



WHITE PAPER

Noviembre 2020

Tendencias Recientes de la FCPA para Latinoamérica

La *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) es una ley federal de los Estados Unidos de los años 70 que prohíbe el pago, directo o indirecto, de sobornos a funcionarios no estadounidenses por parte de ciertas entidades e individuos con el fin de obtener o retener algún beneficio de negocio. También requiere que las empresas con valores cotizados en los Estados Unidos mantengan libros y registros precisos, y que dispongan de controles internos de contabilidad adecuados. El Departamento de Justicia de Estados Unidos (*U.S. Department of Justice*—“DOJ”) se encarga de hacer cumplir las disposiciones penales de la ley, mientras que la *Securities and Exchange Commission* (“SEC”) se encarga de hacer cumplir sus disposiciones civiles. Este *White Paper* expone: (1) actualizaciones relevantes recientes a la *FCPA Resource Guide* publicada por el DOJ y la SEC; (2) un resumen de casos recientes relacionados con la aplicación de la FCPA en Latinoamérica; y (3) conclusiones clave para las empresas con operaciones en Latinoamérica.

LA GUÍA DE RECURSOS

En 2012, el DOJ y la SEC publicaron su *FCPA Resource Guide*. Ésta proporciona información sobre cómo ambas agencias interpretan las disposiciones de la ley y las aplican en sus respectivos campos. La *FCPA Resource Guide* no representa una ley vinculante en sí. Más bien, sirve como una valiosa herramienta para entender las perspectivas de ambas agencias con respecto a la aplicación de la FCPA.

El 3 de julio de 2020, el DOJ y la SEC publicaron una segunda edición de la *FCPA Resource Guide*. Ésta detalla tanto actualizaciones de políticas gubernamentales en cuanto a la aplicación de la FCPA como actualizaciones jurisprudenciales. También proporciona indicaciones adicionales sobre cómo el DOJ y la SEC evalúan programas de cumplimiento corporativos y esclarece cómo ambas agencias toman decisiones sobre acciones legales que contemplan interponer. Como la primera, esta segunda edición sirve de herramienta importante para comprender el punto de vista actual de ambas agencias y así anticipar, mitigar y/o remediar los riesgos que enfrentan empresas multinacionales en sus asuntos latinoamericanos.

Tras la publicación de la segunda edición, Jones Day redactó un artículo describiendo las actualizaciones relevantes incluidas en la misma. Sin pretender resumir la *FCPA Resource Guide*, este *White Paper* se enfoca en ciertos asuntos que son particularmente pertinentes a aquellos que emprendan negocios en Latinoamérica. Concluimos con una discusión sobre algunos hechos recientes y casos interpuestos desde la publicación de la segunda edición.

“Instrumentalidad” de un gobierno extranjero

La FCPA establece la ilegalidad de proporcionar cualquier cosa de valor a un “funcionario extranjero” (es decir, no estadounidense) para fines de obtener o mantener algún negocio. Dentro de la amplia definición de “funcionario extranjero” se contempla “cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo”. Más, surge la pregunta ¿Qué es una “instrumentalidad” de un gobierno extranjero?

La *FCPA Resource Guide* adopta la definición de “instrumentalidad” elaborada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Undécimo Circuito en el caso *United States v. Esquenazi*. En *Esquenazi*, los acusados

fueron imputados por haber sobornado a funcionarios de una empresa de telecomunicaciones haitiana. Como defensa, los acusados argumentaron que la empresa no se trataba de una “instrumentalidad” del gobierno haitiano ya que no desempeñaba una función gubernamental fundamental. Sin embargo, el tribunal de primera instancia rechazó el argumento y la Corte de Apelaciones confirmó esa decisión. Ésta dictaminó que una “instrumentalidad” incluye “una entidad controlada por el gobierno de un país extranjero que realiza una función que el gobierno de control trata como suya”. El tribunal describió esto como una “cuestión vinculada a los hechos” e identificó varios factores para determinar tanto el “control” de un gobierno como para determinar si la función es una que “el gobierno trata como suya”.

