo recae dentro del ámbito de las disposiciones antisoborno de la FCPA fue legal conforme a la ley escrita local, tendrá una defensa para el proceso legal.

En el caso Estados Unidos de América c. Kozeny, el acusado trató infructuosamente de hacer valer la defensa de la ley local en relación con la ley de Azerbaiyán. Las partes impugnaron el contenido y la aplicabilidad de la ley azerbaiyana y cada una presentó informes y testimonios de expertos en nombre de sus interpretaciones contradictorias. La corte dictaminó que el acusado no podía invocar la defensa afirmativa de la FCPA porque la ley azerí no legalizaba realmente el pago de sobornos. La corte concluyó que una excepción en virtud de la ley azerí que exime de responsabilidad penal a los pagadores de sobornos que revelan voluntariamente los pagos de sobornos a las autoridades no legalizaba los sobornos.¹⁴⁵

En Estados Unidos de América c. Ng Lap Seng, el juzgado de primera instancia rechazó la petición del acusado de instruir al jurado con respecto a la defensa afirmativa de la ley local.¹⁴⁶ En ese caso, el acusado fue condenado por conspiración, violación de la FCPA, soborno y lavado de dinero en relación con un plan para sobornar a dos embajadores ante las Naciones Unidas. Al argumentar a favor de una instrucción del jurado para la defensa afirmativa de la ley local, el acusado sostuvo que la conclusión del jurado, en el sentido de que los pagos en cuestión no eran ilegales según las leyes y reglamentos escritos de Antigua y de República Dominicana, requeriría la absolución de los cargos relacionados con la FCPA. El juzgado denegó la solicitud del acusado, para que se impartiera la instrucción de defensa afirmativa, y determinó que la instrucción propuesta era "incompatible" con el significado llano del lenguaje de la defensa afirmativa de las leyes y reglamentos escritos contenidos en la FCPA.¹⁴⁷ El juzgado explicó, además, que la solicitud del acusado no estaba apoyada directamente por la mayoría de las fuentes que habían abordado el tema y que, en caso de aplicarse, "conduciría a resultados impracticables".¹⁴⁸

Gastos razonables y de buena fe

La FCPA permite que las empresas asuman los gastos de viaje y alojamiento razonables y de buena fe de los funcionarios extranjeros, y constituye una defensa afirmativa cuando los gastos están directamente relacionados con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de una empresa o cuando están relacionados con la suscripción o ejecución de un contrato con un gobierno u organismo extranjero.¹⁴⁹ Sin embargo, los viajes que tienen principalmente fines de entretenimiento personal no son gastos comerciales de buena fe y pueden violar las disposiciones antisoborno de la FCPA.¹⁵⁰ Más aún, cuando los gastos, de buena fe o no, están mal caracterizados en los libros y registros de una empresa o cuando se producen gastos no autorizados o impropios debido a la falta de aplicación de controles internos adecuados, también podrán violar las disposiciones contables de la FCPA. Desde luego, la caracterización errónea deliberada de los gastos puede también indicar una intención corrupta.

El DOJ y la SEC han reconocido sistemáticamente que las empresas, tanto extranjeras como nacionales, pueden pagar los gastos razonables relacionados con la promoción de sus productos y servicios o la suscripción de los contratos existentes. Además, el DOJ ha proporcionado orientación continua sobre los gastos legítimos de promoción y relacionados con los contratos (en particular, los gastos de viaje y alojamiento) mediante varias publicaciones de opinión. En las circunstancias presentadas en esos comunicados,¹⁵¹ el DOJ opinó que los siguientes tipos de gastos en nombre de funcionarios extranjeros no justificaban la adopción de acciones coercitivas por violación de la FCPA:

- viajes y gastos para visitar las instalaciones u operaciones de la empresa
- viajes y gastos de capacitación; y
- demostración de productos o actividades de promoción, incluidos los viajes y gastos para reuniones.

Para establecer si un determinado pago es un gasto de buena fe, es necesario un análisis específico de los hechos. Sin embargo, la siguiente lista no exhaustiva de medidas preventivas, compilada a partir de varios comunicados, puede ser útil para que las empresas evalúen si un gasto específico es apropiado o puede correr el riesgo de infringir la FCPA.

- No seleccione a los funcionarios específicos que participarán en el viaje o programa propuesto por la parte¹⁵² o bien selecciónelos en función de criterios predeterminados, basados en los méritos.¹⁵³
- Pague todos los gastos directamente a los proveedores de viajes y alojamiento y/o reembolse los gastos solo previa presentación de un recibo.¹⁵⁴
- No adelante fondos ni pague los reembolsos en efectivo.¹⁵⁵
- Asegúrese de que todos los estipendios sean aproximaciones razonables de los gastos en los que probablemente se incurra¹⁵⁶ y/o que los gastos se limiten a los necesarios y razonables.¹⁵⁷
- Asegúrese de que los gastos sean transparentes, tanto dentro de la empresa, como para el gobierno extranjero.¹⁵⁸
- No condicione el pago de los gastos a ninguna acción del funcionario extranjero.¹⁵⁹
- Obtenga una confirmación por escrito de que el pago de los gastos no es contrario a la ley local.¹⁶⁰
- No proporcione ninguna compensación adicional, ni estipendios, o gaste dinero más allá de lo necesario para pagar los gastos reales incurridos.¹⁶¹
- Asegúrese de que los costos y gastos en nombre de los funcionarios extranjeros sean anotados con precisión en los libros y registros de la empresa.¹⁶²

En resumen, si bien determinados gastos levantar señales de alerta, no darán lugar a un proceso judicial si son: (1) razonables, (2) de buena fe y (3) están directamente relacionados con (4) la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios o la suscripción o ejecución de un contrato.¹⁶³

¿Qué son los pagos de facilitación y agilización?

La prohibición de soborno estipulado en la FCPA contiene una excepción estrecha para “los pagos de facilitación o agilización” realizados para promover la acción gubernamental de rutina.¹⁶⁴ La excepción de los pagos de facilitación se aplica solo cuando se realiza un pago para promover la “acción gubernamental de rutina” que implica actos no discrecionales.¹⁶⁵ Algunos ejemplos de “acciones gubernamentales de rutina” incluyen la tramitación de visas, la protección policial o el servicio de correos, y el suministro de servicios públicos como el teléfono, la electricidad y el agua. La acción gubernamental de rutina no incluye la decisión de adjudicar nuevos negocios o de continuar los negocios con una parte específica.¹⁶⁶ Tampoco incluye actos que estén dentro de la discrecionalidad de un funcionario o que constituirían un uso indebido del cargo de un funcionario.¹⁶⁷ En tal virtud, pagar a un funcionario una pequeña suma para que encienda la electricidad en una fábrica podría ser un pago de facilitación, pero pagar a un inspector para que ignore el hecho de que la empresa no tiene permiso válido para operar la fábrica no sería un pago de facilitación.

Ejemplos de “acción gubernamental de rutina”

Una acción que, por lo general, la realiza un funcionario extranjero con el fin de:

- obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales con el propósito de hacer que una persona califique para hacer negocios en un país extranjero;
- tramitar documentos gubernamentales, como visas y órdenes de trabajo;
- proporcionar protección policial, recoger y entregar el correo, o programar inspecciones asociadas con la ejecución del contrato o inspecciones relacionadas con el tránsito de mercancías en todo el país;
- la prestación de servicios telefónicos, de suministro de energía y agua, la carga y descarga de mercancías, o la protección de productos perecederos o mercancías contra el deterioro; o
- acciones de naturaleza similar.

El hecho de que un pago calce dentro de la excepción no depende del tamaño del pago, aunque el tamaño puede ser revelador, ya que un pago sustancial puede sugerir una intención corrupta de influir en una acción gubernamental no rutinaria. Sin embargo, al igual que las disposiciones antisoborno de la FCPA, de una manera más general, la excepción de los pagos de facilitación se centra en el *propósito* del pago más que en su valor. Por ejemplo, una empresa domiciliada en Oklahoma violó la FCPA cuando su subsidiaria pagó a los funcionarios de aduanas argentinos aproximadamente USD 166,000 para garantizar el despacho de aduanas de equipo y materiales que carecían de las certificaciones necesarias o que no podían importarse con arreglo a la legislación local, y para pagar una tasa de derechos inferior a la aplicable. La subsidiaria venezolana de la empresa también había pagado a los funcionarios de aduanas venezolanos aproximadamente USD 7,000 para que permitieran la importación y exportación de equipo y materiales que no cumplieran los reglamentos locales y evitaran una inspección completa de los bienes importados.¹⁶⁸ En otro caso, tres subsidiarias de un proveedor global de productos y servicios de

perforación petrolera fueron acusadas penalmente de autorizar a un agente para que efectuara al menos 378 pagos corruptos (por un total aproximado de USD 2.1 millones) a funcionarios del Servicio de Aduanas de Nigeria a fin de obtener un trato preferencial durante el proceso aduanero, incluida la reducción o eliminación de los derechos de aduana.¹⁶⁹

Etiquetar un soborno como un “pago de facilitación” en los libros y registros de una empresa no lo convierte en uno. Una empresa suiza *offshore* dedicada a la perforación, por ejemplo, registró los pagos a su agente de aduanas en la cuenta de “pago de facilitación” de la subsidiaria, aunque el personal de la empresa creía que los pagos eran, de hecho, sobornos. Se acusó a la empresa de violar tanto las disposiciones antisoborno, como las disposiciones contables de la FCPA.¹⁷⁰

Aunque los verdaderos pagos de facilitación no son ilegales en virtud de la FCPA, pueden continuar violando la legislación local de los países en los que la empresa opera, y el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE recomienda que todos los países alienten a las empresas a prohibir o desalentar los pagos de facilitación, lo cual se viene haciendo en los Estados Unidos.¹⁷¹ Adicionalmente, es posible que las leyes de otros países sobre el soborno en el extranjero, tal como las del Reino Unido, no contengan una excepción para los pagos de facilitación.¹⁷² Por consiguiente, las personas naturales y las empresas deben ser conscientes de que, si bien la FCPA permite los pagos de facilitación verdaderos, aún pueden someter a una empresa o persona a sanciones. Como ocurre con cualquier gasto, los pagos de facilitación pueden violar la FCPA si no se asientan adecuadamente en los libros y registros de un emisor.¹⁷³

Caso hipotético: Pagos de facilitación

La Empresa A es una gran empresa minera multinacional con operaciones en un País Extranjero, donde recientemente identificó un nuevo e importante depósito de mineral. Tiene compradores listos para el nuevo mineral, pero tiene una capacidad limitada para llevarlo al mercado. A fin de aumentar el tamaño y la velocidad de su exportación de mineral, la Empresa A tendrá que construir una nueva carretera desde sus instalaciones hasta el puerto que pueda dar cabida a camiones de mayor tamaño. La empresa A contrata a un agente en el extranjero para que la ayude a obtener los permisos necesarios, incluido un permiso ambiental, para construir la carretera. El agente informa al vicepresidente de operaciones internacionales de la empresa A que tiene previsto hacer un pequeño pago en efectivo y por única vez a un empleado de la oficina gubernamental pertinente para asegurarse de que el empleado archive y selle las solicitudes de permiso con rapidez, ya que el agente ha experimentado retrasos de tres meses cuando no ha hecho esta “donación”. El secretario no tiene facultades discrecionales para presentar y sellar las solicitudes de permiso una vez que se ha pagado la tasa de presentación requerida. El vicepresidente autoriza el pago.

Unos meses más tarde, el agente le dice al vicepresidente que ha tenido problemas para obtener el permiso ambiental necesario. Resulta que la construcción de la carretera prevista afectaría negativamente a un humedal local sensible al medio

ambiente y protegido. Si bien el problema podría superarse desviando la carretera, tal desvío le costaría a la empresa USD 1 millón más y retrasaría la construcción en seis meses. Asimismo, aumentaría el tiempo de tránsito del mineral y reduciría el número de envíos mensuales. El agente le dice al vicepresidente que es buen amigo del director del Departamento de Recursos Naturales de Países Extranjeros y que solo se necesitaría un modesto pago en efectivo al director y “el problema desaparecería”. El vicepresidente autoriza el pago y el agente lo realiza. Después de recibir el pago, el director emite el permiso y la Empresa A construye su nueva carretera a través de los humedales.

¿El pago al empleado constituyó una violación de la FCPA?

No. En estas circunstancias, el pago al empleado calificaría como un pago de facilitación, ya que se trata de un pequeño pago único para obtener un servicio gubernamental rutinario y no discrecional que la Empresa A tiene derecho a recibir (es decir, el sellado y la presentación de la solicitud de permiso). Sin embargo, si bien el pago puede calificar como una excepción a las disposiciones antisoborno de la FCPA, es posible que viole otras leyes, tanto en el País Extranjero como en otros lugares. Además, si el pago no se registra con exactitud, podría violar la disposición sobre libros y registros de la FCPA.

¿El pago al director constituyó una violación de la FCPA?

Sí. El pago al director del Departamento de Recursos Naturales constituyó una clara violación de la FCPA, ya que fue diseñado para influir de manera inapropiada (corrupta) en un funcionario extranjero para que aprobara un permiso de forma indebida. La emisión del permiso ambiental fue un acto discrecional y, de hecho, la Empresa A no debería haberlo recibido. La Empresa A, su vicepresidente y el agente local pueden ser todos procesados por autorizar y pagar el soborno.

¿Se aplica la FCPA a los casos de extorsión o coacción?

Las situaciones que implican extorsión o coacción no darán lugar a responsabilidad frente a la FCPA porque no se puede decir que un pago efectuado en respuesta a denuncias verdaderamente extorsivas bajo amenaza inminente de daño físico hayan sido hechas con una intención corrupta o con el propósito de obtener o conservar un negocio.¹⁷⁴ Al promulgar la FCPA, el Congreso reconoció que pueden surgir situaciones en el mundo real en las que una empresa se vea obligada a pagar a un funcionario para evitar amenazas a la salud y a la seguridad. Como lo explicó el Congreso, “no se debe considerar que un pago a un funcionario para evitar que se dinamite una plataforma petrolífera se hace con el propósito corrupto requerido”.¹⁷⁵

La simple coacción económica, sin embargo, no equivale a la extorsión. Como el Congreso lo señaló cuando promulgó la FCPA: “La defensa de que el pago fue exigido por parte de un funcionario del gobierno como precio para entrar en un mercado o para obtener un contrato no sería suficiente ya que, en algún momento, la empresa estadounidense tomaría una decisión consciente de pagar o no un soborno”.¹⁷⁶ El

hecho de que el pago fue “propuesto por primera vez por el receptor (...) no altera el propósito corrupto por parte de la persona que paga el soborno”.¹⁷⁷

Esta distinción entre extorsión y coacción económica fue reconocida por el juzgado en el caso *Estados Unidos de América contra Kozeny*. Allí, el tribunal llegó a la conclusión de que, aunque una persona individual que realiza un pago bajo coacción (es decir, bajo amenaza de daño físico) no será responsable penalmente en virtud de la FCPA.¹⁷⁸ Un pagador de sobornos que alegue que se le exigió el pago como precio para entrar en el mercado u obtener un contrato “no puede argumentar que no tenía la intención de sobornar al funcionario porque tomó la «decisión consciente» de pagarle.”¹⁷⁹ Si bien el pagador de sobornos en esta situación “podría haberle dado la espalda y haberse alejado”, en el ejemplo de la plataforma petrolífera, “no podía hacerlo”.¹⁸⁰

Las empresas que operan en entornos de alto riesgo pueden enfrentarse a amenazas reales de violencia o daños a sus empleados, y los pagos realizados en respuesta a amenazas inminentes a la salud o a la seguridad no violan la FCPA.¹⁸¹ Si se produce una situación de este tipo y con el fin de garantizar la seguridad de sus empleados, las empresas deben ponerse en contacto con la embajada estadounidense de inmediato para obtener ayuda.

Principios de responsabilidad corporativa por violaciones de las normas antisoborno

Los principios generales de responsabilidad corporativa se aplican a la FCPA. Por lo tanto, una empresa es responsable cuando sus directores, funcionarios, empleados o agentes, actuando dentro del ámbito de su relación laboral, cometen violaciones de la FCPA con la intención, al menos en parte, de beneficiar a la empresa.¹⁸² De manera similar, al igual que con cualquier otro estatuto, el DOJ y la SEC se basan en los principios de responsabilidad de las empresas matrices y subsidiarias y sus sucesores para evaluar la responsabilidad empresarial. Como se describe más detalladamente a continuación, a diferencia de la mayoría de las demás leyes, el DOJ ha instituido una Política de Aplicación Corporativa de la FCPA que se aplica a las resoluciones corporativas en el contexto de la FCPA.

Responsabilidad de la sociedad matriz y la subsidiaria

Existen dos formas en las que una sociedad matriz puede ser responsable de los sobornos pagados por su subsidiaria.

En primer lugar, una sociedad matriz puede haber participado lo suficientemente en la actividad como para ser directamente responsable de la conducta como, por ejemplo, cuando dirigió la mala conducta de su subsidiaria o participó directamente en el plan de soborno.

En segundo lugar, una sociedad matriz puede ser responsable de la conducta de su subsidiaria en virtud de los principios tradicionales de agencia. La característica

fundamental de la relación de agencia es el control.¹⁸³ En consecuencia, el DOJ y la SEC evalúan el control de la sociedad matriz (incluidos el conocimiento y la dirección de las acciones de la subsidiaria por parte de la sociedad matriz, tanto en general como en el contexto de la transacción específica) al evaluar si una subsidiaria actúa como agente de la sociedad matriz. Aunque la relación formal entre la matriz y la subsidiaria es importante en este análisis, también lo son las realidades prácticas de cómo la matriz y la subsidiaria interactúan realmente.

Si existe una relación de agencia y la subsidiaria actúa dentro del ámbito de la autoridad conferida por la matriz, los actos y conocimientos de la subsidiaria se imputan a su empresa matriz.¹⁸⁴ Más aún, en virtud de los principios tradicionales de responsabilidad vicaria, una empresa es responsable de los actos de sus agentes, incluidos sus empleados, realizados dentro del ámbito de su relación laboral y destinados, al menos en parte, a beneficiar a la empresa.¹⁸⁵ Así pues, si existe una relación de agencia entre una matriz y una subsidiaria, la matriz es responsable del soborno cometido por los empleados de la subsidiaria. Por ejemplo, la SEC inició una acción administrativa contra una matriz por sobornos pagados por el presidente de su subsidiaria indirecta, de propiedad total. En ese asunto, el presidente de la subsidiaria informó directamente al CEO del emisor matriz, y el emisor identificó rutinariamente al presidente como miembro de su alta gerencia en su presentación anual ante la SEC y en los informes anuales. Además, el departamento legal de la matriz aprobó la contratación del agente externo a través del cual se organizaron los sobornos a pesar de la falta de diligencia debida documentada y de un acuerdo de representación que violaba la política de la empresa. Asimismo, un funcionario de la empresa matriz aprobó uno de los pagos al agente tercero.¹⁸⁶ Bajo estas circunstancias, la matriz tuvo suficiente conocimiento y control de las acciones de su subsidiaria para ser responsable conforme a la FCPA.

Responsabilidad de los sucesores

Las empresas adquieren una serie de responsabilidades cuando se fusionan con otra empresa o cuando la adquieren, incluidas las derivadas de contratos, actos ilícitos, normas y estatutos. Como cuestión jurídica general, cuando una empresa se fusiona con otra o adquiere otra empresa, la empresa sucesora asume las responsabilidades de la empresa predecesora.¹⁸⁷ La responsabilidad del sucesor es un componente integral del derecho societario y, entre otras cosas, impide que las empresas eviten la responsabilidad mediante la reorganización.¹⁸⁸ Al mismo tiempo, el DOJ y la SEC reconocen los potenciales beneficios de las fusiones y adquisiciones de empresas; en particular, cuando la entidad adquirente tiene un sólido programa de cumplimiento en vigencia y lo pone en práctica lo antes posible en la entidad fusionada o adquirida. La responsabilidad del sucesor se aplica a todo tipo de responsabilidades civiles y penales¹⁸⁹, y las violaciones de la FCPA no son una excepción. Si la responsabilidad del sucesor se aplica a una transacción corporativa específica depende de los hechos y del derecho estatal, federal y extranjero aplicable. La responsabilidad del sucesor, sin embargo, no crea responsabilidad donde antes no existía ninguna. Por ejemplo, si un emisor adquiriera una empresa extranjera que no estuviera previamente sujeta a la

jurisdicción de la FCPA, la mera adquisición de esa empresa extranjera no crearía con carácter retroactivo responsabilidad con respecto a la FCPA para el emisor adquirente.

El DOJ y la SEC alientan a las empresas a llevar a cabo la diligencia debida previa a la adquisición y a mejorar los programas de cumplimiento y los controles internos después de la adquisición, por una diversidad de razones.

En primer lugar, la diligencia debida ayuda a una empresa adquirente a valorar con precisión a la empresa objetivo. Los contratos obtenidos mediante sobornos pueden ser legalmente inaplicables, los negocios obtenidos ilegalmente pueden perderse cuando se suspenden los pagos de sobornos, puede haber responsabilidad por conducta ilegal anterior y los actos corruptos anteriores pueden dañar la reputación de la empresa adquirente y sus perspectivas de negocio futuras. La identificación de estos aspectos previamente a una adquisición permite a las empresas evaluar mejor cualquier posible responsabilidad posterior a la adquisición y, por lo tanto, evaluar adecuadamente el valor del objetivo.¹⁹⁰ *En segundo lugar*, la diligencia debida reduce el riesgo de que la empresa adquirida continúe pagando sobornos. Una apropiada diligencia debida, previa a la adquisición, puede identificar los riesgos comerciales y regionales y también puede sentar las bases para una integración rápida y satisfactoria posterior a la adquisición en el entorno de control y cumplimiento corporativo de la empresa adquirente. *En tercer lugar*, las consecuencias de las posibles violaciones descubiertas mediante la diligencia debida pueden ser manejadas por las partes de manera ordenada y eficiente mediante la negociación de los costos y las responsabilidades de investigación e implementación de medidas correctivas. *Por último*, una diligencia debida integral demuestra un compromiso genuino con el descubrimiento y la prevención de las violaciones de la FCPA.

El DOJ y la SEC también reconocen que, en ciertos casos, puede no ser posible realizar una robusta diligencia debida previa a la adquisición. En tales casos, el DOJ y la SEC se ocuparán de la oportunidad y minuciosidad de la diligencia debida posterior a la adquisición de la empresa adquirente y de los esfuerzos de integración del cumplimiento.

