

BOLETÍN INFORMATIVO | Anticorrupción

Noviembre de 2012

ANÁLISIS DE LA GUÍA DE RECURSOS SOBRE LA LEY FCPA

El 14 de noviembre, el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión del Mercado de Valores (SEC) de los Estados Unidos publicaron la esperada *Guía de recursos sobre la ley de los Estados Unidos acerca de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA)*. Esta *Guía* de 120 páginas recoge en un solo lugar una amplia gama de temas relacionados con el cumplimiento de la ley FCPA y su ejecución.

Para quienes son nuevos en la práctica de la ley FCPA, la *Guía* ofrece abundantes reglas y ejemplos que servirán para desmitificar esta área del derecho. Para los que están inmersos en consejería anticorrupción, la *Guía* contiene pocas sorpresas, pero confirma con utilidad los consejos que los profesionales han dado a sus clientes en una amplia gama de áreas, muchos de los cuales se han basado principalmente en sabiduría acumulada y sentido común.

Debido a la escasez de precedentes judiciales y de otras directrices definitivas en relación con la ley FCPA, hemos previamente descrito la asesoría anticorrupción como un arte más que una ciencia. Lo que hace la *Guía* es aportar más ciencia al conjunto, al menos en los márgenes. En particular, esperamos que la *Guía* permita que un grupo mucho más extenso de profesionales dedicados al cumplimiento de leyes adopte un enfoque más riguroso y uniforme al tratar con aquellas preguntas sencillas sobre cumplimiento que surgen con más frecuencia en esta área. Sin embargo, las preguntas sobre cumplimiento más complejas casi siempre dependen significativamente de los hechos, son específicas a una industria y no tienen soluciones uniformes. La *Guía* ofrece escasa orientación con respecto a las preguntas más difíciles acerca del cumplimiento de la ley y, en consecuencia, la asesoría al respecto seguirá siendo más arte que ciencia.

En este boletín informativo, primero analizamos los aspectos más significativos de la *Guía* y luego identificamos dos temas más amplios de la *Guía* que creemos que merecen atención en el futuro.

ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DE LA GUÍA

Jurisdicción

Como lo explica la *Guía*, las “disposiciones anti-soborno de la ley FCPA se aplican de manera general a tres categorías de personas y entidades: (1) ‘emisores’ y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas, (2) ‘consorcios nacionales’ y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas, y (3) personas y entidades determinadas, que no sean emisores ni consorcios nacionales, mientras actúen en el territorio de los Estados Unidos”. La *Guía* explica cuándo una empresa es un “emisor” para fines de la ley FCPA: una empresa que cotiza en una bolsa de valores nacional de los Estados Unidos (sea de acciones o de Recibos de Depósito Americanos) o una empresa cuyas acciones se negocian en el mercado extrabursátil de los Estados Unidos y que tiene la obligación de presentar informes ante la SEC. La definición de “consorcio nacional” es igualmente sencilla: en términos generales, un “consorcio nacional” es una persona o una empresa de los Estados Unidos. Pero hasta aquí llega la aplicación aparentemente simple de la jurisdicción de la ley FCPA.

La *Guía* procede a proponer varias teorías de jurisdicción controversiales, en particular con respecto a los emisores extranjeros y al nexo necesario con el comercio interestatal, los extranjeros y las empresas extranjeras no emisoras. Por ejemplo, la *Guía* afirma que:

- Los emisores extranjeros, así como sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas, pueden someterse a la jurisdicción de la ley simplemente mediante “la realización de una llamada telefónica o el envío de un correo electrónico, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de los Estados Unidos. . . [,] la transmisión de una transferencia bancaria desde o hacia un banco de los Estados Unidos u otro uso del sistema bancario estadounidense o un viaje por las fronteras estatales o internacionales desde o hacia los Estados Unidos.”
- Un extranjero o una empresa puede ser responsable si ayuda o instiga, conspira o actúa como agente de un emisor o consorcio nacional, *independientemente de si el propio extranjero o la propia empresa ejecuta alguna acción en los Estados Unidos.*