De todos modos, la noción de una “instrumentalidad” es sumamente técnica y difícil de aplicar. A diferencia de los Estados Unidos, muchos países—incluidos los de Latinoamérica—mantienen operaciones extensas a través de entidades estatales o entidades controladas por el Estado en varios sectores tales como los de defensa, banca y finanzas, salud, petróleo y gas, energía, telecomunicaciones y transporte. Al explicar el significado de “instrumentalidad”, la *FCPA Resource Guide* también hace referencia al caso de una empresa de ingeniería suiza. Ésta pagó sobornos a funcionarios de una comisión de electricidad que era propiedad de, y controlada por, el gobierno mexicano. El caso se resolvió mediante un “acuerdo de enjuiciamiento diferido” en el cual la empresa acordó pagar al gobierno de EE. UU. más de 58 millones de dólares.

Conspiración y responsabilidad de cómplices

Las disposiciones anti-soborno de la FCPA solamente se aplican a ciertas clases de personas según el nivel de conexión que mantienen con los Estados Unidos. Dentro de su ámbito de aplicación caen, por ejemplo, ciudadanos de EE. UU., empresas de EE. UU. o empresas extranjeras que cotizan en las bolsas de valores de EE. UU. (incluidos emisores con *American Depository Receipts* que cotizan en bolsa), ya sea que actúen dentro o fuera del territorio estadounidense. También se encuentran sujetos todos aquellos que actúen en nombre de tales personas o empresas. Adicionalmente se incluye toda empresa extranjera y todo nacional extranjero ubicado en territorio estadounidense al momento de cometer un acto prohibido. De esto se encuentra un solo ejemplo proporcionado por el DOJ y la SEC en la *FCPA Resource*

Guide: “un extranjero que asista a una reunión en los Estados Unidos que promueva un esquema de soborno extranjero puede estar sujeto a enjuiciamiento”.

Además, actividades o hechos que ocurran en territorio estadounidense podrían conferir suficiente competencia para un procesamiento legal bajo la FCPA. Un ejemplo sería el de recibir en ese país a un funcionario de un gobierno extranjero en viajes de lujo con todos los gastos pagados, con fines de influenciarlo de manera corrupta. El DOJ mantiene de manera agresiva que la FCPA se puede aplicar incluso a aquellos que meramente *causan* que se realice un acto prohibido dentro de los Estados Unidos, como causar que se realicen pagos indebidos desde una cuenta bancaria originada en los Estados Unidos a la cuenta de un funcionario de un gobierno extranjero fuera del país. Dado el papel que juegan los bancos estadounidenses en el sistema financiero global, y dado el papel que juegan los proveedores de servicios de internet estadounidenses en la infraestructura global del internet, es fácil que una persona ubicada fuera de los Estados Unidos provoque una transacción financiera o una transacción electrónica cuya comunicación ocurra al menos parcialmente en los Estados Unidos, lo cual según el DOJ somete directamente a esa persona a la FCPA.

Si una persona no estadounidense no cae dentro de una de estas categorías de personas sujetas a la FCPA, ¿se le podría imputar alguna responsabilidad legal bajo la FCPA por haber conspirado o sido cómplice de otra persona que sí cae dentro de una de ellas? Los tribunales estadounidenses no presentan una respuesta unánime. En *United States v. Hoskins*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos dictaminó en 2018 que no se pueden considerar responsables por conspiración bajo la FCPA aquellas personas no estadounidenses que: (1) no sean agentes, ejecutivos, directores, empleados o accionistas de un ente o emisor estadounidense (o “*domestic concern*”),¹ y (2) actúen fuera del territorio estadounidense. En ese momento, Jones Day publicó en español un artículo sobre este fallo y las implicaciones del mismo. Sin embargo, el año pasado, un tribunal federal de primera instancia en Chicago llegó a la conclusión opuesta. En la *FCPA Resource Guide*, el DOJ y la SEC expresan el mismo punto de vista que este tribunal

de primera instancia: las doctrinas de la conspiración y la responsabilidad del cómplice pueden extender el alcance de la FCPA en todas partes, salvo en los tribunales de primera instancia del Segundo Circuito.