En un número considerable de casos, el DOJ y la SEC desestimaron el proceso contra las empresas que voluntariamente divulgaron y corrigieron la conducta y cooperaron con el DOJ y la SEC en el contexto de las fusiones y adquisiciones.¹⁹¹ Asimismo, el DOJ y la SEC han tomado medidas contra las empresas sucesoras solo en circunstancias limitadas; por lo general, en casos de violaciones graves y sostenidas o cuando la empresa sucesora participó directamente en las violaciones o no logró impedir que la conducta indebida continuara después de la adquisición. En un caso, un emisor domiciliado en los Estados Unidos fue acusado de violaciones de los libros y registros y de los controles internos por continuar implementando un plan de sobornos originado por su predecesor.¹⁹² Otro caso reciente fue el de la fusión de dos empresas de petróleo y gas, en el que, antes de la fusión, ambas empresas predecesoras cometieron violaciones de la FCPA en el curso de muchos años. Las dos empresas, una de las cuales era una emisora y la otra una antigua emisora que operaba a través de una subsidiaria domiciliada en los Estados Unidos, se fusionaron para formar una

nueva empresa. En esas circunstancias (la fusión de dos empresas que habían cometido sobornos de manera independiente), tanto la nueva entidad como las subsidiarias extranjeras eran responsables de violaciones de la FCPA. La nueva empresa matriz celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el DOJ y resolvió emprender una acción civil con la SEC, mientras que la subsidiaria estadounidense de la empresa se declaró culpable.¹⁹³

Con mayor frecuencia, el DOJ y la SEC han emprendido acciones coercitivas contra la empresa predecesora (en lugar de la empresa adquirente); en particular, cuando la empresa adquirente descubrió y remedió oportunamente las violaciones o cuando la investigación del gobierno sobre la empresa predecesora precedió a la adquisición. En uno de esos casos, un conglomerado multinacional domiciliada en los Estados Unidos adquirió el negocio de energía de una empresa francesa de energía y transporte, que había pagado sobornos para obtener contratos antes de la adquisición. En ese caso, el asunto fue resuelto con un acuerdo de admisión de culpabilidad de la empresa francesa de energía y transporte y con acuerdos de enjuiciamiento diferidos para dos de las subsidiarias recién adquiridas. No se buscó imputar responsabilidad contra la entidad adquirente como sucesor.¹⁹⁴

Consejos prácticos para reducir el riesgo de violaciones de la FCPA en fusiones y adquisiciones

Las empresas que realizan fusiones o adquisiciones pueden adoptar determinadas medidas para identificar y potencialmente reducir el riesgo de violaciones de la FCPA:

Solicitudes de publicación de comunicados de opinión sobre fusiones y adquisiciones:

Una opción es buscar una opinión del DOJ antes de una posible adquisición, tal como ocurrió con el Comunicado de Opinión 08-02. Ese caso involucraba circunstancias especiales; a saber, una diligencia debida previa a la adquisición muy limitada a disposición de la posible empresa adquirente y, dado que se trataba de un comunicado de opinión (es decir, que proporcionaba ciertas garantías por parte del DOJ en relación con la conducta prospectiva), necesariamente imponía normas exigentes y plazos prescriptivos a cambio de garantías específicas del DOJ, que la SEC, como un tema de poder discrecional, también respeta. Así, pues, la obtención de una opinión del DOJ puede ser una buena manera de abordar las impugnaciones específicas de la diligencia debida; sin embargo, debido a la naturaleza de dicha opinión, es probable que contenga requisitos más estrictos que los que puedan ser necesarios en todas las circunstancias.

Diligencia debida y divulgación con respecto a la FCPA basadas en el riesgo de fusión y adquisición

Como asunto práctico, la mayoría de las adquisiciones no requerirán el tipo de garantías prospectivas contenidas en una opinión del DOJ. El DOJ y la SEC alientan a las empresas que participan en fusiones y adquisiciones a:

- (1) Realizar una exhaustiva diligencia debida basada en riesgos de violación de la FCPA y las normas anticorrupción sobre las posibles nuevas adquisiciones del negocio;
- (2) Garantizar que el código de conducta y las políticas y procedimientos de cumplimiento de la empresa adquirente en relación con la FCPA y otras leyes anticorrupción se apliquen tan pronto como sea posible a las empresas recién adquiridas o a las entidades fusionadas;
- (3) Capacitar a los directores, funcionarios y empleados de los negocios recién adquiridos o entidades fusionadas y, cuando sea apropiado, capacitar a los agentes y socios comerciales sobre la FCPA y otras leyes anticorrupción pertinentes y el código de conducta y las políticas y procedimientos de cumplimiento de la empresa;
- (4) Realizar una auditoría específica de la FCPA de todos los negocios recién adquiridos o fusionados tan pronto como sea posible; y
- (5) Revelar cualquier pago corrupto descubierto como parte de su diligencia debida de las entidades recientemente adquiridas o fusionadas. El DOJ y la SEC otorgarán un beneficio significativo a las empresas que emprendan estas acciones y, en las circunstancias apropiadas, el DOJ y la SEC podrán, en consecuencia, negarse a entablar acciones coercitivas.

En otro caso, un emisor domiciliado en Pensilvania que suministraba productos y servicios de calefacción y aire acondicionado estaba sujeto a una investigación en curso del DOJ y la SEC en el momento de su adquisición. El DOJ y la SEC resolvieron emprender acciones coercitivas solo contra la empresa predecesora, que para entonces se había convertido en una subsidiaria de propiedad exclusiva de la empresa sucesora.¹⁹⁵

En otro ejemplo, cuando una empresa estadounidense domiciliada en Florida descubrió en el proceso de diligencia debida posterior a la adquisición que la empresa de telecomunicaciones (una entidad nacional) que había adquirido, había incurrido en soborno en el extranjero, la empresa sucesora reveló al DOJ las violaciones de la FCPA. A continuación, realizó una investigación interna, cooperó plenamente con el DOJ y adoptó las medidas correctivas apropiadas incluido el despido de la alta gerencia de la empresa adquirida. No se tomó ninguna acción coercitiva contra el sucesor, pero la empresa predecesora se declaró culpable de un cargo de violación de la FCPA y aceptó pagar una multa de USD 2 millones.¹⁹⁶ Posteriormente, cuatro ejecutivos de la empresa predecesora fueron condenados por violaciones de la FCPA, tres de los cuales recibieron penas privativas de la libertad.¹⁹⁷

En ocasiones, cuando se ha adoptado una acción coercitiva contra una empresa predecesora, el sucesor busca garantías de que no será objeto de una futura acción coercitiva. En uno de esos casos, un predecesor neerlandés resolvió los cargos de la FCPA con el DOJ mediante un acuerdo de enjuiciamiento diferido.¹⁹⁸

Aunque tanto el predecesor como el sucesor firmaron el acuerdo, que incluía un compromiso de cooperación continua y un programa de cumplimiento mejorado, solo

se acusó a la empresa predecesora. Al firmar el acuerdo, la empresa sucesora obtuvo la certeza de la liberación condicional de la responsabilidad penal, aunque no se le estaba procesando por violaciones de la FCPA.¹⁹⁹ En otro caso, después de que una empresa domiciliada en Connecticut descubriera violaciones de la FCPA por parte de una empresa de California que pretendía adquirir, ambas empresas revelaron voluntariamente la conducta al DOJ y a la SEC.²⁰⁰ La empresa predecesora resolvió su responsabilidad penal mediante un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ que incluía una sanción monetaria de USD 800,000 y también llegó a un acuerdo con la SEC pagando un total de USD 1.1 millones por concepto de devolución de ganancias ilícitas, intereses previos al juicio y sanciones civiles. La empresa sucesora procedió a la adquisición y por separado celebró un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ en el que acordó, entre otras cosas, garantizar el pleno cumplimiento del acuerdo de no enjuiciamiento de la empresa predecesora. Este acuerdo proporcionó certeza al sucesor respecto de su responsabilidad en relación con la FCPA.²⁰¹

Es importante señalar que la divulgación voluntaria por parte de una empresa sucesora, el proceso de diligencia debida y la aplicación de un programa eficaz de cumplimiento también pueden reducir la probabilidad de que se adopten acciones coercitivas en relación con la conducta de una empresa adquirida posterior a la adquisición cuando no sea posible realizar un proceso de diligencia debida.²⁰² En efecto, según la Política de Cumplimiento Corporativo del DOJ, en los casos que resulten apropiados, una empresa adquirente que revele voluntariamente una conducta indebida puede tener derecho a una desestimación del proceso, incluso si existen circunstancias agravantes en cuanto a la entidad adquirida.

Caso hipotético: Responsabilidad del sucesor cuando la empresa adquirida no estaba previamente sujeta a la FCPA

La Empresa A es una sociedad anónima de Delaware con sus oficinas principales en los Estados Unidos y cuyas acciones se cotizan en una bolsa nacional de los Estados Unidos. La Empresa A está considerando adquirir una Empresa Extranjera, que no es un emisor, ni una entidad nacional. La Empresa Extranjera no adopta ninguna medida dentro de los Estados Unidos que la sujete a la jurisdicción territorial. La adquisición propuesta de la Empresa A convertiría a la Empresa Extranjera en una subsidiaria de la Empresa A.

Escenario 1:

Antes de adquirir la Empresa Extranjera, la Empresa A se compromete a realizar una exhaustiva diligencia debida con respecto a la Empresa Extranjera, lo que incluye las siguientes acciones: (1) disponer que sus departamentos legales, contables y de cumplimiento revisen la información financiera y de ventas de la Empresa Extranjera, sus contratos con clientes y sus acuerdos con terceros y distribuidores; (2) realizar un análisis basado en el riesgo de la base de clientes de la Empresa Extranjera; (3) realizar una auditoría de determinadas transacciones realizadas por la Empresa Extranjera; (4) entablar conversaciones con el asesor legal, el vicepresidente de ventas y el jefe de auditoría interna de la Empresa Extranjera en relación con todos los

riesgos de corrupción, los esfuerzos de cumplimiento y cualquier otro asunto relacionado con la corrupción que haya surgido en la Empresa Extranjera durante los últimos diez años. Dicha diligencia debida tiene como objetivo determinar si la Empresa Extranjera tiene políticas anticorrupción y de cumplimiento adecuadas, si los empleados de la Empresa Extranjera han recibido la formación adecuada en relación con dichas políticas, cómo la empresa extranjera garantiza el cumplimiento estas y qué medidas correctivas se adoptan en caso de que se infrinjan.

Durante el curso de su diligencia debida, la Empresa A se entera de que la empresa Extranjera ha hecho varios pagos potencialmente indebidos en forma de una comisión inflada a un agente tercero en relación con un contrato gubernamental con el País Extranjero. Inmediatamente después de la adquisición, la Empresa A revela la conducta al DOJ y a la SEC, suspende y despide a esos empleados y al agente tercero responsable de los pagos, y se asegura de que los pagos ilegales hayan cesado. También integra rápidamente a la Empresa Extranjera dentro de los propios y sólidos controles internos de la Empresa A, incluidas sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, que comunica a sus nuevos empleados a través de la capacitación virtual y presencial requeridas en el idioma local. La Empresa A también requiere que los distribuidores de la Empresa Extranjera y otros agentes firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen declaraciones y garantías con respecto a la FCPA y la anticorrupción, así como derechos de auditoría.

Basándose en estos hechos, ¿podría el DOJ o la SEC interponer una acción judicial contra la Empresa A?

No. Aunque el DOJ y la SEC tienen jurisdicción sobre la Empresa A por ser un emisor, ninguno de los dos podría procesar a la Empresa A por una conducta que ocurrió antes de la adquisición de la Empresa Extranjera. Dado que la Empresa Extranjera no era ni un emisor ni una entidad nacional y no estaba sujeta a la jurisdicción territorial de los Estados Unidos de América, el DOJ y la SEC no tienen jurisdicción sobre su conducta indebida previa a la adquisición. La adquisición de una empresa no crea una jurisdicción donde antes no existía ninguna.

Es importante señalar que la exhaustiva diligencia debida previa a la adquisición de la Empresa A le permitió identificar y detener la corrupción. Como no hubo conducta indebida continua después de la adquisición, no se violó la FCPA.

Escenario 2:

La Empresa A realiza solo una diligencia debida mínima y pro forma previa a la adquisición. No lleva a cabo un análisis basado en el riesgo, y su examen de los datos, contratos y acuerdos con terceros y distribuidores de la empresa extranjera es superficial. La Empresa A adquiere la Empresa Extranjera y la convierte en una subsidiaria 100 % de su propiedad. Aunque la Empresa A distribuye sus políticas de cumplimiento a todo el personal nuevo después de la adquisición, no traduce las políticas de cumplimiento al idioma local, ni capacita a su nuevo personal o a agentes de terceros en asuntos de anticorrupción.

Unos meses después de la adquisición, un empleado de la oficina de ventas internacionales de la Empresa A (Empleado de Ventas) se entera por un empleado de la Empresa Extranjera anterior que durante años el contrato gubernamental que generaba la mayoría de los ingresos de la Empresa Extranjera dependía de comisiones infladas a un agente tercero "para hacer feliz a la persona adecuada en la Agencia de Gobierno Extranjero". Al Empleado de Ventas se le dice que, a menos que los pagos continúen, el negocio probablemente se perderá, lo que significaría que la nueva adquisición de la Empresa A se convertiría rápidamente en un fracaso financiero. Los pagos continúan durante dos años después de la adquisición. Después de que otro empleado de la Empresa A denuncia el esquema de soborno que venía implementándose desde hace mucho tiempo a un director de la Agencia de Gobiernos Extranjeros, la Empresa A detiene los pagos y el DOJ y la SEC los investigan.

Basándonos en estos hechos, ¿el DOJ o la SEC acusarían a la Empresa A?

Sí. El DOJ y la SEC han procesado a empresas como la Empresa A en circunstancias similares. Sin embargo, los cargos no se basarían en la responsabilidad del sucesor, sino más bien en los pagos de sobornos posteriores a la adquisición de la Empresa A, que a su vez crearon responsabilidad penal y civil para la Empresa A.

Escenario 3:

Según la legislación local, la capacidad de la Empresa A para llevar a cabo la diligencia debida previa a la adquisición de una Empresa Extranjera es limitada. En la diligencia debida que realiza, la Empresa A determina que la Empresa Extranjera está haciendo negocios en países de alto riesgo y en industrias de alto riesgo, pero no encuentra ninguna señal de alerta específica para las operaciones de la Empresa Extranjera. Después de la adquisición, la Empresa A lleva a cabo una exhaustiva diligencia debida y determina que la Empresa Extranjera había pagado sobornos a funcionarios de la Agencia de Gobiernos Extranjeros. La Empresa A toma medidas inmediatas para remediar el problema, incluyendo el seguimiento de las medidas establecidas en el Comunicado de Opinión 08-02. Entre otras acciones, revela voluntariamente la mala conducta al DOJ y a la Comisión de Valores, se asegura de que todos los sobornos se detengan de inmediato, toma medidas correctivas contra todas las partes involucradas en la corrupción, e integra rápidamente a la Empresa

Extranjera en un sólido programa de cumplimiento y en los demás controles internos de la Empresa A.

Basándose en estos hechos, ¿interpondrían el DOJ o la SEC una acción judicial contra la Empresa A?

El DOJ y la SEC han desestimado acciones judiciales contra empresas como la Empresa A en circunstancias similares. Las empresas pueden seguir las medidas establecidas en la Comunicado de Opinión No. 08-22, o buscar sus propias opiniones, donde no es posible efectuar una adecuada diligencia debida previa a la adquisición.

Caso hipotético: Responsabilidad del sucesor cuando la empresa adquirida ya estaba sujeta a la FCPA.

Tanto la Empresa A como la Empresa B son empresas de Delaware con oficinas principales en los Estados Unidos. Las acciones de ambas empresas se cotizan en una bolsa nacional de los Estados Unidos.

Escenario 1:

La Empresa A está considerando adquirir varias de las líneas de negocio de la Empresa B. Antes de la adquisición, la Empresa A se compromete a una amplia diligencia debida, incluyendo: (1) disponer que sus departamentos legales, contables y de cumplimiento revisen los datos financieros y de ventas de la Empresa B, sus contratos con clientes y sus acuerdos con terceros y distribuidores; (2) realizar un análisis basado en el riesgo de la base de clientes de la Empresa B; (3) realizar una auditoría de determinadas transacciones realizadas por la Empresa B; y (4) entablar conversaciones con el asesor legal, el vicepresidente de ventas y el jefe de auditoría interna de la Empresa B con respecto a todos los riesgos de corrupción, los esfuerzos de cumplimiento y cualquier otro asunto importante relacionado con la corrupción que haya surgido en la Empresa B en los últimos diez años. Esta diligencia debida tiene por objeto determinar si la Empresa B tiene políticas anticorrupción y de cumplimiento aprobadas en vigor, si los empleados de la Empresa B han sido capacitados adecuadamente con respecto a esas políticas, cómo la Empresa B garantiza que esas políticas se cumplan y qué medidas correctivas se adoptan si se violan las políticas. Durante el curso de su diligencia debida, la Empresa A se entera de que la Empresa B ha hecho varios pagos potencialmente indebidos en relación con un contrato gubernamental con un país extranjero. Como condición para la adquisición, la Empresa A exige a la Empresa B que revele la mala conducta al gobierno. La Empresa A se asegura de que los pagos ilegales han cesado e integra rápidamente las líneas de negocios de la Empresa B en los propios y sólidos controles internos de la Empresa A, incluidas sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, que comunica a sus nuevos empleados a través de una capacitación virtual y presencial en el idioma local. La Empresa A también requiere que los distribuidores externos de la Empresa B y otros agentes firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen las declaraciones y garantías anticorrupción y relativas al cumplimiento de la FCPA, así como derechos de auditoría.

Basándose en estos hechos, ¿entablarán el DOJ o la SEC una acción judicial?

El DOJ y la SEC han desestimado acciones judiciales contra empresas como la Empresa A en circunstancias similares. El DOJ y la SEC alientan a empresas como la Empresa A a llevar a cabo una extensa diligencia debida sobre cumplimiento de la FCPA. Al descubrir la corrupción, la Empresa A se puso en una posición favorable y, debido a que los pagos corruptos han cesado, la Empresa A no tiene ninguna responsabilidad continua. Si el DOJ y la SEC podrían acusar a la Empresa B depende de hechos y circunstancias más allá del alcance de este caso hipotético. El DOJ consideraría sus Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales y la SEC consideraría los factores que figuran en el informe Seabord, que se examinan en el capítulo 5. En general, cuanto más atroz y prolongada sea la corrupción, más probable es que el DOJ y la SEC inicien un proceso contra la Empresa B. En ciertas circunstancias limitadas, el DOJ y la SEC han desestimado, en el pasado, el proceso contra las empresas adquiridas, reconociendo que es posible que el peso de gran parte del daño a la reputación y los costos asociados con tal proceso caiga sobre los hombros de las empresas adquirentes.

Escenario 2:

La Empresa A planea adquirir la Empresa B. Aunque, tal como sucede en el Escenario 1, la Empresa A lleva a cabo una exhaustiva diligencia debida, no descubre el soborno hasta después de la adquisición. La Empresa A se asegura entonces de que los pagos ilegales cesen y revela voluntariamente la mala conducta al DOJ y a la SEC. La Empresa B se integra rápidamente en los sólidos controles internos de la Empresa A, incluidas sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, que comunica a sus nuevos empleados a través de la capacitación obligatoria virtual y presencial en el idioma local. La Empresa A también requiere que los distribuidores externos de la Empresa B y otros agentes firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen declaraciones y garantías anticorrupción y relativas al cumplimiento de la FCPA, así como derechos de auditoría.

Basándose en estos hechos, ¿abrirán proceso el DOJ o la SEC?

En ausencia de circunstancias inusuales no contempladas en este caso hipotético, es poco probable que el DOJ y la SEC abran proceso contra la Empresa A por la mala conducta previa a la adquisición de la Empresa B, siempre que la Empresa B siga existiendo en una forma que le permita ser procesada por separado (por ejemplo, la Empresa B es una subsidiaria de la Empresa A). El DOJ y la SEC entienden que ninguna diligencia debida es perfecta y que la sociedad se beneficia cuando las empresas con sólidos programas de cumplimiento adquieren y mejoran a las empresas con programas débiles. Sin embargo, al mismo tiempo, ni la responsabilidad por la corrupción, ni los daños causados por ella, se eliminan cuando una empresa adquiere a otra. El hecho de que el DOJ y la SEC decidan entablar un proceso contra la Empresa B (o, en circunstancias inusuales, contra la Empresa A) dependerá de la valoración de todos los factores que figuran en los Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Comerciales y el Informe Seabord, respectivamente.

Escenario 3:

La Empresa A se fusiona con la Empresa B, que tiene el mismo giro de negocios e interactúa con los mismos clientes del Gobierno Extranjero, y forma la Empresa C. La diligencia debida antes de la fusión revela que tanto la Empresa A como la Empresa B han estado involucradas en un soborno similar. En ambos casos, el soborno fue extenso y conocido por los altos directivos de las empresas.

Basándose en estos hechos, ¿abrirán proceso el DOJ o la SEC?

Sí. El DOJ y la SEC han procesado a empresas como la Empresa C en base a la responsabilidad del sucesor. La Empresa C es una combinación de dos empresas, ambas de las cuales violaron la FCPA, y su fusión no elimina su responsabilidad. Además, dado que la Empresa C es una empresa en funcionamiento, el DOJ o la SEC podrán imponer un monitoreo para asegurar de que el soborno ha cesado y se desarrolla un programa de cumplimiento para prevenir futuras conductas indebidas.

Principios adicionales de responsabilidad penal por violaciones de las disposiciones antisoborno: Complicidad, favorecimiento y conspiración

Según la ley federal, las personas naturales o las empresas que actúen como cómplices de un delito o lo favorezcan, incluida una violación de la FCPA, son tan culpables como si ellos mismos hubiesen cometido el delito directamente. El estatuto sobre complicidad y favorecimiento establece que quien "cometa un delito contra los Estados Unidos de América o ayude, favorezca, aconseje, ordene, induzca o procure su comisión" o "disponga deliberadamente que se cometa un acto que si fuera realizado directamente por él o un tercero sería un delito contra los Estados Unidos", es castigado como autor principal.²⁰³ La complicidad y el favorecimiento no es un delito independiente, y el gobierno debe probar que se cometió una violación subyacente de la FCPA.²⁰⁴

Según los principios normales de responsabilidad por conspiración, las personas naturales y las empresas, incluidas las personas naturales y empresas extranjeras, también pueden ser responsables de conspirar para violar la FCPA; es decir, de acordar la comisión de una violación de la FCPA, incluso si no se les acusa o no pueden ser acusados independientemente de una violación sustantiva de la FCPA. Por ejemplo, una empresa extranjera no emisora podría ser condenada por conspirar con una entidad nacional para violar la FCPA. En determinadas circunstancias, también podría ser considerada responsable de las violaciones sustantivas de la FCPA por parte de la entidad nacional en virtud del caso *Pinkerton contra Estados Unidos de América*, que impone responsabilidad a un acusado por delitos razonablemente previsibles cometidos por un coconspirador en apoyo de una conspiración a la que se ha unido el acusado.²⁰⁵

Una empresa o persona natural extranjera puede ser considerada responsable de actuar como cómplice y favorecer una violación de la FCPA o de conspirar para violar

la FCPA, incluso si la empresa o persona extranjera no realizó ningún acto para promover el pago corrupto mientras estaba en el territorio de los Estados Unidos. En los casos de conspiración, los Estados Unidos generalmente tienen jurisdicción sobre todos los conspiradores cuando por lo menos uno de ellos es un emisor, una entidad nacional o comete un acto manifiesto razonablemente previsible dentro de los Estados Unidos.²⁰⁶

Por ejemplo, si una empresa o persona natural extranjera conspira para violar la FCPA con alguien que comete un acto manifiesto dentro de los Estados Unidos, los Estados Unidos pueden interponer una acción judicial contra la empresa o persona natural extranjera por la conspiración. El mismo principio se aplica a las violaciones por complicidad. Por ejemplo, aunque no hayan tomado ninguna medida en los Estados Unidos, las empresas japonesas y europeas fueron acusadas de conspirar con una entidad nacional para violar la FCPA y actuar como cómplices y favorecer tales violaciones.²⁰⁷

Sin embargo, en el caso *Estados Unidos de América contra Hoskins*, el Segundo Circuito abordó la cuestión de si las personas que no estaban directamente amparadas por las disposiciones antisoborno de la FCPA podían, no obstante, ser culpables de conspirar para violar las disposiciones antisoborno de la FCPA o de actuar como cómplices y favorecer su violación, y concluyó que no podían hacerlo.²⁰⁸ Por lo tanto, al menos en el Segundo Circuito, una persona natural puede ser procesada penalmente por conspiración para violar las disposiciones antisoborno de la FCPA o por actuar como cómplice y favorecer una violación de las disposiciones antisoborno de la FCPA solo si la conducta y el rol de esa persona recaen dentro de una de las categorías específicamente enumeradas en forma expresa en las disposiciones antisoborno de la FCPA.

Al menos un juzgado de primera instancia de otro circuito ha rechazado el razonamiento de la decisión de Hoskins y ha concluido que los acusados podrían ser penalmente responsables de conspiración para violar las disposiciones antisoborno de la FCPA y de actuar como cómplices y favorecer una violación, aunque "no pertenezcan a la clase de personas capaces de cometer una violación sustantiva de la FCPA".²⁰⁹

Principios adicionales de responsabilidad civil por violaciones de las disposiciones antisoborno: Ayuda e incitación y causa

Tanto las empresas como las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables civiles por actuar como cómplices y favorecer las violaciones de las disposiciones antisoborno de la FCPA si, a sabiendas o en forma temeraria, proporcionan una ayuda sustancial a un infractor.²¹⁰ Del mismo modo, en el contexto de los procedimientos administrativos, las empresas y las personas pueden ser considerados responsables de causar violaciones de la FCPA.²¹¹ Esta responsabilidad se extiende a las subsidiarias y a los agentes de los emisores estadounidenses.

En un caso, la subsidiaria estadounidense de una empresa de transporte de carga suiza fue considerada civilmente responsable del pago de sobornos en nombre de sus

clientes en varios países.²¹² Aunque la subsidiaria estadounidense no era un emisor para los efectos de la FCPA, era un “agente” de varios emisores estadounidenses. Al pagar sobornos en nombre de los clientes de sus emisores, la subsidiaria violó directamente la FCPA y actuó como cómplice de los emisores y los favoreció en la violación de la FCPA.

¿Cuál es el plazo de prescripción aplicable?

Plazo de prescripción en casos penales

Las disposiciones antisoborno y contables de la FCPA no especifican un plazo de prescripción para las acciones penales. Por consiguiente, se aplican plazos de prescripción generales. En el caso de violaciones sustantivas de las disposiciones antisoborno de la FCPA, se aplica el plazo de prescripción de cinco años establecido en el Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 3282.²¹³ En el caso de violaciones de las disposiciones contables de la FCPA, que se definen como “delito[s] de fraude que involucran títulos valores” en virtud del Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 3301, se fija un plazo de prescripción de seis años.²¹⁴

En los casos que involucren conspiraciones contra la FCPA, el gobierno puede procesar conductas que se produzcan antes del plazo de prescripción general aplicable a las conspiraciones según el Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 371. En el caso de los delitos de conspiración, el gobierno, por lo general, solo necesita probar que un acto de fomento de la conspiración se produjo durante el plazo de prescripción, lo cual permite al gobierno interponer una acción judicial por sobornos pagados o por infracciones contables que se produzcan durante más de cinco o seis años, respectivamente, antes de la presentación de cargos formales.²¹⁵

Existen por lo menos dos formas en que se suele ampliar el plazo de prescripción aplicable. En primer lugar, las empresas o las personas naturales que cooperan con el DOJ pueden celebrar un acuerdo de extensión del plazo de prescripción que amplíe voluntariamente dicho plazo. Las empresas y las personas pueden optar por hacerlo de modo que dispongan de más tiempo para hacer su propia investigación de la conducta, así como para darles la oportunidad de reunirse con el gobierno para examinar el caso e intentar llegar a una solución negociada. En segundo lugar, según el Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 3292, el gobierno puede solicitar una orden judicial que suspenda el plazo de prescripción en una causa penal durante un máximo de tres años a fin de recabar pruebas de países extranjeros. Por lo general, el periodo de suspensión comienza cuando el gobierno de los Estados Unidos presenta la solicitud oficial a la autoridad extranjera y concluye en la fecha en la que la autoridad extranjera adopta la decisión final sobre la solicitud o en un plazo de tres años, lo que ocurra en primer término.²¹⁶

Plazo de prescripción de las acciones civiles

En los casos civiles iniciados por la SEC, la prescripción se establece en el Código de los Estados Unidos de América, Título 28, Artículo 2462 que prevé una prescripción de cinco años en cualquier "litigio o proceso para la aplicación de cualquier multa, pena, o confiscación". El periodo de cinco años comienza a correr "cuando se instituyó por primera vez el reclamo". El plazo de prescripción de cinco años se aplica a las acciones de la SEC que propenden a sanciones civiles, pero no impide a la SEC iniciar acciones legales para obtener medios reparatorios previstos en el sistema del *equity*, tal como una medida cautelar, para la conducta que ocurrió antes del periodo de cinco años. En el caso *Kokesh contra la SEC*, la Corte Suprema dictaminó que, dado de que el recurso de devolución forzosa de ganancias ilícitas constituye una "sanción", está, por lo tanto, sujeta a la prescripción de cinco años según el Código de los Estados Unidos de América, Título 28, Artículo 2462.²¹⁷

En los casos contra personas naturales que no son residentes de los Estados Unidos, la ley se aplica durante cualquier periodo en que los acusados no sean "encontrados dentro de los Estados Unidos a fin de que se les pueda notificar adecuadamente del proceso".²¹⁸ Además, las empresas o las personas pueden celebrar acuerdos de extensión del plazo de prescripción que amplíen voluntariamente dicho plazo.

mcp
María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Capítulo 3

Disposiciones contables de la FCPA

DISPOSICIONES CONTABLES DE LA FCPA

Además de las disposiciones antisoborno, la FCPA contiene disposiciones contables aplicables a las empresas públicas. Las disposiciones contables de la FCPA operan en conjunto con las disposiciones antisoborno²¹⁹ y prohíben la contabilidad no registrada en libros. La gerencia de la empresa y los inversionistas confían en los estados financieros y los controles contables internos de una empresa para garantizar la transparencia en la salud financiera del negocio, los riesgos asumidos y las transacciones entre la empresa y sus clientes y socios comerciales. Las disposiciones contables se han diseñado para “reforzar la exactitud de los libros y registros de la empresa y la fiabilidad del proceso de auditoría que constituyen los fundamentos de nuestro sistema de divulgación de información empresarial”.²²⁰

Las disposiciones contables constan de dos componentes principales. En primer lugar, en virtud de la disposición sobre “libros y registros”, los emisores deben elaborar y mantener libros, registros y cuentas que reflejen, con un grado de razonable detalle, de manera precisa y justa, las transacciones y disposiciones de los activos de un emisor.²²¹ En segundo lugar, en virtud de la disposición relativa a los “controles internos”, los emisores deben idear y mantener un sistema de controles contables internos suficiente para asegurar el control, la autoridad y la responsabilidad de la administración sobre los activos de la empresa.²²² Estos componentes y otros aspectos de las disposiciones contables se abordan con mayor detalle a continuación.

Aunque las disposiciones contables se promulgaron originalmente como parte de la FCPA, no se aplican únicamente a las infracciones relacionadas con el soborno. Más bien, las disposiciones contables exigen que todas las empresas públicas rindan cuenta de todos sus activos y pasivos en forma precisa y con razonable detalle, y constituyen la columna vertebral de la mayoría de los casos de fraude contable y de divulgación de información sobre emisores presentados por el DOJ y la SEC.²²³

En el pasado, el soborno empresarial se ha ocultado mediante la falsificación de los libros y registros de las empresas” y las disposiciones contables “eliminan esta vía de encubrimiento”.

Informe del Senado 95-114, en 3 (1977).

¿Qué aspectos abarcan las disposiciones contables?

Disposición sobre libros y registros

Los sobornos, tanto extranjeros como nacionales, suelen estar mal caracterizados en los libros y registros de las empresas. El artículo 13(b)(2)(A) de la Ley Bursátil (Código de los Estados Unidos de América, Título 15, Artículo 78m(b)(2)(A)), al que se hace referencia comúnmente como la disposición sobre “libros y registros”, exige que los emisores “abran y mantengan libros, registros y cuentas que, con un grado de detalle

razonable, reflejen de manera precisa y justa las transacciones y disposiciones de los activos del emisor".²²⁴ El requisito "con un grado de detalle razonable" fue adoptado por el Congreso "a la luz de la preocupación de que esa norma, sin tal especificación, podría conllevar un grado de exactitud y precisión que no es realista".²²⁵ La adición de esta frase tenía por objeto aclarar "que los registros del emisor deben reflejar las transacciones de conformidad con los métodos aceptados de registro de los acontecimientos económicos e impedir eficazmente los fondos secretos y los pagos de sobornos".²²⁶

El término "detalle razonable" se define en la ley como el nivel de detalle que "satisfaría a los funcionarios prudentes en la conducción de sus propios asuntos".²²⁷ Así pues, como señaló el Congreso cuando adoptó esta definición, "el concepto de razonabilidad de la necesidad contempla la ponderación de una serie de factores pertinentes, incluidos los costos de cumplimiento".²²⁸

Aunque la norma es una de detalle razonable, nunca es apropiado caracterizar erróneamente las transacciones en los libros y registros de una empresa.²²⁹ Los sobornos se suelen ocultar bajo la apariencia de pagos legítimos, como comisiones u honorarios de asesoría.

En los casos en que no se reúnan todos los elementos de una violación de las disposiciones antisoborno (por ejemplo, cuando no se haya recurrido al comercio entre estados) las empresas pueden, no obstante, ser responsables si los pagos indebidos se registran de manera inexacta. En consonancia con el enfoque de la FCPA de prohibir los pagos de cualquier valor que se hagan con un propósito corrupto, no existe un umbral de materialidad en la disposición sobre libros y registros. En combinación con la disposición sobre controles internos, el requisito de que los emisores mantengan libros y registros que reflejen de manera precisa y justa las transacciones de la empresa "garantiza, entre otras cosas, que los activos del emisor se utilicen para los fines corporativos adecuados".²³⁰ Al igual que en el caso de las disposiciones contra el soborno, la aplicación por parte del DOJ y la SEC de la disposición relativa a los libros y registros ha implicado típicamente la notificación incorrecta de grandes pagos de sobornos o el registro impreciso generalizado de pagos más pequeños realizados como parte de una pauta sistemática de sobornos, y tanto el DOJ como la SEC tienen en cuenta la naturaleza y la gravedad de la conducta a la hora de determinar si se debe emprender una acción coercitiva.

Los sobornos han sido mal caracterizados como:

- Comisiones o regalías
- Honorarios de consultoría
- Gastos de ventas y marketing
- Incentivos o estudios científicos
- Gastos de viaje y entretenimiento
- Descuentos o devoluciones
- Honorarios del servicio posventa
- Gastos varios

- Retiros de efectivo menores
- Mercancía gratis
- Cuentas interempresariales
- Pagos a proveedores /vendedores
- Castigos
- Pagos de “intervención aduanera”

Disposición sobre controles contables internos

El pago de sobornos suele ocurrir en empresas que tienen un entorno débil de control contable interno. Los controles internos de la presentación de informes financieros son los procesos utilizados por las empresas para dar garantías razonables en cuanto a la fiabilidad de los informes financieros y la preparación de los estados financieros. Comprenden diversos componentes, como: un entorno de control que engloba la pauta marcada por la organización en lo que respecta a la integridad y la ética; evaluación de riesgos; actividades de control que abarcan las políticas y procedimientos destinados a garantizar que se cumplan las directrices de gestión (por ejemplo, aprobaciones, autorizaciones, conciliaciones y segregación de funciones); información y comunicación; y supervisión. El artículo 13(b)(2)B) de la Ley Bursátil (Código de los Estados Unidos de América, Título 15, Artículo 78m(b)(2)(B)), al que se hace referencia comúnmente como la disposición sobre “controles internos”, exige a los emisores que:

diseñen y mantengan un sistema de controles contables internos suficientes para ofrecer garantías razonables de que:

- (i) las transacciones se ejecutan de acuerdo con la autorización general o específica de la gerencia;
- (ii) las transacciones se registran según sea necesario para: (I) permitir la preparación de estados financieros de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados o cualquier otro criterio aplicable a esos estados, y (II) mantener la contabilidad de los activos
- (iii) El acceso a los bienes solo se permite de conformidad con la autorización general o específica de la gerencia; y
- (iv) La rendición de cuentas registrada de los activos se compara con los activos existentes a intervalos razonables y se adoptan medidas apropiadas con respecto a cualquier diferencia (...)²³¹

Al igual que el requisito de “detalle razonable” de la disposición sobre libros y registros, la Ley define las “garantías razonables” como el “nivel de detalle y el grado de seguridad que satisfaría a los funcionarios prudentes en la conducción de sus propios asuntos”.²³²

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 64 de 214

La Ley no especifica un conjunto particular de controles que las empresas deben implementar. Más bien, la disposición sobre los controles contables internos da a las empresas la flexibilidad para desarrollar y mantener un sistema de controles que sea apropiado para sus necesidades y circunstancias particulares.

Aunque los controles contables internos de una empresa no son sinónimo del programa de cumplimiento de una empresa, un programa de cumplimiento efectivo contiene una serie de componentes que pueden superponerse con un componente crítico de los controles contables internos de un emisor. Fundamentalmente, el diseño de los controles internos de una empresa debe tener en cuenta las realidades operativas y los riesgos que conlleva el negocio de la empresa, tales como: la naturaleza de sus productos o servicios; la forma en la que los productos o servicios llegan al mercado; la naturaleza de su fuerza laboral; el grado de reglamentación; el alcance de su interacción con el gobierno; y en qué grado tiene operaciones en países con un alto riesgo de corrupción. Al igual que los controles contables internos de una empresa han sido adaptados a sus operaciones, su programa de cumplimiento necesita adaptarse a los riesgos específicos de sus operaciones. Las empresas cuyas operaciones las exponen a un alto riesgo de corrupción necesariamente diseñarán y emplearán programas de cumplimiento distintos de los de las empresas que están menos expuestas a la corrupción, del mismo modo que se espera que una empresa de servicios financieros diseñe y emplee controles contables internos distintos a los de un fabricante.

Las empresas con controles internos ineficaces a menudo se enfrentan a riesgos de malversación de fondos y de actuación en provecho propio por parte de los empleados, sobornos comerciales, problemas de control de las exportaciones y violaciones de otras leyes estadounidenses y locales.

Un caso del 2008 contra un fabricante alemán de productos industriales y de consumo ilustra un problema sistémico de controles internos relacionados con el soborno que no tenía precedentes en cuanto a escala y alcance geográfico.

Entre el 2001 y 2007, la empresa creó sistemas de pago elaborados, que incluyeron fondos ilícitos, cuentas no reflejadas en los libros y pagos sistemáticos a consultores de negocios y otros intermediarios para facilitar el soborno. Los pagos se hacían de manera que se ocultaba su propósito y los destinatarios finales del dinero. En algunos casos, los empleados obtenían grandes sumas de dinero de las cajas y luego lo transportaban en maletas a través de las fronteras internacionales. Las autorizaciones de algunos pagos se colocaron en notas adhesivas y posteriormente se retiraron para evitar cualquier registro permanente. La empresa hizo pagos por un total aproximado de USD 1,360 millones a través de diversos mecanismos, lo que incluyó USD 805.5 millones por concepto de sobornos y USD 554.5 millones con fines desconocidos.²³³ La empresa fue acusada de violaciones de los controles internos y de los libros y registros, así como de violaciones de las disposiciones antisoborno, y pagó más de USD 1,600 millones para resolver el caso con las autoridades de los Estados Unidos y Alemania.²³⁴

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net


María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Los tipos de fallas en el control interno identificados en el ejemplo anterior existen en muchos otros casos en los que se acusó a las empresas de violaciones de los controles internos.²³⁵ Un caso del 2010 contra un fabricante multinacional de automóviles involucró un soborno que se produjo durante un largo periodo de tiempo en varios países.²³⁶ En ese caso, la empresa utilizó varias cuentas del libro mayor, conocidas internamente como "cuentas internas de terceros", para mantener los saldos acreedores en beneficio de funcionarios del gobierno.²³⁷ Las cuentas se financiaron mediante varios mecanismos de fijación de precios falsos, tales como "recargos de precios", "inclusiones de precios" o comisiones excesivas.²³⁸

Asimismo, la empresa utilizaba descuentos o devoluciones artificiales en los contratos de venta para generar el dinero para pagar los sobornos.²³⁹ Los sobornos también se hacían a través de intermediarios de ventas falsos y socios comerciales corruptos, así como mediante el uso de cajas registradoras.²⁴⁰ Los ejecutivos de ventas obtenían dinero en efectivo de la empresa en cantidades tan elevadas como cientos de miles de dólares, lo que permitía a la empresa ocultar el propósito y los destinatarios del dinero pagado a los funcionarios gubernamentales.²⁴¹ Además de los cargos por soborno, la empresa fue acusada de violaciones de los controles internos y de las disposiciones sobre libros y registros.

Los buenos controles contables internos pueden prevenir no solo las violaciones de la FCPA, sino también otras conductas ilegales o poco éticas de la empresa, sus subsidiarias y sus empleados. El DOJ y la SEC han presentado repetidamente casos de violación de la FCPA que también implicaban otros tipos de mala conducta, como el fraude financiero²⁴², soborno comercial²⁴³, violaciones de los controles de exportación²⁴⁴ y malversación de fondos o actuación en provecho propio de los empleados de la empresa.²⁴⁵

Posibles denuncias y violaciones de la normativa contra el fraude

Los emisores tienen obligaciones de presentación de informes en virtud del Artículo 13(a) de la Ley Bursátil, que exige que los emisores presenten un informe anual que contenga información exhaustiva sobre el emisor. El hecho de no revelar adecuadamente información material sobre la actividad del emisor, incluidos los ingresos, gastos, beneficios, activos o pasivos materiales relacionados con el soborno de funcionarios de gobiernos extranjeros, puede dar lugar a infracciones antifraude y de presentación de informes según los artículos 10 b) y 13 a) de la Ley Bursátil.

Por ejemplo, una empresa de tecnología domiciliada en California fue acusada de denunciar infracciones, además de violaciones de las disposiciones de la FCPA contra el soborno y las disposiciones sobre contabilidad, cuando su plan de soborno dio lugar a inexactitudes materiales en sus presentaciones a la SEC²⁴⁶. A la empresa también se le adjudicaron contratos obtenidos mediante sobornos pagados a funcionarios chinos que generaron ingresos y ganancias sustanciales. Los ingresos y las ganancias ayudaron a la empresa a compensar las pérdidas incurridas para desarrollar nuevos productos que se esperaba se convirtieran en la futura fuente de crecimiento de los

ingresos de la empresa. La empresa registró indebidamente los pagos de sobornos como gastos de comisiones de ventas en sus libros y registros.

Las empresas que se dedican al soborno también pueden participar en actividades que violan las disposiciones de lucha contra el fraude y de presentación de información. Por ejemplo, una empresa de oleoductos y gasoductos y sus empleados perpetraron un plan de larga data para utilizar las cuentas de caja chica de la empresa en Nigeria para hacer diversos pagos corruptos a funcionarios fiscales y judiciales nigerianos utilizando facturas falsas.²⁴⁷ La empresa y sus empleados también participaron en un plan fraudulento para reducir al mínimo las obligaciones fiscales de la empresa en Bolivia utilizando facturas falsas para reclamar compensaciones falsas de sus obligaciones en materia de impuesto sobre el valor añadido. El plan dio lugar a una sobreestimación sustancial de los ingresos netos de la empresa en los estados financieros de ésta, lo que violó las disposiciones antifraude y de presentación de información de la Ley Bursátil. Ambos planes también violaban las disposiciones sobre libros y registros y controles internos.

¿Cuáles son las demás obligaciones de la gerencia?

Ley Sarbanes-Oxley de 2002

En 2002, en respuesta a una serie de escándalos contables en los que se vieron envueltas empresas estadounidenses, el Congreso promulgó la Ley Sarbanes-Oxley (Sarbanes-Oxley o SOX),²⁴⁸ que reforzó los requisitos contables para los emisores. Todos los emisores deben cumplir con los requisitos de la ley Sarbanes-Oxley, varios de los cuales tienen repercusiones para la FCPA.

Artículo 302 de la SOX (Código de los Estados Unidos de América, Título 15, Artículo 7241) – Responsabilidad de los directivos de la empresa por la exactitud y validez de los informes financieros corporativos.

El Artículo 302 de la Ley Sarbanes-Oxley exige que los “funcionarios principales” de una empresa (por lo general, el Gerente General (CEO) y el Director Financiero (CFO) se responsabilicen y certifiquen trimestralmente la integridad de los informes financieros de su empresa. En virtud de la Regla 13a-14 de la Ley Bursátil, comúnmente denominada regla de “certificación SOX”, cada informe periódico presentado por un emisor debe incluir una certificación firmada por el funcionario ejecutivo principal y el funcionario financiero principal del emisor en la que se declare, entre otras cosas, que (i) sobre la base del conocimiento del funcionario, el informe no contiene inexactitudes u omisiones materiales; (ii) en base al conocimiento del funcionario, los estados financieros pertinentes son exactos en todos los aspectos materiales; (iii) los controles internos están debidamente diseñados; y 43 (iv) los funcionarios certificadores han revelado al comité de auditoría del emisor y a los auditores todas las deficiencias importantes de control interno.