Como ilustración de la importancia de estas doctrinas, seis personas recientemente se declararon culpables en los Estados Unidos por sus conexiones con un esquema de sobornos pagados por una empresa estadounidense de asfalto, Sargeant Marine Inc., a funcionarios en Brasil, Venezuela y Ecuador. De esas seis personas, la mitad eran ciudadanos extranjeros, incluidos ciudadanos brasileños y venezolanos (uno de los cuales también era ciudadano estadounidense naturalizado) quienes actuaban como agentes de la empresa, y un funcionario público venezolano que recibió sobornos. El DOJ acusó a los tres agentes de haber conspirado para violar la FCPA y acusó al funcionario extranjero de conspirar para lavado de dinero.

La defensa de la “ley local”

A la vez, la FCPA no da lugar a la culpabilidad del acusado cuando éste prueba que el pago al funcionario extranjero era “legal según las leyes y regulaciones escritas” del país extranjero. ¿Existe la posibilidad de plantear esta defensa de la “ley local” cuando las “leyes y regulaciones escritas” del país relevante no tratan el tema de pagos irregulares a funcionarios públicos? La respuesta parece ser “no”. En este sentido, la *FCPA Resource Guide* ofrece el ejemplo de un fallo reciente en un tribunal federal en la ciudad de Nueva York. En *United States v. Ng Lap Seng* el acusado fue imputado por haber armado un plan para sobornar a dos embajadores ante las Naciones Unidas. El acusado planteó que se le debería absolver de los cargos ya que las leyes escritas de Antigua y República Dominicana no establecen la ilegalidad de tales pagos. Sin embargo, el juez dictaminó que la defensa de la “ley local” aplica solo cuando las leyes locales escritas establecen afirmativamente que los actos del acusado son legales.

Aunque exista la defensa de la “ley local” es de poco uso en la práctica. Existen pocas leyes locales, si es que existe alguna, que permitan expresamente pagos corruptos. Por lo contrario, Latinoamérica ha experimentado un aumento en los regímenes de anticorrupción. De ello, Jones Day ha descrito

¹ Este término conlleva una connotación que va más allá de la mera nacionalidad o residencia estadounidense e implica cierto análisis al nivel jurisprudencial. Por ejemplo, una entidad no estadounidense aún podría considerarse un “*U.S. domestic concern*” e implicar, por ende, la aplicación de la FCPA.

anteriormente estos desarrollos en Brasil, Perú y Argentina, así como en México.

“Sellos distintivos” de un programa de cumplimiento efectivo

Al decidir si procesar a una empresa por infracciones de la FCPA, el DOJ y la SEC suelen evaluar la efectividad de su política de cumplimiento de la FCPA. Un programa de cumplimiento efectivo también aumenta las probabilidades de que una empresa pueda emprender pasos oportunos ante una situación comprometedor—tales como activar medidas internas de remediación y/o divulgar información al gobierno—los cuales constituyen factores considerados por el DOJ a abogar en contra del procesamiento legal de la empresa por supuestas violaciones de la FCPA. Tales programas para empresas multinacionales típicamente contemplan la aplicación tanto de la FCPA como las leyes anti-corrupción de otros países. El cumplimiento en materia anti-corrupción es un campo sumamente técnico; un programa mal diseñado, imperfectamente implementado, inadecuadamente apoyado, o inefectivo en cualquier otro sentido causa más daño que beneficio.

La primera edición de la *FCPA Resource Guide* proporcionó diez “sellos distintivos” de un programa de cumplimiento efectivo. La segunda edición agrega otro “sello”: el nivel de “Investigación, análisis y reparación de conductas indebidas” de la empresa, y se fundamenta en varios elementos de los “sellos” existentes. Según la *FCPA Resource Guide*, “La medida más veraz de un programa de cumplimiento efectivo es cómo responde a la mala conducta”. La actualización se dio en base a una revisión realizada en junio de 2020 a otro documento del DOJ, la Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo (o “*Evaluation of Corporate Compliance Programs*”). El cambio destaca tanto la importancia de emprender investigaciones internas que sean independientes y efectivas como el uso de “lecciones aprendidas” en la mejora del programa de cumplimiento de una empresa. Según las políticas del DOJ, la efectividad de un programa de cumplimiento de una empresa se contempla a la hora de decidir si procesarla.