Artículo 404 de la SOX (Código de los Estados Unidos de América, Título 15, Artículo 7262) – Presentación de informes sobre el estado de los controles internos de la presentación de información financiera de una empresa

La Ley Sarbanes-Oxley también fortaleció la información que una empresa debe divulgar con respecto al estado de sus controles internos sobre la presentación de información financiera. De conformidad con el Artículo 404, los emisores deben presentar en sus informes anuales las conclusiones de la dirección sobre la eficacia de los controles internos de la empresa con respecto a la información financiera. Esta declaración también debe evaluar la eficacia de dichos controles y procedimientos internos. Adicionalmente, el auditor independiente de la empresa debe certificar e informar sobre su evaluación de la eficacia de los controles internos de la empresa con respecto a la información financiera.

Según lo dispuesto en el artículo 404, la SEC ha adoptado normas que exigen que los emisores y sus auditores independientes informen al público sobre la eficacia de los controles internos de la empresa en materia de información financiera.²⁴⁹ Estos controles internos incluyen los relacionados con actos ilegales y de fraude (incluidos los actos de soborno) que podrían dar lugar a una inexactitud material de los estados financieros de la empresa²⁵⁰. En 2007, la SEC publicó directrices relativas a los controles sobre la presentación de información financiera.²⁵¹

Artículo 802 de la SOX (Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículos 1519 y 1520) – Sanciones penales por alteración de documentos

El Artículo 802 de la Ley Sarbanes-Oxley prohíbe alterar, destruir, mutilar, ocultar o falsificar registros, documentos u objetos tangibles con la intención de obstruir, impedir o influir en una investigación federal potencial o real. En esta sección también se prohíbe a todo contador violar consciente y deliberadamente el requisito de que todos los papeles de trabajo o examen de auditoría se mantengan por un periodo de cinco años.

¿A quién afecta estas disposiciones contables?

Responsabilidad civil para emisores, subsidiarias y afiliadas

Las disposiciones contables de la FCPA se aplican a cada emisor que tenga una clase de valores registrados de conformidad con el artículo 12 de la Ley Bursátil o que esté obligado a presentar informes anuales u otros informes periódicos de conformidad con el Artículo 15(d) de la Ley Bursátil.²⁵² Estas disposiciones se aplican a cualquier emisor cuyos valores se coticen en una bolsa nacional de valores de los Estados Unidos, incluidos los emisores extranjeros con Recibos de Depósito expedido por un Banco Norteamericano (ADR) cotizados en bolsa.²⁵³ También se aplican a las empresas cuyas acciones se negocian en el mercado extrabursátil de los Estados Unidos y que presentan informes periódicos a la Comisión, tales como informes anuales y trimestrales. A diferencia de las disposiciones de la FCPA contra el soborno, las disposiciones contables no se aplican a las empresas privadas.²⁵⁴

Aunque las disposiciones contables de la FCPA están dirigidas a los "emisores", los libros y registros de un emisor incluyen los de sus subsidiarias y afiliadas consolidadas. Así, pues, la responsabilidad del emisor se extiende a garantizar que las subsidiarias o subsidiarias bajo su control, incluidas las subsidiarias extranjeras y las *joint ventures*, cumplan con las disposiciones contables. Por ejemplo, el DOJ y la SEC interpusieron acciones coercitivas contra una empresa de California por violar las disposiciones contables de la FCPA cuando dos *joint ventures* chinas en las que era socia pagaron más de USD 400,000 en sobornos durante un periodo de cuatro años para obtener negocios en China.²⁵⁵

El personal de ventas en China efectuaba los pagos ilícitos obteniendo anticipos en efectivo del personal de contabilidad, que registró los pagos en los libros como "honorarios comerciales" o "gastos de viaje y representación". Aunque los pagos fueron realizados exclusivamente en China por empleados chinos de la *joint venture*, la empresa de California incumplió con implementar controles internos adecuados y con actuar en función de las señales de alerta que indicaban que sus afiliadas estaban involucradas en sobornos. La empresa de California pagó USD 1.15 millones por concepto de multa civil sobre ganancias ilícitas y una sanción monetaria penal de USD 1.7 millones.

Es posible que las empresas no puedan ejercer el mismo nivel de control sobre una subsidiaria o afiliada de propiedad minoritaria que sobre una entidad de propiedad mayoritaria o absoluta. Por lo tanto, si una empresa matriz posee el 50 % o menos de una subsidiaria o afiliada, la matriz solo está obligada a realizar esfuerzos de buena fe para lograr que la subsidiaria o afiliada de propiedad minoritaria diseñe y mantenga un sistema de controles contables internos compatible con las obligaciones propias del emisor según la FCPA.²⁵⁶ Al evaluar los esfuerzos de buena fe de un emisor, se tienen en cuenta todas las circunstancias (incluido "el grado relativo de propiedad del emisor de la empresa nacional o extranjera y las leyes y prácticas que rigen las operaciones comerciales del país en el que está ubicada dicha empresa").²⁵⁷

Responsabilidad civil de personas naturales y otras entidades

Las empresas (incluidas las subsidiarias de los emisores) y las personas naturales pueden también incurrir en responsabilidad civil por ser cómplices y facilitar la violación de las disposiciones contables por parte de un emisor.²⁵⁸ Por ejemplo, en abril de 2010, la SEC acusó a cuatro personas (un Director Nacional, un Vicepresidente Sénior de Ventas, un Director Financiero Regional y un Contralor Internacional de un emisor estadounidense) por su papel en los planes para sobornar a funcionarios del gobierno kirguís y tailandés para que compren tabaco a su empleador. En la denuncia se alegaba que, entre otras cosas, las personas habían sido cómplices de la empresa emisora y facilitaron la violación de las disposiciones sobre libros y registros y controles internos "proporcionándole conscientemente una colaboración sustancial a" la empresa matriz.²⁵⁹ Los cuatro ejecutivos resolvieron los cargos en su contra consintiendo a que se registrasen sentencias definitivas en las que se les prohibía permanentemente violar las disposiciones contables y contra el soborno, y dos ejecutivos pagaron sanciones civiles.²⁶⁰ Como en otras áreas de la ley

federal de títulos valores, los funcionarios corporativos también pueden ser considerados responsables en calidad de personas que ejercen control.²⁶¹

Del mismo modo, en octubre de 2011, la SEC instituyó un proceso judicial en contra de un fabricante estadounidense de válvulas de agua y de un ex empleado de la subsidiaria china de la empresa por infringir reiteradamente las disposiciones contables de la FCPA.²⁶² La subsidiaria china había hecho pagos indebidos a los empleados de ciertos institutos de diseño con el fin de crear especificaciones de diseño que favorecían a los productos de válvulas de la empresa. Los pagos se disfrazaron como comisiones de venta en los libros y registros de la subsidiaria, causando así que los libros y registros del emisor estadounidense sean inexactos. Se ordenó al gerente general de la subsidiaria, que aprobó los pagos y que sabía o debería haber sabido que dichos pagos se habían registrado incorrectamente, que cesara y desistiera de cometer o causar violaciones de las disposiciones contables, entre otros cargos.²⁶³

Adicionalmente, a las personas naturales y empresas se les puede atribuir responsabilidad civil directa por falsificar los libros y registros de un emisor o por eludir los controles internos. La Regla 13b2-1 de la Ley Bursátil dispone: "Ninguna persona falsificará, directa o indirectamente, ningún libro, registro o cuenta sujetos a [la disposición relativa a los libros y registros] de la Ley del Mercado de Valores".²⁶⁴ De igual manera, el Artículo 13(b)(5) de la Ley Bursátil (Código de los Estados Unidos de América, Título 15, Artículo 78m(b)(5)) establece que "ninguna persona eludirá o dejará de implementar en forma deliberada un sistema de controles contables internos o falsificará voluntariamente cualquier libro, registro o cuenta (...)".²⁶⁵ La Ley Bursátil define el término "persona" como una "persona natural, empresa, gobierno o subdivisión política, agencia o dependencia de un gobierno".²⁶⁶

A los funcionarios y directores de un emisor también se les puede atribuir responsabilidad civil por hacer declaraciones falsas al auditor de una empresa. La Regla 13b2-2 de la Ley Bursátil prohíbe a los funcionarios y directores hacer (o disponer que se hagan) declaraciones esencialmente falsas o engañosas, incluida una omisión de hechos relevantes, a un contador. Esta responsabilidad surge en relación con cualquier auditoría, revisión o examen de los estados financieros de una empresa o en relación con la presentación de cualquier documento a la SEC.²⁶⁷

Por último, el director ejecutivo y el director financiero, o las personas que desempeñan funciones similares, pueden ser considerados responsables por violar el Artículo 13a-14 de la Ley Bursátil al firmar las certificaciones personales exigidas por la SOX a sabiendas de que son falsas. Así, por ejemplo, en enero de 2011, la SEC acusó al ex CEO de un emisor estadounidense por el papel que desempeñó en los planes para sobornar a funcionarios del gobierno iraquí en relación con el Programa de las Naciones Unidas Petróleo-por-Alimentos y para sobornar a funcionarios iraquíes e indonesios para que comprasen los aditivos para combustible de la empresa. Allí, la empresa utilizó facturas falsas y contratos de consultoría ficticios para respaldar los grandes sobornos que se transmitieron a funcionarios extranjeros a través de un agente, y los sobornos fueron caracterizados erróneamente como comisiones

legítimas y honorarios de viaje en los libros y registros de la empresa. El funcionario ordenó y autorizó los pagos de sobornos y su registro falso en los libros y registros. También firmó certificaciones anuales y trimestrales de la SOX en las que declaró falsamente que los estados financieros de la empresa habían sido presentados de manera razonable y los controles internos de la empresa suficientemente diseñados, así como las declaraciones anuales ante los auditores externos de la empresa donde afirmó falsamente que cumplía con el código de ética de la empresa y que no tenía conocimiento sobre ninguna violación del código de ética por parte de alguna otra persona. El funcionario fue acusado de complicidad en la violación de los libros y registros y de las disposiciones sobre controles internos, de eludir los controles internos, de falsificar libros y registros, de hacer declaraciones falsas a los contadores y de firmar certificaciones falsas.²⁶⁸ Finalmente, este aceptó que se solicitara una medida cautelar y pagó una sanción de devolución forzosa de ganancias ilícitas y una sanción civil.²⁶⁹ Más adelante, también se declaró culpable en el Reino Unido de conspirar para corromper a funcionarios iraquíes e indonesios.²⁷⁰

Responsabilidad penal por infracciones contables

Se puede atribuir responsabilidad penal a las empresas y personas naturales por incumplimiento deliberado y consciente de las disposiciones de la FCPA en materia de libros y registros o controles internos.²⁷¹

Por ejemplo, un fondo de cobertura domiciliado en los Estados Unidos fue acusado penalmente de violar las disposiciones sobre libros y registros y de controles contables internos de la FCPA, entre otras infracciones. Como parte de su acuerdo de enjuiciamiento diferido, la empresa admitió haber falsificado sus libros y registros falsificando registros relacionados con la contratación y la naturaleza de los servicios y los pagos a un intermediario que utilizaba en Libia a fin de ocultar la verdadera naturaleza de los pagos. Adicionalmente, el fondo de cobertura admitió que no había implantado un sistema de controles internos relativos a la diligencia debida para la contratación de intermediarios de terceros, la autorización previa y la aprobación de acuerdos con terceros y agentes, la notificación a clientes y posibles clientes de acuerdos con terceros que tuviesen repercusiones en los acuerdos con los clientes, la documentación y la prueba de los servicios prestados por los terceros, la auditoría de activos y operaciones en áreas que planteaban un alto riesgo de corrupción, la garantía de una justificación adecuada de la utilización y el pago a las entidades nominadas, y la supervisión de los procesos de pago para garantizar que los pagos se efectuasen con arreglo a los controles apropiados.²⁷² De manera similar, una empresa de electrónica domiciliada en los Estados Unidos celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido para resolver cargos sobre el hecho de que dispuso, en forma consciente y deliberada, que su emisora matriz de origen japonés falsificara sus libros y registros relativos a la contratación indebida de consultores y el ocultamiento de pagos a agentes de ventas de terceros. Como parte de su acuerdo, la empresa admitió que contrató a supuestos consultores que hicieron poco o ningún trabajo de consultoría real, a través de un proveedor de servicios externo y pagó por esos servicios con cargo a un presupuesto sobre el que un alto ejecutivo tenía absoluto control y discreción, sin una supervisión significativa por parte de ningún representante de la

empresa o la matriz. Al clasificar erróneamente estos pagos como “pagos a consultores” en su libro mayor, la empresa causó que su emisora-matriz los designara incorrectamente como “gastos de venta y administrativos generales” en sus libros, registros y cuentas. Además, la empresa admitió que sus altos ejecutivos proporcionaron a la casa matriz declaraciones falsas o incompletas sobre la eficacia de los controles internos de la empresa en sus certificaciones de la Ley Sarbanes-Oxley.²⁷³

A las personas naturales se les puede atribuir responsabilidad penal por violaciones de disposiciones contables. Por ejemplo, un ex director gerente de negocio inmobiliario de un banco estadounidense en China se declaró culpable de conspirar para evadir los controles contables internos con el fin de transferir una participación accionaria en dólares en una propiedad multimillonaria de un edificio de Shanghai a él mismo y a un funcionario público chino con el que tenía una amistad personal. El ex director gerente formuló reiteradas declaraciones falsas a su empleador sobre la transacción y sobre las participaciones accionarias involucradas.²⁷⁴

Responsabilidad por complicidad y favorecimiento

Las empresas (incluidas las subsidiarias de los emisores) y las personas naturales podrán enfrentar responsabilidad penal por conspirar para cometer violaciones de las disposiciones contables o por actuar como cómplices en estas o favorecerlas.

Por ejemplo, la subsidiaria de una empresa domiciliada en Houston se declaró culpable de conspirar para cometer violaciones de las disposiciones sobre libros y registros y de las disposiciones antisoborno de la empresa, así como por actuar como cómplices en estas o favorecerlas²⁷⁵. La subsidiaria pagó sobornos por un valor superior a USD 4 millones y caracterizó falsamente los pagos como “comisiones”, “honorarios” o “servicios legales”, causando por lo tanto que los libros y registros de la empresa sean inexactos. Aunque la subsidiaria no era un emisor y, por lo tanto, no podía ser acusada directamente de una violación contable, era responsable penalmente de su participación en la violación de disposiciones contables de la empresa matriz.

Análogamente, una subsidiaria estadounidense de una empresa suiza de transporte de carga que no era un emisor fue acusada de conspirar, actuar como cómplices y favorecer las violaciones de los libros y registros de sus clientes, los cuales eran emisores y, por lo tanto, estaban sujetos a las disposiciones contables de la FCPA.²⁷⁶ La subsidiaria estadounidense ayudó sustancialmente a los clientes emisores a violar la disposición sobre libros y registros de la FCPA al ocultar la verdadera naturaleza de los pagos de sobornos en las facturas que presentó a los clientes-emisores.²⁷⁷ A la subsidiaria se le atribuyó, por lo tanto, una responsabilidad penal por su participación en las violaciones de la FCPA cometidas por los clientes-emisores, aunque por sí misma no estaba sujeta a las disposiciones contables de la FCPA.

A diferencia de las disposiciones antisoborno de la FCPA, las disposiciones contables se aplican a “cualquier persona” y, por lo tanto, no están sujetas al razonamiento de la

decisión del Segundo Circuito en el caso *Estados Unidos de América contra Hoskins*, que limita la conspiración y la responsabilidad por complicidad en virtud de las disposiciones antisoborno de la FCPA.²⁷⁸

Obligaciones de los auditores

Todas las empresas públicas de los Estados Unidos deben presentar estados financieros anuales preparados de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados en los Estados Unidos de América (los PCGA en EE.UU.). Estos principios de contabilidad se encuentran entre los más amplios del mundo. Los PCGA en EE.UU. requieren una contabilidad de todos los activos, pasivos, ingresos y gastos, así como una amplia información sobre las operaciones y la situación financiera de la empresa. Los estados financieros de una empresa deben estar completos y representar de manera justa la situación financiera de la empresa.²⁷⁹ Así, pues, según los PCGA en EE.UU., cualquier pago a funcionarios del gobierno extranjero debe ser debidamente contabilizado en los libros, registros y estados financieros de una empresa.

Las leyes estadounidenses, incluidas las Reglas de la SEC, requieren que los emisores se sometan a una auditoría externa anual de sus estados financieros y que pongan a disposición del público esos estados financieros auditados al presentarlos a la SEC. Las Reglas de la SEC y las reglas y estándares emitidos por el Consejo de Supervisión Contable de Empresas Públicas (PCAOB) bajo la supervisión de la SEC, requieren que los auditores externos sean independientes de las empresas que auditan. Los auditores independientes deben cumplir las reglas y estándares establecidos por el PCAOB cuando realizan una auditoría de una empresa pública. Las normas de auditoría regulan, por ejemplo, la responsabilidad del auditor en relación con los errores materiales, las irregularidades o los actos ilícitos de un cliente y sus funcionarios, directores y empleados. Adicionalmente, el auditor tiene la responsabilidad de obtener una comprensión de los controles internos de la información financiera de una entidad como parte de su auditoría y debe comunicar a la dirección y al comité de auditoría todas las deficiencias significativas y debilidades importantes identificadas durante la auditoría.²⁸⁰

Conforme al Artículo 10A de la Ley Bursátil, los auditores independientes que descubran un acto ilegal, tal como el pago de sobornos a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, tienen ciertas obligaciones en relación con sus auditorías de empresas públicas.²⁸¹ En general, el artículo 10A exige a los auditores que tengan conocimiento de actos ilegales, que informen de esos actos a los niveles apropiados dentro de la empresa y que, si ésta no adopta las medidas adecuadas, lo notifiquen a la SEC.

Capítulo 4

Otras leyes estadounidenses relacionadas

OTRAS LEYES ESTADOUNIDENSES RELACIONADAS

Las empresas y las personas naturales deben ser conscientes de que una conducta que viole las disposiciones antisoborno o disposiciones contables de la FCPA también puede violar otras leyes o reglamentos. Adicionalmente, los pagos a funcionarios e intermediarios de gobiernos extranjeros pueden violar estas leyes, aunque no concurren todos los elementos de una violación de la FCPA.

Ley de Viajes

La Ley de Viajes (Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 1952) prohíbe los viajes en el contexto del comercio entre estados o comercio exterior o el uso del correo o cualquier instalación del comercio entre estados o comercio exterior, con la intención de distribuir el producto de cualquier actividad ilícita o para promover, administrar, establecer o llevar a cabo cualquier actividad ilícita.²⁸² La "actividad ilícita" incluye violaciones no solo de la FCPA, sino también de las leyes estatales de soborno comercial. Así, pues, el soborno entre empresas comerciales privadas puede, en algunas circunstancias, quedar comprendido en la Ley de Viajes. Dicho de otro modo, si una empresa paga sobornos a un empleado de una empresa privada que no es un funcionario extranjero, ese soborno de una entidad privada a otra podría ser imputable en virtud de la Ley de Viajes.

El DOJ ha acusado anteriormente a los acusados, tanto personas naturales como empresas, en casos de la FCPA de violaciones de la Ley de Viajes.²⁸³ Por ejemplo, un inversionista particular fue condenado por conspiración para violar la FCPA y la Ley de Viajes en el 2009, cuando la "actividad ilícita" pertinente según la Ley de Viajes era una violación de la FCPA que involucraba un plan de soborno en Azerbaiyán.²⁸⁴ También en el 2009, una empresa de California que participó tanto en el soborno de funcionarios extranjeros en violación de la FCPA, como en el soborno comercial en violación de la ley estatal de California, se declaró culpable de conspiración para violar la FCPA y la Ley de Viajes, entre otros cargos.²⁸⁵

Lavado de activos

Muchos casos de violación de la FCPA también involucran violaciones de las leyes contra el lavado de activos.²⁸⁶ Por ejemplo, dos ejecutivos de Florida, de una empresa de telecomunicaciones domiciliada en Miami, fueron condenados por conducta de lavado de activos y contra la FCPA cuando realizaron operaciones financieras involucrando el producto percibido de actividades especificadas como ilícitas (violaciones de la FCPA, de las leyes penales sobre soborno de Haití, y fraude electrónico) con el fin de ocultar y disfrazar dichos ingresos.

Cabe destacar que, aunque los funcionarios extranjeros no pueden ser procesados por violaciones de la FCPA,²⁸⁷ sí pueden ser procesados por delitos de lavado de activos cuando la actividad especificada como ilícita constituye una violación de la FCPA.²⁸⁸

Fraude postal y electrónico

Las leyes sobre fraude postal y electrónico también pueden resultar aplicables. En 2006, por ejemplo, una subsidiaria extranjera de propiedad absoluta de un emisor estadounidense se declaró culpable de los cargos de violación de la FCPA y fraude electrónico en los que el plan incluía sobrefacturar a los clientes de la subsidiaria (tanto gubernamentales como privados) y utilizar parte del dinero sobrefacturado para pagar sobornos a los empleados de los clientes. Los cargos por fraude electrónico se basaban en el supuesto de que la subsidiaria había transferido fondos desde la cuenta bancaria de su matriz en Oregón a cuentas bancarias en Corea del Sur, no registradas en los libros, que estaban controladas por la subsidiaria. Los fondos, que ascendían a casi USD 2 millones, se pagaban posteriormente a los gerentes de empresas estatales y privadas de producción de acero en China y Corea del Sur como pagos ilegales de comisiones y sobornos que se disfrazaron de reembolsos, comisiones y otros gastos aparentemente legítimos.²⁸⁹

Infracciones de certificación y presentación de informes

Existen otros requisitos de obtención de licencias, formulación de certificaciones y presentación de informes impuestos por el gobierno de los Estados Unidos que también pueden estar comprendidos dentro del contexto de soborno en el extranjero. Por ejemplo, como condición para facilitar préstamos directos y garantías de préstamo a un comprador extranjero de bienes y servicios de los Estados Unidos, el Banco de Exportación e Importación de los Estados Unidos exige al proveedor estadounidense que formule certificaciones sobre las comisiones, honorarios u otros pagos efectuados en relación con la asistencia financiera y que no ha violado, ni violará, la FCPA.²⁹⁰ Una certificación falsa puede dar lugar a responsabilidad penal por declaraciones falsas.

Análogamente, los fabricantes, exportadores e intermediarios de ciertos artículos y servicios de defensa están sujetos a los requisitos de registro, licencia y notificación según la Ley de Control de Exportación de Armas (AECA) – Código de los Estados Unidos, Título 22, Artículo 2751 y siguientes, y su reglamento de implementación; el Reglamento de Tráfico Internacional de Armas (ITAR) – Código de Reglamentos Federales, Título 22, Artículo 120 y siguientes. Por ejemplo, según la AECA y el ITAR, todos los fabricantes y los exportadores de artículos y servicios de defensa deben registrarse en la Dirección de Control del Comercio de Artículos de Defensa. La venta de artículos y servicios de defensa valorizada en USD 500,000 o más activa los requisitos de divulgación concernientes a honorarios y comisiones incluyendo sobornos por un monto total de USD 100,000 o más.²⁹² Las violaciones de la AECA y de la ITAR podrán dar lugar a sanciones de tipo civil y penal.²⁹³

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 75 de 214

Violaciones tributarias

Las personas naturales y las empresas que infringen la FCPA podrían violar también la ley tributaria estadounidense, la cual explícitamente prohíbe las deducciones fiscales por sobornos, como las deducciones por “comisiones” de ventas falsas con el fin de ocultar pagos corruptos.²⁹⁴ El Servicio de Rentas Internas – Investigación Criminal ha estado involucrado en una serie de investigaciones de la FCPA que incluyen violaciones tributarias, así como otros delitos financieros como el lavado de activos.


María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

Capítulo 5

Principios Rectores del Cumplimiento

PRINCIPIOS RECTORES DEL CUMPLIMIENTO

¿Qué criterios toma en consideración el DOJ para decidir si abre una investigación o presenta cargos?

La oportunidad y la manera en que el DOJ decida iniciar, desestimar o resolver una acción relacionada con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) se regirán por los *Principios de Enjuiciamiento Federal* en el caso de las personas naturales, y por los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* y la *Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA* en el caso de las empresas.

Principios de Enjuiciamiento Federal del DOJ

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* previstos en el Capítulo 9-27.000 del Manual de Justicia²⁹⁵ brindan orientación a los fiscales del DOJ con respecto a si estos deben iniciar o desestimar un proceso, seleccionar los cargos correspondientes y negociar la declaración de admisión de culpabilidad. Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* disponen que los fiscales deben recomendar o iniciar un proceso a nivel federal si la conducta del presunto acusado constituye un delito federal y es probable que las pruebas admisibles sean suficientes para obtener y sostener una condena, salvo que: (1) dicho proceso no satisfaga ningún interés federal sustancial; (2) la persona esté sujeta a enjuiciamiento efectivo en otra jurisdicción; o (3) exista una alternativa adecuada al enjuiciamiento por otra vía que no sea la penal. Al evaluar la existencia de un interés federal sustancial, se aconseja que el fiscal "valore todas las consideraciones pertinentes", incluida la naturaleza y la gravedad del delito; el efecto disuasorio del proceso; el grado de culpabilidad de la persona en relación con el delito; los antecedentes de la persona con respecto a la actividad delictiva; la disposición de la persona a cooperar en la investigación o el enjuiciamiento de otros infractores; así como la sentencia probable u otras consecuencias que podrían surgir en caso la persona sea condenada.

De manera similar, los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecen las consideraciones que se deben valorar al decidir si negociar o no un acuerdo de admisión de culpabilidad con un acusado individual, incluida la naturaleza y gravedad del delito y la disposición de la persona a cooperar, así como la conveniencia de una pronta y certera resolución del caso y los gastos de juicio y apelación.²⁹⁶

Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* previstos en el Capítulo 9-28.000 del Manual de Justicia²⁹⁷ brindan orientación con respecto a la resolución de casos relacionados con delitos corporativos. Los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* reconocen que la resolución

de casos penales corporativos por medios distintos de la acusación fiscal, incluidos los acuerdos de no enjuiciamiento y enjuiciamiento diferido, puede ser apropiada en determinadas circunstancias. Se consideran diez factores al llevar a cabo una investigación, determinar si se deben presentar cargos contra una empresa y negociar un acuerdo de admisión de culpabilidad u otros acuerdos:

- la naturaleza y gravedad del delito, incluido el riesgo de daño al público;
- la capacidad de penetración de las infracciones dentro de otras estructuras de la empresa, incluida la complicidad o la condonación de las faltas por parte de la gerencia corporativa;
- el historial de conducta indebida similar de la empresa, incluidas las medidas coercitivas previas de carácter penal, civil y reglamentario en su contra;
- la disposición de la empresa a cooperar con la investigación del gobierno, incluso en cuanto a posibles infracciones por parte de los agentes de la empresa;
- la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa en el momento de comisión del delito, así como en el momento de la toma de una decisión de presentar cargos o elegir la vía de resolución;
- la divulgación oportuna y voluntaria de infracciones por parte de la empresa;
- las medidas correctivas de la empresa, incluido cualquier esfuerzo para implementar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y efectivo o para mejorar uno existente, reemplazar a la gerencia a cargo, disciplinar o despedir a los infractores, o pagar una indemnización;
- consecuencias colaterales, incluidos aquellos casos en los que pueda haber un daño desproporcionado a los accionistas, titulares de pensiones, empleados y a terceros cuya culpabilidad personal no haya sido demostrada, así como el impacto en el público a consecuencia del proceso;
- la idoneidad de los medios reparatorios, tales como medidas coercitivas de carácter civil o reglamentario, incluidos los medios reparatorios que surjan de la cooperación de la empresa con las agencias gubernamentales pertinentes; y
- la idoneidad del enjuiciamiento de las personas naturales responsables del acto delictivo de la empresa.

Tal como ilustran estos factores, en muchas investigaciones será apropiado que, con el fin de determinar si se debe presentar una acusación fiscal, el fiscal considere la conducta de una empresa previa a la acusación, lo que incluye la divulgación voluntaria, la cooperación plena y la implementación de medidas correctivas. Al evaluar la cooperación de una empresa, los fiscales tienen prohibido solicitar materiales protegidos por la confidencialidad que rige la relación entre abogado y cliente, con dos excepciones: cuando una empresa o uno de sus empleados afirma que actuó en virtud del asesoramiento de un abogado y cuando las comunicaciones entre el abogado y el cliente se intercambiaron con el fin de cometer un delito o fraude. De lo contrario, la cooperación de una organización solo puede evaluarse sobre la base de si esta reveló hechos relevantes subyacentes a la investigación, y no sobre la base de si la organización renunció a su privilegio de abogado-cliente o la protección del producto del trabajo.²⁹⁸

Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA elaborada por el DOJ

La *Política de Cumplimiento Corporativo (CEP) de la FCPA* contenida en el Manual de Justicia establece que, cuando una empresa divulga voluntariamente una conducta indebida, coopera plenamente e implementa medidas correctivas de manera oportuna y adecuada, se presumirá que el DOJ desestimará el proceso contra la empresa en ausencia de circunstancias agravantes.²⁹⁹ Todas las desestimaciones formuladas en virtud de la CEP son públicas y están disponibles en la página web de la Sección de Fraude en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy/declinations>. Las circunstancias agravantes que pueden justificar una resolución en un proceso penal en lugar de la desestimación del proceso incluyen, entre otras: la participación de la gerencia ejecutiva de la empresa en la conducta indebida; una ganancia significativa para la empresa obtenida como resultado de la conducta indebida; la capacidad de penetración de la conducta indebida dentro de la empresa; y la reincidencia delictiva.³⁰⁰ Incluso cuando existen circunstancias agravantes, el DOJ puede desestimar el proceso, tal como lo hizo en varios casos en los que la alta gerencia participó en el esquema de sobornos.³⁰¹

Si resulta apropiado buscar una resolución por la vía penal, y la empresa divulga la información requerida voluntariamente, coopera plenamente e implementa medidas correctivas de manera oportuna y apropiada, el DOJ otorgará o recomendará que un juzgado sentenciador dicte una reducción del 50 % del límite inferior del rango de multas establecidas en las Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América (Pautas), excepto en el caso de un infractor reincidente. Por lo general, no se requerirá la designación de un supervisor si, en el momento en que se dictó la resolución, la empresa ha implementado un programa de cumplimiento efectivo.³⁰²

Asimismo, la CEP reconoce los beneficios potenciales de las fusiones y adquisiciones corporativas, particularmente cuando la entidad adquirente cuenta con un sólido programa de cumplimiento y lo implementa tan pronto como resulte práctico en la entidad absorbida o adquirida. En consecuencia, cuando una empresa realiza una fusión o adquisición, descubre conductas indebidas por parte de la entidad fusionada o adquirida a través de un proceso riguroso y oportuno de debida diligencia o, en los casos apropiados, mediante auditorías posteriores a la adquisición o esfuerzos de integración de cumplimiento, y voluntariamente divulga la conducta indebida y, de otra manera, toma medidas consistentes con la CEP, se presumirá que se desestimará el proceso de conformidad con la CEP y con sujeción a otros requisitos de esta política. En los casos apropiados, una empresa adquirente que revele una conducta indebida puede acceder a la desestimación del proceso judicial, incluso si existieran circunstancias agravantes en la entidad adquirida.

Cuando una empresa no divulga voluntariamente la conducta indebida, pero sí coopera plenamente e implementa medidas correctivas de manera oportuna y adecuada, la empresa recibirá o el Departamento recomendará que un tribunal

sentenciador dicte una reducción de hasta el 25 % del límite inferior del rango de multas establecidas en las Pautas.³⁰³

Para acceder a los beneficios de la CEP, incluida la desestimación del proceso judicial, la empresa deberá pagar por la devolución forzosa, la confiscación y/o la restitución de las ganancias ilícitas que resulten de la conducta indebida en cuestión.³⁰⁴

De igual manera, La CPA prevé definiciones de los términos “divulgación voluntaria”, “cooperación plena” e “implementación de medidas correctivas de manera oportuna y adecuada”. Al describir en el Manual de Justicia cómo el DOJ define estos términos y los beneficios que obtendrá la empresa que inicie tales acciones, esta puede tomar una decisión informada sobre si considera que dicha acción es lo mejor para sus intereses. Desde luego, si una empresa elige no participar en tales acciones, y el DOJ se entera de la conducta indebida y se establece la existencia de pruebas suficientes para proceder con el proceso judicial, la empresa no debe esperar recibir ningún beneficio contemplado en la CEP o, de manera alternativa, ningún tipo de indulgencia.³⁰⁵

La CEP se aplica solo al DOJ y no resulta vinculante para la SEC ni se aplica a esta última.³⁰⁶ La CEP y las desestimaciones de proceso judicial que se han anunciado de conformidad con la política en mención han sido publicadas en la página web del DOJ.³⁰⁷ A continuación, se presentan tres casos de este tipo:

Desestimación del proceso en virtud de la CEP: Ejemplo 1

En 2018, el DOJ desestimó el inicio de un proceso judicial en contra de una sociedad anónima cerrada con domicilio en el Reino Unido que se dedicaba a la fabricación y venta de equipos para detectar terremotos y otros eventos sísmicos. La empresa había revelado voluntariamente al DOJ la realización de numerosos pagos por el valor de casi USD 1 millón al director de un centro de investigación financiado por el gobierno coreano. Tras la divulgación de estos pagos, el DOJ presentó una acusación en contra del director y, en julio de 2017, lo juzgó y condenó en el Distrito Central de California por un cargo de lavado de activos en contravención del Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 1957. Posteriormente, se condenó a dicho director a catorce (14) meses de pena privativa de la libertad en octubre de 2017.

Se desestimó el proceso en contra de la empresa en virtud de la CEP porque esta divulgó información voluntariamente, cooperó plenamente e implementó medidas correctivas de manera oportuna y apropiada de conformidad con la CEP. Además, la empresa fue objeto de una investigación paralela por parte de la Oficina de Fraudes Graves (SFO) del Reino Unido por violaciones legales relacionadas con la misma conducta y se comprometió con la SFO a aceptar su responsabilidad (posteriormente, la empresa celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido con la SFO y acordó pagar aproximadamente GBP 2.07M de ganancias brutas derivadas de los pagos al director).

Desestimación del proceso en virtud de la CEP: Ejemplo 2

En 2018, el DOJ desestimó el inicio de un proceso judicial en contra de una empresa de seguros constituida y con domicilio en Barbados. La investigación del DOJ reveló que la empresa, a través de sus empleados y agentes, pagó aproximadamente USD 36,000 en sobornos a un funcionario del gobierno de Barbados a cambio de la celebración de contratos de seguro por un total de aproximadamente USD 686,827 en primas y aproximadamente USD 93,940 en ganancias netas. En particular, entre agosto de 2015 y abril de 2016, algunos empleados de alto nivel de la empresa participaron en un plan para pagar aproximadamente USD 36,000 en sobornos al Ministro de la Industria de Barbados y para lavar los pagos de sobornos en los Estados Unidos de América.

A pesar de la implicación de funcionarios corporativos de alto nivel en la conducta indebida, el DOJ desestimó el proceso en función de una serie de factores, que incluyen, entre otros: (1) la divulgación voluntaria y oportuna de la conducta por parte de la empresa; (2) la investigación rigurosa y exhaustiva de la empresa; (3) la cooperación de la empresa (incluida la revelación de todos los hechos relevantes conocidos sobre la conducta indebida) y su compromiso de continuar cooperando en las investigaciones y/o procesos de enjuiciamiento en curso del DOJ; (4) el compromiso de la empresa de devolver al DOJ todas las ganancias que obtuvo de la conducta ilegal, cuyo monto ascendía a USD 93,940; (5) los pasos que la empresa había tomado para mejorar su programa de cumplimiento y sus controles contables internos; (6) las medidas correctivas implementadas por la empresa, que incluyen, entre otras, el despido de todos los ejecutivos y empleados que estuvieron involucrados en la conducta indebida; y (7) el hecho de que el DOJ pudo identificar y presentar cargos contra las personas culpables.

Desestimación del proceso en virtud de la CEP: Ejemplo 3

En 2019, el DOJ desestimó el inicio de un proceso judicial en contra de una sociedad anónima abierta de servicios de tecnología. La investigación del DOJ reveló que la empresa, a través de sus empleados, autorizó a sus agentes a pagar un soborno de aproximadamente USD 2 millones a uno o más funcionarios del gobierno de la India a cambio de garantizar la obtención de un permiso de planificación requerido por ley en relación con el desarrollo de un parque de oficinas, así como otros pagos indebidos en relación con otros proyectos en la India. A pesar de que algunos miembros de la alta gerencia estuvieron implicados y dirigieron la conducta delictiva en cuestión, el DOJ denegó el inicio de un proceso en contra de la empresa con base en una evaluación de los factores contemplados en la CEP y los Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Empresariales, lo que incluye, entre otros: (1) la divulgación voluntaria de la empresa dentro de las dos semanas posteriores al momento en que el Directorio tomó conocimiento de la conducta delictiva; (2) la investigación rigurosa y exhaustiva llevada a cabo por la empresa; (3) la cooperación plena y proactiva de la empresa en la causa (incluida la divulgación de todos los hechos relevantes conocidos sobre la conducta indebida) y su compromiso de continuar cooperando en las investigaciones en curso del DOJ y cualquier proceso judicial resultante; (4) la naturaleza y gravedad

del delito; (5) la inexistencia de antecedentes penales de la empresa; (6) la existencia y eficacia del programa de cumplimiento preexistente de la empresa, así como los pasos que tomó la empresa para mejorar su programa de cumplimiento y los controles contables internos; (7) la implementación plena de medidas correctivas de la empresa, que incluye, entre otros, el cese de la relación laboral y la imposición de medidas disciplinarias contra los empleados y contratistas involucrados en la conducta indebida; (8) la idoneidad de los medios reparatorios, tales como medidas coercitivas de carácter civil o reglamentario, incluida la resolución del caso de la empresa por parte de la SEC, así como el compromiso de pagar una reparación civil de USD 6 millones y la devolución forzosa de las ganancias ilícitas; (9) el compromiso de la empresa de devolver el monto total de sus ahorros en costos resultantes del soborno; y (10) el hecho de que, como resultado de la divulgación voluntaria oportuna de la empresa, el DOJ pudo realizar una investigación independiente e identificar a las personas culpables de la conducta indebida de la empresa.

¿Qué aspectos toma en consideración el personal de la SEC para decidir si se debe abrir una investigación o recomendar la presentación de cargos?

El *Manual de Cumplimiento* de la SEC, el cual fue publicado por su División de Cumplimiento y se encuentra disponible en la página web de la SEC,³⁰⁸ contiene información sobre cómo la SEC realiza las investigaciones, así como los principios rectores que el personal de la SEC toma en consideración al determinar si se debe abrir o cerrar una investigación y si se deben presentar cargos civiles. Existen diversas formas en que el personal de la SEC toma conocimiento de las posibles infracciones de la FCPA, que incluyen: datos proporcionados por informantes o denunciantes; información obtenida en otras investigaciones; informes o divulgaciones públicas de las empresas; referencias de otras oficinas o agencias; fuentes públicas, como informes de los medios y publicaciones comerciales; y técnicas de investigación proactivas, incluidas las iniciativas basadas en riesgos. Las investigaciones pueden ser formales, como cuando la SEC emitió una orden formal de investigación que autorizaba a su personal a expedir citaciones para rendir testimonios y proporcionar documentos, o informales, como cuando el personal procedió con la investigación sin el uso de citaciones con fines de investigación.

Para determinar si se abre una investigación y, de ser así, si es pertinente emitir una acción coercitiva, el personal de la SEC toma en consideración una serie de factores, que incluyen: los estatutos o normas que presuntamente se incumplieron; la gravedad de la posible infracción; la magnitud potencial de la infracción; si el grupo potencialmente afectado es particularmente vulnerable o está en riesgo; si la conducta es permanente; si la conducta puede ser investigada de manera eficiente y dentro del plazo de prescripción; y si podría resultar más adecuado que otras autoridades, incluidas las agencias o entes reguladores federales o estatales, investiguen la conducta. El personal de la SEC también puede considerar si el caso involucra o no una práctica industrial posiblemente generalizada que debería abordarse, si el caso involucra a un reincidente y si el asunto le da a la SEC la oportunidad de ser visible en una comunidad que, de otra manera, no tendría conocimiento de la SEC o las protecciones otorgadas por las leyes de valores.

Para obtener más información sobre los procedimientos de la División de Cumplimiento con respecto a las investigaciones, las acciones coercitivas y la cooperación con otros entes reguladores, consulte el Manual de Cumplimiento en <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>.

Esfuerzos de divulgación voluntaria, cooperación e implementación de medidas correctivas

Si bien la conducta subyacente a cualquier investigación relativa a una infracción de la FCPA es obviamente una consideración fundamental y mínima para decidir qué acción tomar, si es que hubiere alguna, tanto el DOJ como la SEC le dan gran importancia a los esfuerzos de divulgación voluntaria, así como a los esfuerzos de cooperación e implementación de medidas correctivas para determinar la vía de resolución adecuada de asuntos relacionados con la FCPA.

Casos penales

De conformidad con los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* del DOJ y la CEP, los fiscales federales consideran si la empresa reveló los actos delictivos de forma voluntaria y oportuna, así como la disposición que esta muestre para proporcionar información y pruebas relevantes e identificar a los actores relevantes dentro y fuera de su entorno, incluidos los altos ejecutivos.

Además, los fiscales pueden tomar en consideración las acciones correctivas de una empresa, incluidos los esfuerzos para mejorar un programa de cumplimiento existente o someter a los infractores a acciones disciplinarias apropiadas.³⁰⁹ Las medidas correctivas implementadas por una empresa deben ser significativas e ilustrar su reconocimiento de la gravedad de la conducta indebida, por ejemplo, tomando medidas para implementar los cambios de personal, operativos y organizacionales necesarios para crear conciencia entre los empleados de que no se tolerará la conducta delictiva.³¹⁰

De manera similar, los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecen que los fiscales pueden tomar en cuenta la disposición de una persona a cooperar para decidir si se debe iniciar un proceso judicial y cómo se debe resolver el caso. Aunque la disposición a cooperar, por sí sola, generalmente no exime a una persona de responsabilidad penal, se le puede dar una "consideración seria" al evaluar si se debe celebrar un acuerdo de admisión de culpabilidad con un acusado, en función de la naturaleza y el valor de la cooperación ofrecida.³¹¹

Del mismo modo, las Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América toman en cuenta la cooperación y la divulgación voluntaria de un acusado individual. De conformidad con el Artículo 5K1.1, la cooperación de un acusado, si es suficientemente sustancial, puede justificar que el gobierno presente una moción para una sentencia reducida. Asimismo, en virtud del Artículo 5K2.16, la divulgación voluntaria de un delito por parte de un acusado antes de su descubrimiento, si es poco probable que el delito se haya descubierto de otra manera, puede justificar cierta

indulgencia en determinadas circunstancias. El Capítulo 8 de las Pautas para la Imposición de Sentencias, el cual rige la sentencia de organizaciones, toma en cuenta las medidas correctivas que una organización puede implementar como parte de un "programa efectivo de cumplimiento y ética". Uno de los siete elementos de dicho programa prevé que, luego de la detección de una conducta delictiva, "la organización tomará las medidas razonables para responder de manera apropiada a la conducta delictiva con el fin de prevenir otras conductas delictivas similares, lo que incluye la realización de las modificaciones necesarias al programa de cumplimiento y ética de la organización".³¹² Contar con un programa de ética y cumplimiento efectivo puede dar pie a una reducción de tres puntos en el puntaje de culpabilidad de una organización según lo previsto en el Artículo 8C2.5, lo que afecta el cálculo de multas establecido en las Pautas. De manera similar, la divulgación voluntaria, así como la cooperación y la admisión de responsabilidad por parte de la organización pueden conducir a reducciones de multas según lo estipulado en el Artículo 8C2.5(g) al disminuir la puntuación de culpabilidad. Por el contrario, una organización no será acreedora a la reducción otorgada por contar con un programa de cumplimiento cuando esta haya retrasado injustificadamente la revelación del delito.³¹³ Tal como se prevé en el Artículo 5K1.1 en el caso de las personas naturales, las organizaciones pueden hacerse acreedoras a determinadas indulgencias de conformidad con el Artículo 8C4.1 de las Pautas si deciden cooperar en el proceso judicial que se interponga a otros infractores.