Como se mencionó en un [artículo anterior de Jones Day](#), los regímenes anticorrupción recientemente desarrollados en Latinoamérica, como los de Perú y Argentina, incluyen una defensa a la responsabilidad corporativa cuando la empresa cuenta con un programa de cumplimiento adecuado. En base a estas leyes, estos países han emitido o están

emitiendo reglamentos que identifican sus propios “sellos” de cumplimiento, similares a los del DOJ y la SEC. Por ejemplo, a fines de 2018, la autoridad anticorrupción de Argentina aprobó directrices sobre la implementación de programas de cumplimiento; anteriormente, en 2015, el presidente de Brasil firmó un decreto definiendo parámetros para un programa de cumplimiento, el cual fue utilizado por las autoridades brasileñas al imponer multas o entrar en acuerdos de clemencia en virtud de la Ley de Empresas Limpias de Brasil de 2013. Las empresas deben conocer estos sellos distintivos del DOJ y la SEC a medida que se conviertan en estándares en toda la región.

TENDENCIAS RECIENTES EN LATINOAMÉRICA

El DOJ y la SEC continúan tomando medidas basadas en la FCPA en relación con conducta en Latinoamérica. Estas autoridades también están cooperando cada vez más con las autoridades anticorrupción de la región y, como muestra de esta mayor coordinación y cooperación, celebran acuerdos conjuntos con autoridades extranjeras. En septiembre de 2020, la mencionada empresa de asfalto, Sargeant Marine, se declaró culpable de haber conspirado para violar la FCPA ante un tribunal federal de Nueva York, accediendo a pagar una multa de más de \$ 16 millones. Al día siguiente de la declaración de culpabilidad, un alto funcionario del DOJ responsable de aplicar la FCPA pronunció un discurso en el que enfatizó la cooperación entre el DOJ y sus socios internacionales, mencionando específicamente a Brasil. También en septiembre, ante el mismo tribunal federal, el DOJ hizo públicas acusaciones contra el exgerente de una empresa comercializadora de petróleo, alegando que pagó sobornos a funcionarios ecuatorianos a cambio de un contrato petrolero de \$ 300 millones.

En agosto, el DOJ emitió un documento en el que declaraba que no procesaría a una compañía de financiamiento al consumo, World Acceptance Corporation, a pesar de que el DOJ concluyó que la subsidiaria mexicana de ésta pagó más de \$ 4 millones a terceros, de los cuales se utilizó una porción para sobornar a sindicatos mexicanos y funcionarios públicos con el fin de obtener contratos para otorgar préstamos a miembros del sindicato. La empresa firmó un acuerdo por separado con la SEC, mediante el cual acordó pagar más de \$ 20 millones. La decisión del DOJ de no procesar a la empresa se basó, entre otros, en el suministro inmediato de información

sobre la mala conducta de la empresa, su cooperación, las medidas tomadas por la misma con respecto a la remediación de los hechos y su acuerdo de devolver todas las ganancias obtenidas indebidamente. Según la política de cumplimiento corporativo del DOJ (o “*Corporate Enforcement Policy*”), cuando una empresa proporciona información sobre su mala conducta de manera voluntaria, coopera plenamente y toma medidas para remediar la conducta de manera adecuada y oportuna, existe la presunción de que el DOJ no procesará a la empresa mientras no existan circunstancias agravantes. La situación anteriormente descrita es la aplicación más reciente de esta política y demuestra el posible valor de una decisión proactiva de cooperar plenamente.