Casos civiles

Marco analítico de la SEC para evaluar la cooperación de las empresas

La SEC ha establecido su marco analítico para evaluar la cooperación de las empresas en su Informe de Investigación de 2001, de conformidad con el Artículo 21(a) de la Ley del Mercado de Valores de 1934 y la Declaración de la Comisión sobre la Relación de Cooperación con las Decisiones de Cumplimiento de la Agencia, que se conoce comúnmente como el Informe Seaboard.³¹⁴ El informe explica la decisión de la Comisión de no adoptar medidas coercitivas contra una sociedad anónima abierta por determinadas infracciones contables ocasionadas por su subsidiaria y, asimismo, detalla los diversos factores que la SEC toma en consideración para determinar si (y en qué medida) concede o no indulgencia a las empresas por cooperar en sus investigaciones y por la buena ciudadanía corporativa asociada con tal acción. En particular, el informe identifica cuatro medidas generales de cooperación de una empresa:

- la existencia de medidas de regulación internas antes de descubrir la conducta indebida, incluido el establecimiento de procedimientos de cumplimiento efectivos y un tono apropiado por parte de los altos funcionarios;
- la existencia de un mecanismo de denuncia de conductas indebidas autodetectadas cuando se descubre la conducta en cuestión, incluida la realización de una revisión exhaustiva de la naturaleza, el alcance, los orígenes y las consecuencias de la conducta indebida, y la divulgación rápida, completa y eficaz de dicha conducta al público, a las agencias reguladoras y a las organizaciones autorreguladoras;

- la implementación de medidas correctivas, incluido el despido o la disciplina adecuada de los infractores, la modificación y mejora de los controles y procedimientos internos para evitar la repetición de la conducta indebida y la compensación adecuada de los terceros afectados negativamente; y
- la cooperación con las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley, incluido el suministro al personal de la SEC de toda la información relativa a las violaciones subyacentes y los esfuerzos de la empresa en términos de la implementación de medidas correctivas.

Dado que cada asunto que atañe el cumplimiento es diferente, este marco analítico establece principios generales mas no limita el amplio discernimiento de la SEC para evaluar cada caso individualmente en función de sus propios y únicos hechos y circunstancias. Al igual que el trato que la SEC da a las personas naturales que cooperan, el beneficio por la cooperación de las empresas puede variar desde no tomar medidas de cumplimiento hasta gestionar sanciones reducidas en relación con las acciones coercitivas.

Marco analítico de la SEC para evaluar la cooperación de las personas naturales

En 2010, la SEC anunció un nuevo programa de cooperación para personas naturales.³¹⁵ El personal de la SEC cuenta con una amplia gama de herramientas para facilitar y recompensar la cooperación de las personas naturales, las cuales incluyen desde no tomar acciones coercitivas hasta buscar sanciones reducidas en relación con tales acciones. Aunque la evaluación de la cooperación depende de las circunstancias específicas, por lo general, la SEC evalúa cuatro factores para determinar si la cooperación de las personas naturales permite alguna reducción de sanciones, así como en qué medida y de qué manera se debe llevar a cabo dicho proceso:

- la asistencia brindada por la persona cooperante en la investigación de la SEC o las acciones coercitivas relacionadas, que incluyen, entre otras: el valor y la oportunidad de la cooperación, incluso si la persona fue la primera en denunciar la conducta indebida ante la SEC o en ofrecer su cooperación; si la investigación se inició sobre la base de la información u otra cooperación prestada por la persona en cuestión; la calidad de la cooperación, incluso si la persona fue sincera y la cooperación fue plena; el tiempo y los recursos ahorrados como resultado de la cooperación de la persona; y la naturaleza de la cooperación como, por ejemplo, el tipo de asistencia brindada;
- la importancia del asunto sobre el cual la persona prestó su cooperación;
- el interés social en garantizar que la persona que coopera sea responsable de su conducta indebida, tomando en consideración la gravedad de la conducta en cuestión, la culpabilidad de la persona y los esfuerzos que esta despliegue para reparar el daño; y
- la idoneidad de un beneficio por cooperación a la luz del perfil de la persona cooperante.

Programa de cumplimiento corporativo

En un mercado global, un programa de cumplimiento efectivo refuerza los controles internos de una empresa y es esencial para detectar y prevenir violaciones de la FCPA.³¹⁶ Los programas de cumplimiento efectivos se adaptan a las actividades comerciales específicas de la empresa y a los riesgos asociados con estas. Además, son dinámicos y evolucionan a medida que surgen cambios en las actividades comerciales y los mercados.

Un programa de cumplimiento efectivo promueve “una cultura organizacional que fomenta la conducta ética y el compromiso con el cumplimiento de la ley”.³¹⁷ Dicho programa protege la reputación de una empresa, garantiza el valor y la confianza del inversionista, reduce la incertidumbre en las transacciones comerciales y asegura los activos de la empresa.³¹⁸ El programa de ética y cumplimiento normativo de una empresa puede ayudar a prevenir, detectar, corregir y denunciar conductas indebidas, incluidas las violaciones de la FCPA, siempre que se formule de manera adecuada, se implemente de manera efectiva, cuente con los recursos adecuados y se cumpla de manera permanente.

Además de considerar si una empresa ha revelado voluntariamente las infracciones autodetectadas, cooperado e implementado las medidas correctivas apropiadas, el DOJ y la SEC también toman en cuenta la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento existente de una empresa en el momento en que se detectó la conducta indebida y en el momento de la resolución al decidir qué acción a tomar, si corresponde. En las resoluciones emitidas en un proceso penal, la decisión se toma en función de tres áreas clave sobre el programa de cumplimiento: (1) la vía de resolución o enjuiciamiento, si corresponde; (2) la sanción monetaria, si la hubiere; y (3) las obligaciones de cumplimiento que se incluirán en cualquier resolución penal corporativa (por ejemplo, si se determina conveniente nombrar a un supervisor de cumplimiento, así como la duración y naturaleza de cualquier obligación de denunciar conductas irregulares).³¹⁹ Por ejemplo, la idoneidad del programa de cumplimiento puede influir en el tipo de resolución de los cargos presentados, ya sea mediante un acuerdo de admisión de culpabilidad, un acuerdo de enjuiciamiento diferido (DPA) o un acuerdo de no enjuiciamiento (NPA), así como la duración apropiada de cualquier DPA o NPA, o el plazo de la libertad condicional de la empresa.³²⁰ Tal como se mencionó anteriormente, el Informe Seaboard de la SEC se enfoca, entre otros aspectos, en las medidas de regulación interna de una empresa antes del descubrimiento de la conducta indebida, incluido el hecho de si había establecido o no procedimientos de cumplimiento efectivos.³²¹ Asimismo, tres de los diez factores establecidos en los Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ se relacionan, ya sea directa o indirectamente, con el diseño, la implementación y la efectividad de un programa de cumplimiento, incluida la capacidad de penetración de las infracciones dentro de la empresa, la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa y la naturaleza de las medidas correctivas adoptadas por esta.³²² De igual manera, el DOJ también considera los elementos de un programa de cumplimiento efectivo previstos en el Artículo 8B2.1 de las Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América.

Estas consideraciones reflejan el reconocimiento de que el hecho de que una empresa no pueda prevenir todas las infracciones no significa necesariamente que el programa de cumplimiento de una empresa en particular haya sido ineficaz en términos generales. El DOJ y la SEC entienden que “ningún programa de cumplimiento puede prevenir todas las actividades delictivas de los empleados de una empresa”,³²³ y no esperan que las empresas alcancen un nivel de perfección a este respecto. La evaluación del programa de cumplimiento de una empresa, incluido su diseño e implementación y aplicación de buena fe, forma una parte importante de la evaluación por parte del gobierno de si ocurrió una infracción y, de ser así, sobre las medidas que se deben adoptar. En circunstancias apropiadas, el DOJ y la SEC pueden negarse a presentar cargos contra una empresa en función del programa de cumplimiento efectivo de la empresa, o pueden buscar recompensarla por su programa, incluso cuando dicho programa no impidió la infracción subyacente de la FCPA que dio lugar a la investigación.³²⁴

El DOJ y la SEC no cuentan con una fórmula establecida para la creación de programas de cumplimiento. Más bien, emplean un enfoque pragmático y de sentido común para evaluar los programas de cumplimiento, haciendo consultas relacionadas con tres preguntas básicas:

- ¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la empresa?
- ¿Se aplica de buena fe? En otras palabras, ¿el programa cuenta con los recursos y capacidades adecuados para funcionar con eficacia?
- ¿Funciona en la práctica?³²⁵

Esta guía contiene información sobre algunos de los elementos básicos que el DOJ y la SEC consideran al evaluar los programas de cumplimiento. Aunque la atención se centra en el cumplimiento de la FCPA, dada la existencia de leyes anticorrupción en muchos otros países, las empresas deben enfocarse en diseñar programas que busquen lograr un cumplimiento más amplio de las normas anticorrupción.³²⁶

Características distintivas de los programas de cumplimiento eficaces

Las empresas pueden tener necesidades de cumplimiento diferentes y específicas según su tamaño y los riesgos particulares asociados con sus actividades comerciales, entre otros factores. Cuando se trata del tema de cumplimiento, no existe un programa que se ajuste a todos los casos. Por lo tanto, los siguientes párrafos tienen como fin proporcionar información sobre los aspectos de los programas de cumplimiento evaluados por el DOJ y la SEC; sin embargo, reconocemos que las empresas pueden tomar en cuenta una variedad de factores al tomar su propia decisión sobre lo que es apropiado para sus necesidades comerciales específicas.³²⁷ En efecto, es probable que las pequeñas y medianas empresas cuenten con programas de cumplimiento diferentes a los de las grandes multinacionales, un hecho que el DOJ y la SEC tienen en cuenta al evaluar los programas de cumplimiento de las empresas.

Los programas de cumplimiento que emplean un enfoque que se limite a "marcar la casilla" pueden ser poco eficientes y, lo que es más importante, ineficaces. Debido a que cada programa de cumplimiento debe adaptarse a las necesidades, riesgos y desafíos específicos de una organización, la información proporcionada a continuación no debe considerarse como un sustituto para la evaluación que la empresa debe realizar del programa de cumplimiento corporativo más apropiado para esa organización comercial en particular. Al final, si se diseña con cuidado, se implementa con seriedad y se aplica de manera justa, el programa de cumplimiento de una empresa, sin importar cuán grande o pequeña sea la organización, le permitirá a la empresa prevenir infracciones, detectarlas a medida que ocurren y corregirlas de manera rápida y adecuada.

Compromiso de la alta gerencia y una política anticorrupción claramente articulada

Dentro de una organización comercial, el cumplimiento comienza cuando el Directorio y los altos ejecutivos establecen el tono adecuado para el resto de la empresa. Los gerentes y empleados siguen el ejemplo de estos líderes corporativos. Por lo tanto, el DOJ y la SEC contemplan el compromiso de los líderes corporativos con una "cultura de cumplimiento"³²⁸ y buscan determinar si dicho compromiso de alto nivel también es reforzado e implementado por los gerentes intermedios y empleados en todos los niveles de una empresa. Un programa de cumplimiento bien diseñado que no se aplica de buena fe será ineficaz como, por ejemplo, cuando la gerencia corporativa alienta explícita o implícitamente a los empleados a incurrir en malas conductas para lograr los objetivos comerciales. A menudo, el DOJ y la SEC se han encontrado con empresas cuyos programas de cumplimiento son sólidos en teoría, pero que, sin embargo, incurren en graves infracciones de la FCPA debido a que la gerencia no ha implementado el programa de manera efectiva, incluso frente a señales obvias de corrupción. Esto puede ser el resultado de un personal de ventas agresivo que impide que el personal de cumplimiento haga su trabajo de manera efectiva y de una alta gerencia que está más preocupada por asegurar una oportunidad comercial valiosa que por imponer una cultura de cumplimiento, poniéndose del lado del equipo de ventas. Cuanto mayor sea el interés financiero de la transacción, mayor será la tentación que tendrá la gerencia de elegir las ganancias sobre el cumplimiento.

Un programa de cumplimiento sólido está directamente respaldado por una cultura ética sólida. Al adherirse a los estándares éticos, los altos directivos inspirarán a los mandos intermedios a reforzar esos estándares. Los gerentes intermedios que cumplen con las normas, a su vez, alentarán a los empleados a esforzarse por implementar exitosamente tales estándares en toda la estructura organizacional.³²⁹

En resumen, el cumplimiento de la FCPA y las normas éticas debe comenzar desde arriba. De esta manera, el DOJ y la SEC evalúan si la alta gerencia ha articulado claramente los estándares de la empresa, los ha comunicado en términos claros y sin ambigüedades, los ha cumplido escrupulosamente y los ha difundido en toda la organización.

Código de conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento

El código de conducta de una empresa suele ser la base sobre la que se construye un programa de cumplimiento eficaz. Como el DOJ ha señalado en reiteradas oportunidades en sus documentos acusatorios, los códigos más efectivos son claros, concisos y accesibles para todos los empleados y para aquellos que realizan negocios en nombre y representación de la empresa. En efecto, sería difícil implementar un programa de cumplimiento de manera efectiva si no estuviera disponible en el idioma local para que los empleados de las subsidiarias extranjeras puedan acceder a él y comprenderlo. Al evaluar un programa de cumplimiento, el DOJ y la SEC revisarán si la empresa ha tomado medidas para asegurarse de que el código de conducta se mantenga actualizado y vigente, y si la empresa ha revisado y actualizado periódicamente su código.

El DOJ y la SEC también tomarán en cuenta si una empresa cuenta con políticas y procedimientos que describen las responsabilidades de cumplimiento dentro de la empresa, detallan controles internos adecuados, las prácticas de auditoría y las políticas de documentación, y establecen procedimientos disciplinarios. Este tipo de políticas y procedimientos dependerán del alcance y la naturaleza de las actividades comerciales y de los riesgos asociados con estas. Las políticas y los procedimientos eficaces requieren una comprensión profunda del modelo comercial de la empresa, incluidos sus productos y servicios, agentes externos, clientes, interacciones gubernamentales y riesgos geográficos y de la industria. Los riesgos que una empresa debe abordar incluyen la naturaleza y el alcance de las transacciones con gobiernos extranjeros, incluidos los pagos a funcionarios extranjeros; uso de terceros; gastos de representación y gastos relacionados con obsequios y viajes; donaciones caritativas y políticas; y los pagos de facilitación y agilización. Por ejemplo, algunas empresas con operaciones a nivel mundial han creado procesos de aprobación basados en la web para revisar y aprobar gastos de representación y gastos relativos a obsequios y viajes de rutina que involucran a funcionarios extranjeros y clientes privados con límites monetarios claros y limitaciones anuales. Muchos de estos sistemas tienen flexibilidad incorporada para que la alta gerencia, o el asesor legal interno, puedan estar informados y, en circunstancias apropiadas, aprobar solicitudes únicas. Este tipo de sistemas pueden ser una buena forma de ahorrar recursos corporativos al mismo tiempo que, si se implementan correctamente, ayudan a prevenir y detectar posibles infracciones de la FCPA.

Independientemente de las políticas y procedimientos específicos implementados, estos estándares deben aplicarse al personal en todos los niveles de la empresa.

Supervisión, autonomía y recursos

Al evaluar un programa de cumplimiento, el DOJ y la SEC también toman en consideración si una empresa ha asignado la responsabilidad de la supervisión e implementación del programa de cumplimiento de una empresa a uno o más altos ejecutivos específicos dentro de una organización.³³⁰

Tales personas deben tener la autoridad adecuada dentro de la organización, la autonomía adecuada de la administración y los recursos suficientes para garantizar que el programa de cumplimiento de la empresa se implemente de manera efectiva.³³¹ Por lo general, la autonomía adecuada incluye un acceso directo a la autoridad de gobierno de una organización, tal como el Directorio y los comités del Directorio (por ejemplo, el comité de auditoría).³³² Dependiendo del tamaño y la estructura de una organización, puede ser apropiado que la responsabilidad operativa rutinaria se delegue a otras personas específicas dentro de una empresa.³³³ El DOJ y la SEC reconocen que la estructura de denuncia de infracciones dependerá del tamaño y la complejidad de una organización. Además, la cantidad de recursos dedicados al cumplimiento dependerá del tamaño, la complejidad, la industria, el alcance geográfico y los riesgos asociados con las actividades comerciales de la empresa. Al evaluar si una empresa ha implementado controles internos razonables, el DOJ y la SEC suelen tomar en cuenta si la empresa asignó el personal y dedicó los recursos adecuados al programa de cumplimiento en función de su tamaño, estructura y perfil de riesgo.

Evaluación de riesgos

La evaluación de riesgos es fundamental para desarrollar un programa de cumplimiento sólido, y es otro factor que el DOJ y la SEC toman en consideración al evaluar el programa de cumplimiento de una empresa.³³⁴ Por lo general, los programas de cumplimiento que se ajustan a todos los casos están mal concebidos y son ineficaces debido a que se asignan muy pocos recursos a demasiadas actividades, y existe un fuerte enfoque en mercados y transacciones de bajo riesgo, lo que perjudica a las áreas de alto riesgo. Dedicar una cantidad desproporcionada de tiempo a supervisar gastos de representación y obsequios modestos en lugar de centrarse en grandes licitaciones gubernamentales, pagos cuestionables a favor de asesores externos o descuentos excesivos a revendedores y distribuidores puede ser un indicador de que el programa de cumplimiento de la empresa es ineficaz. Un contrato de USD 50 millones celebrado con una agencia gubernamental en un país de alto riesgo justifica un mayor escrutinio que obsequios y gastos de representación modestos y rutinarios. De manera similar, realizar una debida diligencia idéntica para todos los agentes externos, independientemente de los factores de riesgo, a menudo es contraproducente, ya que desvía la atención y los recursos de aquellos terceros que representan los riesgos más significativos. El DOJ y la SEC otorgarán beneficios significativos a una empresa que implemente de buena fe un programa de cumplimiento integral basado en riesgos, incluso si ese programa no previene una infracción en un área de bajo riesgo porque se ha dedicado mayor atención y recursos a una zona de mayor riesgo. Por el contrario, una empresa que no previene una infracción de la FCPA en una transacción de alto riesgo y económicamente significativa porque no implementó un nivel de debida diligencia acorde con el tamaño y el riesgo de la transacción probablemente recibirá un beneficio reducido en función de la calidad y eficacia de su programa de cumplimiento.

A medida que aumenta el riesgo de infracciones de la FCPA de una empresa, dicha empresa debe considerar aumentar sus procedimientos de cumplimiento, incluida la debida diligencia y las auditorías internas periódicas. El grado de debida diligencia

adecuada depende de los hechos y debe variar según la industria, el país, el tamaño y la naturaleza de la transacción, así como según el método y el monto de la compensación efectuada a favor de terceros. Los factores que deben considerarse incluyen, por ejemplo, los riesgos presentados por: el país y el sector de la industria, la oportunidad comercial, los socios comerciales potenciales, el nivel de participación con los gobiernos, el nivel de regulación y supervisión gubernamental y la exposición a las actividades de aduanas y migración en la conducción de asuntos comerciales. Al evaluar el programa de cumplimiento de una empresa, el DOJ y la SEC tienen en cuenta si una empresa analiza y aborda los riesgos particulares que enfrenta y en qué medida lo hace.

Capacitación y asesoramiento continuos

Las políticas de cumplimiento no pueden funcionar a menos que se difundan eficazmente en toda la empresa. En consecuencia, el DOJ y la SEC evaluarán si una empresa ha tomado medidas para garantizar que las políticas y procedimientos relevantes se hayan comunicado en toda la organización, incluso mediante capacitación y certificación periódicas para todos los directores, funcionarios y empleados relevantes y, cuando corresponda, agentes y socios comerciales.³³⁵ Por ejemplo, muchas grandes empresas han implementado una combinación de capacitación virtual y presencial que se lleva a cabo en diferentes intervalos. Por lo general, dicha capacitación versa sobre las políticas y los procedimientos de la empresa, instrucción sobre las leyes aplicables, consejos prácticos para abordar escenarios de la vida real y estudios de casos. Sin embargo, independientemente de cómo una empresa elija impartir su capacitación, la información debe presentarse de una manera apropiada para el público objetivo, lo que incluye proporcionar capacitación y materiales de capacitación en el idioma local. Por ejemplo, es probable que las empresas deban considerar la posibilidad de ofrecer diferentes tipos de capacitación a su personal de ventas y personal de contabilidad con situaciones hipotéticas o de muestra que sean similares a las situaciones a las que podrían enfrentarse en la realidad. Además de la existencia y el alcance del programa de capacitación de una empresa, esta debe implementar las medidas adecuadas, dependiendo de su tamaño y nivel de sofisticación particulares, con el fin de proporcionar orientación y asesoramiento sobre la observancia del programa de ética y de cumplimiento de la empresa, incluso cuando dicho asesoramiento se requiera con urgencia. Estas medidas ayudarán a garantizar que el programa de cumplimiento se comprenda y se siga de manera adecuada en todos los niveles de la empresa.

Incentivos y medidas disciplinarias

Además de evaluar el diseño y la implementación de un programa de cumplimiento en toda la organización, el cumplimiento de ese programa es fundamental para su eficacia.³³⁶ Un programa de cumplimiento debe aplicarse desde la sala de juntas hasta la sala de suministros y nadie debe quedar fuera de su alcance. Por lo tanto, el DOJ y la SEC considerarán si, al hacer cumplir un programa de cumplimiento, la empresa cuenta con procedimientos disciplinarios apropiados y claros, si tales procedimientos se aplican de manera confiable y oportuna y si son proporcionales a la infracción.

Muchas empresas han descubierto que la difusión interna de las acciones disciplinarias, cuando corresponda según las leyes locales, puede tener un efecto disuasorio importante, lo que demuestra que las acciones poco éticas e ilegales tienen consecuencias rápidas y seguras.

El DOJ y la SEC reconocen que los incentivos positivos también pueden fomentar un comportamiento de cumplimiento. Los incentivos pueden adoptar muchas formas, tales como evaluaciones y promociones de personal, recompensas por mejorar y desarrollar el programa de cumplimiento de una empresa y recompensas por el liderazgo en ética y cumplimiento.³³⁷ Por ejemplo, en algunas organizaciones el logro del cumplimiento constituye una métrica importante para las bonificaciones de la gerencia, de modo que el cumplimiento se convierte en una parte integral de las preocupaciones cotidianas de la gerencia. Más allá de los incentivos financieros, algunas empresas han destacado el cumplimiento dentro de sus organizaciones al reconocer a los profesionales del cumplimiento y al personal de auditoría interna. Otras han hecho del trabajo en la organización de cumplimiento de la empresa una forma de progresar en la carrera de un empleado.

La SEC, por ejemplo, ha alentado a las empresas a adoptar métodos para incentivar el comportamiento ético y legal:

[H]acer que la integridad, la ética y el cumplimiento también formen parte de los procesos de promoción, compensación y evaluación. Al final del día, las recompensas son la forma más efectiva de comunicar que “hacer lo correcto” es una prioridad. Por el contrario, si a los empleados se les hace creer que, cuando se trata de compensación y desarrollo profesional, todo lo que cuenta es la rentabilidad a corto plazo, y que tomar atajos poco éticos es una forma aceptable de llegar a dicho punto, entonces los empleados se desempeñarán para lograr esa meta. Para citar un ejemplo de la vida cotidiana: a un entrenador de fútbol americano universitario se le puede decir que lo que importa son las tasas de graduación de sus jugadores, pero él se dará cuenta de que esto es diferente si el único factor para la extensión de su contrato o la decisión de despedirlo se basa en su récord de victorias y derrotas.³³⁸

Independientemente de cuál sea el esquema disciplinario o los incentivos potenciales que una empresa decida adoptar, el DOJ y la SEC tomarán en consideración si estos se aplican de manera justa y coherente en toda la organización. Ningún ejecutivo debe estar por encima del cumplimiento, ningún empleado debe estar por debajo de este, y ninguna persona dentro de una organización debe ser considerada como demasiado valiosa para ser disciplinada, siempre y cuando se justifiquen las medidas disciplinarias. Recompensar el buen comportamiento y sancionar el mal comportamiento refuerzan la cultura de cumplimiento y ética en toda la organización.

Debida diligencia y pagos a terceros

Las acciones coercitivas de la FCPA por parte del DOJ y la SEC demuestran que es una práctica común recurrir a terceros, incluidos los agentes, asesores y distribuidores, para ocultar el pago de sobornos a funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales. La debida diligencia basada en riesgos es particularmente importante con respecto a terceros y también será considerada por el DOJ y la SEC al evaluar la eficacia del programa de cumplimiento de una empresa.

Aunque el grado de debida diligencia adecuada puede variar según la industria, el país, el tamaño y la naturaleza de la transacción y los antecedentes de la relación con el tercero, siempre se aplican algunos principios rectores.

En primer lugar, como parte de la debida diligencia basada en riesgos, las empresas deben comprender las calificaciones y asociaciones de sus socios externos, incluida su reputación comercial y la relación, si la hubiera, con funcionarios extranjeros. El grado de escrutinio debe aumentar a medida que surjan señales de alerta.

En segundo lugar, las empresas deben comprender la lógica empresarial para incluir al tercero en la transacción. Entre otros aspectos, la empresa debe comprender el papel y la necesidad del tercero y asegurarse de que los términos del contrato describan específicamente los servicios que serán prestados. Algunas consideraciones adicionales incluyen las condiciones de pago y cómo esas condiciones de pago se comparan con las condiciones típicas en esa industria y país, así como el momento de la introducción del tercero al negocio. Además, es posible que las empresas deban confirmar y documentar que el tercero realmente está realizando el trabajo por el que se le paga y que su contraprestación sea proporcional al trabajo que este realiza.

En tercer lugar, las empresas deben realizar algún tipo de supervisión continua de las relaciones con terceros.³³⁹ Cuando resulte apropiado, este tipo de supervisión puede incluir actualizar la debida diligencia de manera periódica, ejercer derechos de auditoría, brindar capacitación periódica y solicitar que el tercero proporcione certificaciones de cumplimiento anuales.

Además de considerar la debida diligencia de una empresa con respecto a terceros, el DOJ y la SEC también evalúan si la empresa ha informado a terceros sobre el programa de cumplimiento de la empresa y su compromiso con las prácticas comerciales éticas y legales y, cuando corresponda, si ha buscado garantías de terceros, mediante certificaciones u otro tipo de evidencia, de compromisos recíprocos. Estas pueden ser formas significativas de mitigar los riesgos que suscitan los terceros.

Caso hipotético: Investigación de antecedentes de terceros

Parte 1: Asesores

La Empresa A, un emisor estadounidense con domicilio en Delaware, desea comenzar a hacer negocios en un país que presenta altos riesgos de corrupción. La empresa A se entera de un posible contrato de USD 50 millones con el Ministerio de Migraciones del país. Esta es una oferta muy atractiva para la Empresa A, tanto por su rentabilidad como por tratarse de una oportunidad para abrir la puerta a futuros proyectos con el gobierno. A sugerencia del vicepresidente sénior de ventas internacionales de la empresa (Ejecutivo de Ventas), la Empresa A contrata a un empresario local que les asegura que tiene fuertes vínculos con los líderes políticos y gubernamentales del país y puede ayudarlos a adjudicarse el contrato. La Empresa A celebra un contrato de asesoría con el empresario local (Asesor). El acuerdo requiere que el Asesor haga todo lo posible para ayudar a la empresa a ganar el negocio y prevé que el Asesor reciba un anticipo mensual significativo, así como una tarifa de éxito del 3 % del valor de cualquier contrato que se adjudique la empresa.

¿Qué pasos debería considerar la Empresa A antes de contratar a un Asesor?

Existen varios factores que podrían llevar a que la Empresa A realice una debida diligencia con un mejor enfoque de la FCPA antes de contratar al Asesor: (1) el mercado (país de alto riesgo); (2) el tamaño y la importancia del negocio para la empresa; (3) la primera vez que la empresa usa los servicios de este asesor en particular; (4) los fuertes vínculos del asesor con líderes políticos y gubernamentales; (5) la estructura de tarifas de éxito del contrato; y (6) los servicios vagamente definidos que se prestarán. Para minimizar la probabilidad de incurrir en responsabilidad civil en virtud de la FCPA, la Empresa A debe examinar cuidadosamente los antecedentes del Asesor y su papel en la transacción, incluido un escrutinio minucioso de la relación entre el Asesor y cualquier funcionario del Ministerio de Migraciones u otros funcionarios gubernamentales. Si bien no hay nada intrínsecamente ilegal en contratar a un tercero que tenga conexiones cercanas con políticos y funcionarios gubernamentales para que presten servicios legítimos en una transacción, este tipo de relación puede ser susceptible de corrupción. Entre otras acciones, la Empresa A puede considerar realizar la debida diligencia con respecto al Asesor, lo que incluye verificaciones de antecedentes y referencias; asegurarse de que el contrato especifique exactamente qué servicios y entregables (tal como informes de estado escritos u otra documentación) está proporcionando el Asesor; capacitar al Asesor sobre la FCPA y otras leyes anticorrupción; exigir al Asesor que declare que cumplirá con la FCPA y otras leyes anticorrupción; incluir derechos de auditoría en el contrato (y ejercer esos derechos); y asegurarse de que los pagos solicitados por el Asesor tengan la documentación de respaldo adecuada antes de que sean aprobados.

Parte 2: Distribuidores y socios locales

Considere los siguientes hechos alternativos:

En lugar de contratar a un Asesor, la Empresa A contrata a un distribuidor local (Distribuidor) de uso frecuente para vender los productos de la Empresa A al Ministerio de Migraciones. Al negociar la estructura de precios, el Distribuidor, quien había presentado el proyecto a la Empresa A, afirma que el precio de descuento estándar para el Distribuidor crea un margen insuficiente para que el Distribuidor cubra los costos de almacenamiento, distribución, instalación, marketing y capacitación, por lo que solicita un descuento o reembolso adicional o, alternativamente, una contribución a sus esfuerzos de marketing, ya sea en forma de una suma global o como un porcentaje del contrato total. El descuento/asignación solicitado es significativamente mayor de lo habitual, aunque existe un precedente en la Empresa A para otorgar este nivel de descuento en circunstancias únicas. El Distribuidor también informa a la Empresa A que los funcionarios de adquisiciones del Ministerio responsables de adjudicar el contrato han expresado una fuerte preferencia por incluir a una empresa local en particular (Socio Local) en la transacción como subcontratista de la Empresa A para realizar la instalación, capacitación y otros servicios que normalmente han sido realizados por el Distribuidor de la Empresa A. Según el Distribuidor, el Ministerio tiene una sólida relación de trabajo con el Socio Local, y causaría menos interrupciones que el Socio Local realice la mayor parte del trabajo in situ en el Ministerio. Uno de los representantes (Representante 1) del Socio Local es un funcionario de otro ministerio del gobierno.

¿Qué consideraciones de cumplimiento adicionales plantean estos hechos alternativos?

Al igual que con el Asesor en el primer caso esbozado líneas arriba, la Empresa A debe examinar cuidadosamente al Distribuidor y al Socio Local y sus roles en la transacción para minimizar la probabilidad de incurrir en responsabilidad civil en virtud de la FCPA. Si bien la Empresa A tiene una relación establecida con el Distribuidor, el hecho de que el Distribuidor haya solicitado un descuento adicional es motivo suficiente para realizar una investigación más exhaustiva sobre la justificación económica del cambio, particularmente cuando, como sucede en este caso, la estructura de la transacción propuesta contempla pagar al Socio Local para que preste varios de los servicios que el Distribuidor proporcionaría en otras circunstancias. En muchos casos, puede resultar apropiado que los distribuidores reciban mayores descuentos para tener en cuenta circunstancias únicas en transacciones particulares. Dicho esto, un mecanismo común para crear un margen adicional para los pagos de sobornos es mediante descuentos excesivos o reembolsos a los distribuidores. En consecuencia, cuando una empresa tiene relaciones preexistentes con distribuidores y otros terceros, la debida diligencia específica de la transacción, incluido un análisis de las condiciones de pago para confirmar que el pago concuerde con el trabajo que se está realizando, puede ser fundamental incluso en circunstancias en las que la debida diligencia del distribuidor o de un tercero no genera señales de alerta iniciales.

La Empresa A debe examinar cuidadosamente la relación entre el Socio Local, el Distribuidor y los funcionarios del Ministerio de Migraciones. Si bien no hay nada intrínsecamente ilegal en contratar a un tercero recomendado por el usuario final, o incluso contratar a un funcionario del gobierno para prestar servicios legítimos en una transacción no relacionada con su trabajo en el gobierno, estos hechos generan señales de alerta adicionales que justifican un escrutinio significativo. Entre otras acciones, la Empresa A haría bien en solicitar que el Funcionario Principal 1 verifique que no tendrá ningún papel en la decisión del Ministerio de Migraciones de adjudicar el contrato a la Empresa A, notifique al Ministerio de Migraciones y a su propio ministerio de su participación propuesta en la transacción, y deje constancia de que cumplirá con la FCPA y otras leyes anticorrupción, y que su participación en la transacción está permitida por la ley local.

Considere los siguientes hechos alternativos:

Según su política empresarial para transacciones de tal envergadura con el gobierno, la Empresa A requiere aprobación tanto financiera como en materia de cumplimiento. Al encargado de finanzas le preocupa que los descuentos para el Distribuidor sean significativamente mayores que aquellos aprobados para trabajos similares y que estos reduzcan demasiado el margen de ganancia de la Empresa A. El encargado de finanzas también se muestra escéptico sobre la inclusión de un socio local que realice algunos de los mismos servicios que la Empresa A le paga al Distribuidor por realizar. Debido a su insatisfacción con la explicación del Ejecutivo de Ventas, solicita una reunión con el Distribuidor y el Funcionario Principal 1. En la reunión, el Distribuidor y el Funcionario Principal 1 ofrecen justificaciones vagas e inconsistentes para los pagos y no brindan ningún análisis de respaldo, y el Funcionario Principal 1 parece no tener experiencia real en la industria. Durante el receso, el Distribuidor le comenta al Ejecutivo de Ventas que el encargado de finanzas es ingenuo acerca de "cómo se hacen los negocios en mi país". Después de la reunión, Ejecutivo de Ventas desestima las objeciones del encargado de finanzas, asegurándole que la estructura de la transacción propuesta es razonable y legítima. El Ejecutivo de Ventas también le recuerda al oficial de finanzas que "el trato es clave para su crecimiento en la industria".

El oficial de cumplimiento enfoca su diligencia debida en examinar al Distribuidor y al Socio Local y contrata a una firma de investigación comercial para que realice una verificación de antecedentes. El Distribuidor parece respetable, capaz y financieramente estable y está dispuesto a asumir un riesgo real en el proyecto, ya sea tanto de índole financiero como de otros tipos. Sin embargo, el oficial de cumplimiento se entera de que el Distribuidor ha abierto una cuenta bancaria en el extranjero para la transacción.

El oficial de cumplimiento se entera, además, de que la empresa del Socio Local se constituyó hace dos años y parece financieramente estable, pero no tiene experiencia en la industria y ha establecido una empresa fantasma en el extranjero y una cuenta bancaria para realizar esta transacción. La verificación de antecedentes también revela que el Funcionario Principal 1 es un antiguo compañero de cuarto de la

universidad de un alto funcionario del Ministerio de Migraciones. El Ejecutivo de Ventas desestima las objeciones del oficial de cumplimiento y comenta que lo que hace el Socio Local con sus pagos “no es nuestro problema”. Asimismo, el Ejecutivo de Ventas se opone firmemente a la solicitud del oficial de cumplimiento para reunirse con el Funcionario Principal 1 para conversar sobre la empresa y la cuenta *offshore*, asegurándole que ambas fueron creadas a efectos fiscales legítimos y quejándose de que si la Empresa A continua “acosando” al Socio Local y al Distribuidor, estos últimos se asociarían con el principal competidor de la Empresa A. El oficial de cumplimiento y el encargado de finanzas discuten sus inquietudes entre ellos, pero finalmente aprueban el trato a pesar de que sus preguntas no han sido respondidas. Su decisión está motivada, en gran parte, por su conversación con el Ejecutivo de Ventas, quien les dijo que este era el contrato más importante de la región y que los cuestionarios detallados de la FCPA y las sólidas declaraciones anticorrupción incluidas en los contratos imponían la carga de actuar éticamente al Distribuidor y al Socio Local.

La Empresa A sigue adelante con los acuerdos negociados con el Distribuidor y el Socio Local y se adjudica el contrato después de seis meses. El encargado de finanzas aprueba los pagos de la Empresa A al Socio Local a través de la cuenta *offshore*, aunque las facturas del Socio Local no contenían detalles de respaldo o documentación sobre los servicios prestados. La Empresa A registró los pagos como gastos operativos legítimos en sus libros y registros. El Ejecutivo de Ventas recibió una gran bonificación de fin de año debido a la adjudicación del contrato. En efecto, el Socio Local y el Distribuidor utilizaron parte de los pagos y el margen de descuento, respectivamente, para canalizar los pagos de sobornos a varios funcionarios del Ministerio de Migraciones, incluido el antiguo compañero de cuarto de la universidad del Funcionario Principal 1, a cambio de adjudicar el contrato a la Empresa A. De igual manera, se transfirieron miles de dólares a la cuenta bancaria *offshore* personal del Ejecutivo de Ventas.

¿Cómo evaluarían el DOJ y la SEC la responsabilidad potencial de la Empresa A y sus empleados en virtud de la FCPA?

Este no es el caso de un solo “empleado deshonesto” que elude un programa de cumplimiento que, de otro modo, sería sólido. Aunque el instinto de los encargados de finanzas y oficiales de cumplimiento de la Empresa A para escudriñar la estructura y los aspectos financieros de la transacción y el rol de los terceros era correcto, su proceso de debida diligencia estuvo incompleto. Cuando la investigación inicial reveló señales de alerta significativas, los oficiales aprobaron la transacción a pesar de saber que sus objeciones no habían sido resueltas o que las respuestas que recibieron plantearon objeciones y señales de alerta adicionales. Basarse en cuestionarios de diligencia debida y declaraciones anticorrupción es insuficiente, especialmente cuando los riesgos son evidentes. Ni la Empresa A ni sus empleados pueden protegerse de la responsabilidad por el simple hecho de que fue el Distribuidor y el Socio Local, en lugar de la Empresa A directamente, quienes realizaron los pagos.

Los hechos sugieren que el Ejecutivo de Ventas tenía conocimiento real o que ignoró deliberadamente el pago de los sobornos por parte del asesor. También se benefició

personalmente del plan (tanto del soborno como de la bonificación que recibió de la empresa) y desalentó intencionalmente a los funcionarios de finanzas y cumplimiento de conocer la historia completa. Por lo tanto, el Ejecutivo de Ventas está sujeto a responsabilidad civil en virtud de las disposiciones antisoborno, los libros y registros, y los controles internos de la FCPA, y es posible que otras personas también puedan estarlo. Asimismo, la Empresa A puede ser responsable por violaciones de las disposiciones antisoborno, los libros y registros y los controles internos de la FCPA dado el número y la importancia de las señales de alerta que establecieron una alta probabilidad de soborno, así como el papel de los empleados y agentes que actúan en nombre y representación de la empresa.

Mecanismo de denuncias confidenciales e investigación interna

Un programa de cumplimiento eficaz debe incluir un mecanismo para que los empleados de una organización y otras personas denuncien conductas indebidas o infracciones de las políticas de la empresa, presuntas o reales, de forma confidencial y sin temor a represalias.³⁴⁰ Las empresas pueden emplear, por ejemplo, líneas directas anónimas o representantes designados para atender tales denuncias. Además, una vez que se hace una denuncia, las empresas deben contar con un proceso eficiente, confiable y debidamente financiado para investigar la denuncia y documentar la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas que se tomen. Las empresas deben considerar la posibilidad de aprovechar las “lecciones aprendidas” de cualquier infracción denunciada y el resultado de cualquier investigación resultante para actualizar sus controles internos y su programa de cumplimiento, y centrar la capacitación futura en dichos temas, según corresponda.

Mejora continua: pruebas y revisiones periódicas

Finalmente, un buen programa de cumplimiento debe evolucionar constantemente. Las actividades comerciales de una empresa cambian con el tiempo, al igual que los entornos en los que opera, la naturaleza de sus clientes, las leyes que rigen sus acciones y los estándares de su industria. Además, los programas de cumplimiento que no solo existen en papel, sino que se siguen en la práctica, inevitablemente revelarán debilidades de cumplimiento y requerirán mejoras. En consecuencia, el DOJ y la SEC evalúan si las empresas revisan y mejoran regularmente sus programas de cumplimiento y no permiten que se vuelvan obsoletos.

Una organización debe tomarse el tiempo para revisar y someter a prueba sus controles, y debe pensar críticamente sobre sus potenciales debilidades y áreas de riesgo. Por ejemplo, algunas empresas han realizado encuestas a los empleados para medir su cultura de cumplimiento y la solidez de los controles internos, identificar las buenas prácticas y detectar nuevas áreas de riesgo. Otras empresas someten a prueba sus controles internos periódicamente mediante auditorías específicas para asegurarse de que los controles en papel funcionan en la práctica. El DOJ y la SEC otorgarán un beneficio significativo a los esfuerzos concienzudos de la empresa para crear un programa de cumplimiento sostenible si se descubre un problema más adelante. De manera similar, realizar evaluaciones proactivas antes de que surja un

problema puede reducir el rango de penalización aplicable según las Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América.³⁴¹ Si bien la naturaleza y la frecuencia de las evaluaciones proactivas pueden variar según el tamaño y la complejidad de una organización, la idea detrás de tales esfuerzos es la misma: lograr una mejora y sostenibilidad continuas.³⁴²

Fusiones y adquisiciones: debida diligencia antes de la adquisición e integración luego de la adquisición

En el contexto de la FCPA, las fusiones y adquisiciones presentan tanto riesgos como oportunidades. Una empresa que no realiza la debida diligencia contemplada en la FCPA antes de una fusión o adquisición puede enfrentar riesgos tanto legales como comerciales.³⁴³ Quizás lo más común es que una debida diligencia inadecuada pueda permitir que continúe la trayectoria del soborno, incluidos todos los daños que esto conlleva para la rentabilidad y reputación de un negocio, así como posibles responsabilidades civiles y penales.

Por el contrario, las empresas que llevan a cabo la debida diligencia contemplada en la FCPA en las entidades que serán absorbidas o adquiridas pueden evaluar con mayor precisión el valor de cada objetivo y negociar que los costos del soborno sean asumidos por las entidades que serán absorbidas o adquiridas. Además, dichas acciones demuestran al DOJ y a la SEC el compromiso de una empresa con el cumplimiento y se tienen en cuenta al evaluar cualquier posible acción coercitiva. Por ejemplo, el DOJ y la SEC se negaron a tomar medidas coercitivas contra un emisor adquirente cuando el emisor, entre otros aspectos, descubrió la corrupción en la empresa que se estaba adquiriendo como parte de la diligencia debida, se aseguró de que la corrupción se divulgara voluntariamente al gobierno, cooperó con la investigación, e incorporó a la empresa adquirida a su programa de cumplimiento y controles internos. Por otro lado, la SEC tomó medidas contra la empresa adquirida y el DOJ tomó medidas contra una subsidiaria de la empresa adquirida.³⁴⁴ Cuando no es posible efectuar una diligencia debida previa a la adquisición, el DOJ ha descrito los procedimientos, contenidos en el Comunicado de Procedimiento de Opinión 08-02, conforme a los cuales las empresas pueden, no obstante, ser recompensadas si optan por realizar una diligencia debida según la FCPA posterior a la adquisición.³⁴⁵

Sin embargo, la debida diligencia contemplada en la FCPA es normalmente solo una parte del proceso de cumplimiento para fusiones y adquisiciones. El DOJ y la SEC evalúan si la empresa adquirente incorporó rápidamente a la empresa adquirida en todos sus controles internos, incluido su programa de cumplimiento. Las empresas deben considerar capacitar a los nuevos empleados, reevaluar a terceros según los estándares de la empresa y, cuando corresponda, realizar auditorías en las nuevas unidades de negocio.

Por ejemplo, como resultado de la debida diligencia realizada por un emisor con domicilio en California antes de adquirir la participación mayoritaria en una *joint venture*, el emisor se enteró de pagos corruptos para obtener negocios. Sin embargo, el emisor solo implementó sus controles internos "a medias" para no "sobrecargar el

motor de ventas y causar una distracción para los vendedores". Como resultado, los pagos indebidos continuaron y el emisor fue considerado responsable por violar los controles internos y las disposiciones de los libros y registros de la FCPA.³⁴⁶

Investigación, análisis e implementación de medidas correctivas para las conductas indebidas

La medida más certera de un programa de cumplimiento eficaz es cómo responde a la conducta indebida. En consecuencia, para que un programa de cumplimiento sea realmente eficaz, debe tener un mecanismo que funcione correctamente y que cuente con la financiación adecuada para las investigaciones oportunas y exhaustivas de cualquier denuncia o sospecha de conducta indebida por parte de la empresa, sus empleados o agentes. Una estructura de investigación eficaz también tendrá un medio establecido para documentar la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas adoptadas.

Además de tener un mecanismo para responder al incidente específico de conducta indebida, el programa de la empresa también debe integrar las lecciones aprendidas de cualquier conducta indebida en las políticas, la capacitación y los controles de la empresa. Para lograrlo, la empresa deberá analizar las causas fundamentales de la conducta indebida, lo que le permitirá corregir de manera oportuna y adecuada esas causas con el fin de evitar futuros incumplimientos.

Otras pautas sobre cumplimiento y buenas prácticas internacionales

Además de esta guía, el DOJ ha publicado una guía sobre la Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo.³⁴⁷ La Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo tiene como objetivo ayudar a los fiscales a tomar decisiones informadas sobre si (y en qué medida) el programa de cumplimiento de la empresa era efectivo en el momento en que se cometió el delito, y es efectivo en el momento en que se tomó la decisión de presentar cargos o se resolvió el caso, con el propósito de determinar: (1) la forma más apropiada de resolución o inicio de proceso judicial; (2) la sanción monetaria más apropiada, si la hubiere; y (3) las obligaciones de cumplimiento contenidas en cualquier resolución penal corporativa (por ejemplo, obligaciones de supervisión o presentación de informes). La guía de cumplimiento del DOJ brinda a las empresas información sobre los tipos de preguntas que hacen los fiscales para evaluar y valorar el programa de cumplimiento de una empresa.