Finalmente, a diferencia de otras áreas del derecho penal estadounidense, en el campo de la FCPA existe un procedimiento que le permite a una empresa solicitar una opinión del DOJ para discernir la legalidad de una acción propuesta. Las opiniones emitidas por el DOJ como parte de ese proceso, denominadas “comunicados de procedimientos de opinión” (o “*opinion procedure releases*”), son públicas. En agosto de 2020, el DOJ publicó una opinión de este tipo por primera vez en seis años. Esto sirve como recordatorio de que las empresas tienen a su disposición la opción de solicitar este tipo de opiniones, aunque no siempre sea recomendable hacerlo.

CONCLUSIÓN

Como indican las actualizaciones a la *FCPA Resource Guide* y las medidas recientes adoptadas por el DOJ y la SEC, la FCPA se aplica ampliamente a empresas e individuos que se encuentran tanto en los EE. UU. como en otros países. El DOJ y la SEC han adoptado una postura agresiva con respecto al alcance de la FCPA, como, por ejemplo, a través de la definición de “instrumentalidad” de un gobierno extranjero, la aplicación del concepto de causar actos realizados dentro de los EE. UU. y las doctrinas de conspiración y complicidad. Las medidas recientemente tomadas por estos entes reguladores también demuestran que, cada vez más, las autoridades estadounidenses continúan trabajando en estrecha cooperación con sus contrapartes extranjeras en Latinoamérica, para aumentar las probabilidades de realizar recuperaciones monetarias significativas en casos particulares. Por ello, es importante comprender las perspectivas actuales del DOJ y la SEC en materia de la FCPA tanto para garantizar un programa de cumplimiento efectivo como para realizar una investigación interna exhaustiva de cualquier irregularidad y para responder oportunamente a una investigación del gobierno estadounidense. Igualmente es importante contar con la asesoría de abogados con experiencia en el manejo de asuntos de la FCPA en Latinoamérica y en todo el mundo.

ABOGADOS DE CONTACTO

Autores

Robert S. Huie

San Diego

+1.858.314.1123

rhue@jonesday.com

Samir Kaushik

Dallas

+1.214.969.5092

skaushik@jonesday.com

Cristina Pérez Soto

Miami

+1.305.714.9733

cperezsoto@jonesday.com

Luis Riesgo

São Paulo

+55.11.3018.3939

lriesgo@jonesday.com

Eric Snyder

Nueva York

+1.212.326.3435

esnyder@jonesday.com

Emmanuel E. Ubiñas

Dallas

+1.214.969.3670

eeubinas@jonesday.com

Contactos Adicionales

Theodore T. Chung

Chicago

+1.312.269.4234

tchung@jonesday.com

Karen P. Hewitt

San Diego

+1.858.314.1119

kphewitt@jonesday.com

Henry Klehm III

Nueva York

+1.212.326.3706

hklehm@jonesday.com

Hank Bond Walther

Washington

+1.202.879.3432

hwalth@jonesday.com

David J. DiMeglio

Los Ángeles

+1.213.243.2551

djdimeglio@jonesday.com

José Bonilla

Madrid

+34.91.520.3907

jbonilla@jonesday.com

Guillermo E. Larrea

Ciudad de México

+52.55.3000.4064

glarrea@jonesday.com

Bertha Ordaz-Avilés

Ciudad de México

+52.55.3000.4018

bordaz@jonesday.com

Neal J. Stephens

Silicon Valley

+1.650.687.4135

nstephens@jonesday.com

Fernando F. Pastore y Ephraim D. Abreu colaboraron en la preparación de este White Paper.

Jones Day publications should not be construed as legal advice on any specific facts or circumstances. The contents are intended for general information purposes only and may not be quoted or referred to in any other publication or proceeding without the prior written consent of the Firm, to be given or withheld at our discretion. To request reprint permission for any of our publications, please use our "Contact Us" form, which can be found on our website at www.jonesday.com. The mailing of this publication is not intended to create, and receipt of it does not constitute, an attorney-client relationship. The views set forth herein are the personal views of the authors and do not necessarily reflect those of the Firm.