Además, los Departamentos de Comercio y de Estado de los Estados Unidos de América han emitido publicaciones que orientan sobre los programas de cumplimiento. La Administración de Comercio Internacional del Departamento de Comercio ha publicado el documento titulado *Ética empresarial: Manual para gestionar una empresa comercial responsable en economías de mercados emergentes*,³⁴⁸ y el Departamento de Estado ha publicado el documento titulado *Lucha contra la corrupción global: Gestión del riesgo empresarial*.³⁴⁹

También existe un consenso internacional cada vez mayor sobre el desarrollo de buenas prácticas de cumplimiento, y varias organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales han emitido pautas sobre las buenas prácticas para el cumplimiento.³⁵⁰ En particular, la Recomendación Anticohecho de 2009 de la OCDE y su Anexo II, *Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento*,³⁵¹ publicado en febrero de 2010, se elaboraron sobre la base de consultas con el sector privado y la sociedad civil y establecen buenas prácticas específicas para garantizar la efectividad de los programas de cumplimiento y las medidas para prevenir y detectar el soborno en el extranjero. Además, se recomienda que las empresas consulten los siguientes recursos:

- *Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico: Código de conducta empresarial anticorrupción*³⁵²
- *Cámara de Comercio Internacional: Reglas de la CCI para combatir la corrupción*³⁵³
- *Transparency International: Principios empresariales para contrarrestar el soborno*³⁵⁴
- *Pacto Mundial de las Naciones Unidas: Diez principios*³⁵⁵
- *Banco Mundial: Lineamientos para el cumplimiento de la integridad*³⁵⁶
- *Foro Económico Mundial: Asociación contra la corrupción – Principios para combatir el soborno*³⁵⁷

Estudio de caso del programa de cumplimiento

Las acciones del DOJ y la SEC relacionadas con las transacciones inmobiliarias de una institución financiera con una agencia gubernamental en China ilustran los beneficios de implementar y hacer cumplir un programa integral de cumplimiento basado en riesgos. El caso involucró a una *joint venture* de inversión inmobiliaria en el distrito de Luwan (Shanghái, China), entre una institución financiera domiciliada en los Estados Unidos de América y una entidad de propiedad estatal que funcionaba como la rama de bienes raíces del Distrito. La entidad gubernamental realizó las transacciones a través de dos entidades de propósito específico ("SPV"), y la segunda SPV adquirió una participación del 12 % en un proyecto inmobiliario.

La institución financiera, a través de un sólido programa de cumplimiento, capacitaba con frecuencia a sus empleados, impuso un proceso integral de aprobación de pagos diseñado para prevenir el soborno y dotó de personal a un departamento de cumplimiento con una línea directa de comunicación de denuncias al Directorio. Según correspondía en función de la industria, el mercado y el tamaño y la estructura de las transacciones, la institución financiera (1) brindó capacitación exhaustiva sobre la FCPA al alto ejecutivo responsable de las transacciones y (2) realizó una diligencia debida exhaustiva con respecto a las transacciones, la entidad del gobierno local y las SPV. La debida diligencia efectuada en relación con la entidad incluyó la revisión de los registros del gobierno chino; la comunicación con fuentes familiarizadas con el mercado inmobiliario de Shanghái; la verificación de los registros de pago y las referencias crediticias de la entidad gubernamental; la realización de una visita in situ y de una llamada telefónica grabada a las oficinas de la entidad; la búsqueda de fuentes

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL

CTP N.º 0051

Traductora Colegiada Certificada

TRADUCCIÓN CERTIFICADA N.º 0512-2020

Página 101 de 214

de medios; y la realización de verificaciones de antecedentes de los representantes de la entidad. La institución financiera examinó los antecedentes de las SPV mediante la obtención de una carta con la información de la cuenta bancaria designada de un funcionario chino asociado con la entidad gubernamental (el "Funcionario Chino"); la utilización de un bufete de abogados internacional para solicitar y revisar 50 documentos del abogado canadiense de las SPV; y la realización de entrevistas al abogado y a la gerencia de las SPV.

A pesar de que la institución financiera contaba con un programa de cumplimiento sólido y lo aplicaba de buena fe, la empresa no se enteró de que el Funcionario Chino era el propietario de casi el 50 % de la segunda SPV (y tenía, por lo tanto, una participación de casi 6 % en la *joint venture*) y que esta SPV era utilizada como vehículo para efectuar pagos corruptos. Esta falla se debió, en gran parte, a las falsas declaraciones del Funcionario Chino, el ejecutivo de la institución financiera a cargo del proyecto y el abogado de la SPV en el sentido de que la SPV era 100 % propiedad de la entidad gubernamental y que estaba enteramente bajo su control. El DOJ y la SEC se negaron a tomar medidas de cumplimiento contra la institución financiera, y su ejecutivo se declaró culpable de haber coludido para infringir las disposiciones de control interno de la FCPA y también llegó a un acuerdo con la SEC.


María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N.º 0051

Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro

Teléfono: 2080860

Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net

web: www.lexitrans.net

Capítulo 6

Penalidades, sanciones y recursos previstos en la FCPA

PENALIDADES, SANCIONES Y RECURSOS PREVISTOS EN LA FCPA

¿Cuáles son las posibles consecuencias de las infracciones de la FCPA?

La FCPA establece diferentes sanciones penales y civiles para personas jurídicas y personas naturales.

Sanciones penales

Por cada infracción de las disposiciones contra el soborno, la FCPA establece que las empresas y otras entidades comerciales están sujetas a una multa de hasta USD 2 millones.³⁵⁸ Las personas naturales, incluidos los funcionarios, directores, accionistas y agentes de las empresas, están sujetos a una multa de hasta USD 250,000 y a una pena privativa de la libertad de hasta cinco (5) años.³⁵⁹

Por cada infracción de las disposiciones contables, la FCPA establece que las empresas y otras entidades comerciales están sujetas a una multa de hasta USD 25 millones.³⁶⁰ Las personas naturales están sujetas a una multa de hasta USD 5 millones y a una pena privativa de la libertad de hasta veinte (20) años.³⁶¹

De conformidad con la Ley de Multas Alternativas – Código de los Estados Unidos de América, Título 18, Artículo 3571(d), los juzgados pueden imponer multas significativamente más altas que las previstas por la FCPA, las cuales pueden ascender hasta al doble del beneficio que el acusado obtuvo al realizar el pago corrupto, siempre que los hechos que respalden el aumento de las multas se incluyan en el auto de acusación y sean probados al jurado más allá de toda duda razonable o se admitan en un procedimiento de admisión de culpabilidad.³⁶² Las multas impuestas a las personas naturales no pueden ser pagadas por su empleador o representante.³⁶³

Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América

Al calcular las sanciones por infracciones de la FCPA, el DOJ centra su análisis en las Pautas para la Imposición de Sentencias de los Estados Unidos de América³⁶⁴ en todas sus resoluciones, incluidas las declaraciones de admisión de culpabilidad, las DPA y las NPA. Estas Pautas proporcionan una estructura muy detallada y predecible para calcular las sanciones para todos los delitos federales, incluidas las infracciones de la FCPA. Con miras a determinar la sanción apropiada, el “nivel de delito” se calcula primero examinando tanto la gravedad del delito como los hechos específicos que este comprende, tomando en cuenta las reducciones apropiadas por cooperación y aceptación de responsabilidad y, en el caso de las entidades comerciales, factores adicionales como divulgación voluntaria, programas de cumplimiento preexistentes y medidas correctivas.

Las Pautas prevén distintas sanciones para las diferentes disposiciones de la FCPA. El nivel del delito inicial por incumplimiento de las disposiciones antisoborno se determina según el Artículo 2C1.1, mientras que las infracciones de las disposiciones contables se evalúan según el Artículo 2B1.1. En el caso de las personas naturales, el nivel del delito inicial puede modificarse en función de los factores establecidos en los Capítulos 3, 4 y 5 de las Pautas³⁶⁵ para identificar un nivel del delito final. En combinación con otros factores, este nivel del delito final se utiliza para determinar si las Pautas recomendarían la privación de la libertad como una sanción apropiada, así como la duración de cualquier pena privativa de la libertad y el monto apropiado de cualquier multa que corresponda. En el caso de las empresas, el nivel del delito puede modificarse en función de los factores particulares de las organizaciones, tal como se describe en el Capítulo 8, para determinar la sanción organizacional aplicable.

Por ejemplo, las infracciones de las disposiciones antisoborno se calculan de conformidad con el Artículo 2C1.1. El nivel del delito se determina identificando primero el nivel del delito fuente,³⁶⁶ agregando niveles adicionales basados en características específicas del delito como, por ejemplo, si la comisión del delito involucró más de un soborno, el valor del soborno o el beneficio que se otorgó, y la jerarquía del funcionario público,³⁶⁷ ajustando el nivel del delito en función del rol que desempeñó el acusado en el delito,³⁶⁸ y utilizando el nivel del delito total, así como la categoría de antecedentes penales del acusado, para determinar el rango de sanciones recomendable según las Pautas.³⁶⁹ En el caso de violaciones de las disposiciones contables evaluadas al amparo del Artículo 2B1.1, el procedimiento es generalmente el mismo, con la excepción de que las características específicas del delito difieren. Por ejemplo, en el caso de violaciones de las disposiciones contables de la FCPA, el nivel del delito puede aumentar si una parte sustancial del plan de soborno ocurrió fuera de los Estados Unidos o si el acusado era un funcionario o director de una sociedad anónima abierta cuando se incurrió en el delito.³⁷⁰

En el caso de las empresas, el nivel del delito se calcula de conformidad con los Artículos 2C1.1 o 2B1.1 de la misma manera que para una persona natural: comenzando con el nivel del delito fuente y aumentándolo en función de cualquier característica de infracción específica aplicable. Sin embargo, las pautas relativas a organizaciones previstas en el Capítulo 8 definen la estructura para determinar el rango de multas final recomendable para las organizaciones. La multa base consiste en el monto mayor que corresponda al nivel del delito total, calculado de conformidad con las Pautas, o la ganancia o pérdida pecuniaria resultante del delito.³⁷¹ Esta multa base se multiplica luego por una puntuación de culpabilidad que puede reducir la multa a tan solo un cinco por ciento de la multa base o aumentar la multa recomendada hasta cuatro veces el monto de la multa base.³⁷² Tal como se describe en el Artículo 8C2.5, esta puntuación de culpabilidad se calcula teniendo en cuenta numerosos factores, tales como el tamaño de la organización que comete los actos delictivos; la participación o tolerancia de la actividad delictiva por parte de personal de alto nivel dentro de la organización; y la exhibición de conductas indebidas previas o un comportamiento obstructivo. La puntuación de culpabilidad se reduce si la organización contaba con un programa de cumplimiento preexistente eficaz para

prevenir infracciones y si la organización reveló voluntariamente el delito, cooperó en la investigación y aceptó la responsabilidad por la conducta delictiva.³⁷³

Sanciones civiles

Aunque únicamente el DOJ tiene la autoridad para iniciar acciones penales, tanto el DOJ como la SEC tienen autoridad civil para hacer cumplir la ley en virtud de la FCPA. El DOJ puede interponer acciones civiles por violaciones de las disposiciones antisoborno por parte de entidades nacionales (y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas) y ciudadanos y empresas extranjeros por infracciones cometidas mientras se encuentran dentro de los Estados Unidos, mientras que la SEC puede presentar acciones civiles contra los emisores y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas por violaciones a las disposiciones contables y antisoborno.³⁷⁴

En el caso de violaciones de las disposiciones antisoborno, las empresas y otras entidades comerciales están sujetas a una reparación civil de hasta USD 21,410 por infracción.³⁷⁵ Las personas naturales, incluidos los funcionarios, directores, accionistas y agentes de las empresas, están igualmente sujetos a una reparación civil de hasta USD 21,410 por infracción,³⁷⁶ la cual no puede ser pagada por su empleador o representante.³⁷⁷

En el caso de violaciones de las disposiciones contables en acciones seguidas ante juzgados de primera instancia, la SEC puede obtener una sanción civil que no exceda (a) el monto bruto de la ganancia pecuniaria para el acusado como resultado de las infracciones o (b) un monto límite expresado en dólares, el mayor de estos importes. Los montos límite expresados en dólares se basan en la naturaleza de la infracción y el riesgo potencial que esta representa para los inversionistas, que van desde USD 9,639 a USD 192,768 para una persona natural, y de USD 96,384 a USD 963,837 para una empresa.³⁷⁸ La SEC puede obtener sanciones civiles en acciones emprendidas tanto ante un juzgado federal como en procesos administrativos.³⁷⁹

Confiscación y devolución forzosa de las ganancias ilícitas

Además de las sanciones penales y civiles, las empresas también pueden sufrir la confiscación del producto de sus delitos o verse obligadas a devolver las ganancias generadas por estos. Si bien el propósito de una sanción o multa es castigar y disuadir la conducta indebida, el propósito de la confiscación y la devolución forzosa es principalmente restituir al infractor a la misma posición que tenía antes de cometer el delito, asegurándose de que este no se beneficie de la conducta en cuestión. Sin embargo, en el caso *Kokesh* contra la SEC, la Corte Suprema dictaminó que el recurso de devolución forzosa está sujeto al mismo plazo de prescripción de cinco años que una sanción en virtud del Código de los Estados Unidos, Título 28, Artículo 2462. Después del caso *Kokesh*, en el caso SEC contra *Liu*, el juzgado abordó nuevamente el recurso de devolución forzosa declarando que “[los] juzgados del sistema del *equity* han privado rutinariamente a los infractores de sus ganancias netas

por actividades ilícitas” y sosteniendo que la restitución es una compensación permitida en el sistema del *equity* cuando no excede las ganancias netas del infractor y se otorga a las víctimas.³⁸⁰

Resoluciones coordinadas y esfuerzos para evitar la “acumulación de sanciones”

En la resolución de casos entablados contra empresas, el DOJ y la SEC se esfuerzan por evitar la imposición de sanciones duplicadas, o de medidas de confiscación y devolución forzosa por la misma conducta. De manera similar, el DOJ y la SEC intentan tomar en consideración multas, sanciones, y medidas de confiscación y devolución forzosa dictadas por autoridades extranjeras contra la misma empresa por la misma conducta en otras instancias para reducir la posible sanción final. En un caso que involucró a una sociedad anónima abierta petroquímica brasileña, el DOJ, la SEC, las autoridades brasileñas y las autoridades suizas tomaron en consideración las sanciones aplicadas por cada una de tales autoridades para reducir la imposición final de multas y medidas de devolución forzosa.³⁸¹

El DOJ ha coordinado la resolución de casos con autoridades extranjeras en más de 10 ocasiones, y la SEC ha coordinado la resolución de casos con autoridades extranjeras en al menos cinco oportunidades³⁸². El DOJ ha plasmado esta práctica de coordinar resoluciones para evitar la “acumulación de sanciones” en el Manual de Justicia, el cual instruye a los fiscales a “esforzarse, según sea conveniente, para coordinar y considerar el monto de las medidas de confiscación y/o multas y sanciones pagadas a otras autoridades estatales, locales o extranjeras que buscan resolver un caso con una empresa por la misma conducta indebida”.³⁸³ Al determinar si (y en qué medida) se debe tener en cuenta las sanciones impuestas por otra autoridad, los fiscales han de considerar, entre otros factores, “la notoriedad de la conducta indebida de una empresa; mandatos legales con respecto a sanciones, multas y/o medidas de confiscación; el riesgo de retrasos injustificados en la consecución de una resolución final; y la idoneidad y puntualidad de las divulgaciones de una empresa y su cooperación con el Departamento, independientemente de las divulgaciones y cooperación con otras autoridades de cumplimiento de la ley pertinentes”.³⁸⁴

Consecuencias colaterales

Además de las sanciones penales y civiles descritas anteriormente, las personas naturales y empresas que violen la FCPA pueden enfrentar consecuencias colaterales significativas, las cuales incluyen la suspensión o inhabilitación para contratar con el gobierno federal, la inhabilitación cruzada por parte de los bancos multilaterales de desarrollo y la suspensión o revocación de determinados privilegios de exportación.

Inhabilitación

Según las pautas federales que rigen las adquisiciones, una persona natural o empresa que viole la FCPA u otras leyes penales puede quedar inhabilitada para realizar negocios con el gobierno federal. El Reglamento Federal de Adquisiciones

(FAR) prevé la posible suspensión o inhabilitación de las empresas que contraten con el gobierno tras una condena o sentencia civil por soborno, falsificación o destrucción de registros, la formulación de declaraciones falsas o la “[c]omisión de cualquier otro delito que indique una falta de integridad comercial u honestidad comercial que afecte seria y directamente la responsabilidad actual de un contratista o subcontratista del Gobierno”.³⁸⁵ Estas medidas no pretenden ser punitivas y pueden imponerse únicamente si satisfacen “el interés del público por la protección del Gobierno”.³⁸⁶

En virtud del FAR, la decisión de inhabilitar o suspender es discrecional. La decisión no la toman los fiscales del DOJ ni el personal de la SEC, sino las autoridades de inhabilitación independientes dentro de cada agencia, tal como el Departamento de Defensa o la Administración de Servicios Generales, las cuales analizan una serie de factores para determinar si una empresa debe ser suspendida o inhabilitada o se determina que no está apta para contratar con el gobierno. Dichos factores incluyen si el contratista cuenta con sistemas de control interno efectivos, si ha informado de la conducta indebida de manera oportuna y ha tomado medidas correctivas.³⁸⁷ Si existe una causal de inhabilitación, el contratista tiene la carga de demostrar, a satisfacción del funcionario de inhabilitación, que es responsable actualmente y que la inhabilitación no es necesaria.³⁸⁸ Cada departamento y agencia federal determina la aptitud de los contratistas con los que hace negocios. Sin embargo, si un departamento o agencia inhabilita o suspende a un contratista, la inhabilitación o suspensión se aplica a todo el poder ejecutivo del gobierno federal, a menos que un departamento o agencia proporcione razones suficientes para no inhabilitar o suspender al contratista.³⁸⁹

Si bien las declaraciones de culpabilidad, los DPA y los NPA no dan lugar a la inhabilitación automática para contratar con el gobierno de los Estados Unidos, la comisión de un delito federal y las admisiones de hecho subyacentes a una resolución son factores que las autoridades independientes de inhabilitación pueden tomar en consideración. Además, el auto de acusación por sí solo puede llevar a la suspensión del derecho a hacer negocios con el gobierno.³⁹⁰ El Manual de Justicia también establece que cuando una empresa comete fraude contra el gobierno, un fiscal no puede tomarse la libertad de negociar el derecho de una agencia a inhabilitar o excluir a la empresa como parte del proceso de negociación de un acuerdo de admisión de culpabilidad.³⁹¹ Al tomar decisiones de inhabilitación, las agencias contratantes, incluso a nivel estatal y local, pueden consultar con el DOJ antes de adjudicar un contrato. Dependiendo de las circunstancias, el DOJ puede proporcionar información a las autoridades contratantes en el contexto de una conciliación corporativa en relación con los hechos y circunstancias subyacentes a la conducta delictiva y las medidas correctivas adoptadas por la empresa, si las hubiere. Este intercambio de información no es sinónimo de apoyo de una determinada decisión y, en última instancia, las decisiones de inhabilitación se enmarcan directamente dentro del ámbito de las autoridades de inhabilitación independientes. En algunas situaciones, la agencia contratante puede imponer sus propios requisitos de supervisión para que una empresa que haya admitido la comisión de infracciones de la ley federal pueda adjudicarse contratos federales, tales como Acuerdos de Integridad Corporativa que a menudo exige el Departamento de Salud y Servicios Humanos.

Inhabilitación cruzada por parte de Bancos Multilaterales de Desarrollo

Los Bancos Multilaterales de Desarrollo (BMD), como el Banco Mundial, también tienen la capacidad de inhabilitar a empresas y personas naturales por prácticas corruptas.³⁹² Cada BMD tiene su propio proceso para evaluar la supuesta corrupción en relación con los proyectos financiados por los BMD. Cuando resulte apropiado, el DOJ y la SEC trabajan con los BMD para compartir pruebas y derivar casos. El 9 de abril de 2010, el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo y el Grupo del Banco Mundial celebraron un acuerdo en virtud del cual las entidades inhabilitadas por un BMD serán sancionadas por la misma conducta indebida por otros BMD que hayan firmado dicho acuerdo.³⁹³ Este acuerdo de inhabilitación cruzada significa que si una empresa es inhabilitada por un BMD, quedará inhabilitada por todos.³⁹⁴

Pérdida de privilegios de exportación

Las empresas y personas naturales que violen la FCPA pueden enfrentar consecuencias en virtud de otros regímenes regulatorios, tales como la Ley de Control de Exportación de Armas (AECA) – el Código de Reglamentos Federales, Título 22, Artículo 2751 y siguientes, y su reglamento de implementación; el Reglamento de Tráfico Internacional de Armas (ITAR) – el Código de los Estados Unidos, Título 22, Artículo 120 y siguientes. En conjunto, AECA e ITAR prevén la suspensión, revocación, modificación o denegación de una licencia de exportación de armas si un solicitante ha sido acusado o condenado por violar la FCPA.³⁹⁵ Asimismo, establecen determinados factores para que la Dirección de Control del Comercio de Artículos de Defensa (DDTC)³⁹⁶ del Departamento de Estado los considere al determinar si conceder, denegar o devolver sin acción las solicitudes de licencia para determinados tipos de materiales de defensa. Uno de esos factores es si existe una causa razonable para creer que un solicitante de una licencia ha violado (o conspiró para violar) la FCPA; si es así, el Departamento de Estado “puede denegar la solicitud”.³⁹⁷ Además, es la política del Departamento de Estado no considerar las solicitudes de licencias que implican a personas que hayan sido condenadas por violar la AECA o condenados por conspiración para violar la AECA.³⁹⁸ En una acción relacionada con la resolución por la vía penal del caso de un fabricante de productos militares del Reino Unido, la DDTC impuso una “política de denegación” de licencias de exportación a tres de las subsidiarias de la empresa que estaban involucradas en violaciones de AECA e ITAR.³⁹⁹

¿Cuándo es apropiado nombrar a un Supervisor de Cumplimiento o un Asesor Independiente?

Uno de los objetivos principales tanto de los procesos penales como de las acciones civiles contra empresas que violan la FCPA es garantizar que dicha conducta no vuelva a ocurrir. En consecuencia, los requisitos mejorados de cumplimiento y denuncia pueden ser parte de las resoluciones penales y civiles de los asuntos