Estas teorías jurisdiccionales han comenzado a aparecer en acciones de ejecución de la ley por parte de las autoridades pero en su mayoría no se han puesto a prueba ante los tribunales y vale la pena observarlas en el futuro. Un caso pendiente destacado involucra a ex ejecutivos de Magyar Telekom, un “emisor”, conforme a la ley FCPA. Los ex ejecutivos, ciudadanos húngaros que residen fuera de los Estados Unidos, acaban de pedir que se desestime una acción civil de la SEC cuyo único supuesto nexo jurisdiccional es que los mensajes de correo electrónico se enviaron a través de los Estados Unidos o se almacenaron en servidores de red estadounidenses. Los demandados sostienen que el enrutamiento fortuito y circunstancial de correos electrónicos no puede satisfacer el requisito de que los demandados hayan utilizado instrumentos del comercio interestatal “de manera corrupta”. Además, afirman que un vínculo tan débil con los Estados Unidos no establece los “contactos mínimos” necesarios conforme a los requisitos básicos del debido proceso para el ejercicio de la jurisdicción personal. La audiencia oral en este caso está fijada para enero de 2013. Cualquiera que sea el resultado de ese caso, anticipamos que el DOJ y la SEC continuarán realizando acciones de ejecución de la ley contra emisores extranjeros y sus directores, funcionarios, empleados y agentes sobre la base de contactos *de minimis* con los Estados Unidos, como un correo electrónico que pase a través de un servidor estadounidense, en ausencia de otros nexos jurisdiccionales.

La *Guía* es más mesurada en su análisis de la jurisdicción sobre extranjeros y empresas extranjeras no emisoras en la sección 78dd-3 del Código 15 de los Estados Unidos (15 USC), que se basa en actos cometidos en el territorio de los Estados Unidos. Esto puede ser señal de un retiro de la posición agresiva que adoptó el DOJ en el caso *Shot Show*, en el cual sostuvo, sin éxito, que el simple envío de un paquete a los Estados Unidos bastaba para establecer jurisdicción sobre un ciudadano del Reino Unido. En lo sucesivo, prevemos que los fiscales recurran cada vez más a teorías sobre intermediación, conspiración, colaboración e instigación para establecer jurisdicción sobre extranjeros y empresas extranjeras no-emisoras, aunque tales personas o entidades no ejerzan acción alguna en los Estados Unidos para promover un pago corrupto a un funcionario extranjero.

Definiciones de “funcionario extranjero” e “instrumentos”

La *Guía* reitera el examen de factores múltiples y basado en los hechos específicos del caso promovido por el DOJ y la SEC y adoptado por los tribunales federales en casos recientes para determinar si empleados de entidades estatales o controladas por el Estado son “funcionarios extranjeros” según la ley FCPA. La *Guía* reconoce que una entidad con participación o control gubernamental minoritario rara vez constituye un instrumento de un gobierno extranjero. Sin embargo, no establece una norma clara y la *Guía* menciona un ejemplo según el cual, a pesar de que el gobierno posee una participación minoritaria, la compañía cae dentro de las circunstancias

en las cuales una entidad sería considerada como instrumento gubernamental; es decir, donde a pesar de la participación minoritaria del gobierno en la propiedad, tenía derechos especiales de veto como accionista y un grado de control operativo.

Como era de suponer, el debate de la *Guía* en torno a “instrumentos” y “funcionario extranjero” refleja la posición de litigio del DOJ y de la SEC en casos recientes. En la actualidad, esa postura está siendo disputada en el Tribunal Federal de Apelaciones del Circuito 11. Será la primera ocasión en que se pondrá a prueba la interpretación del gobierno sobre “funcionario extranjero” en un tribunal de apelaciones. Este tema ha recibido bastante atención por parte de comentaristas y seguramente seguirá siendo relevante en el contexto de acciones de ejecución de la ley por parte de las autoridades. No obstante, como las disposiciones contables de la ley FCPA y otras leyes estadounidenses y extranjeras también contemplan el soborno comercial entre particulares, en la práctica, la importancia de la definición de funcionario extranjero está disminuyendo para efectos de diseñar e implementar programas de cumplimiento corporativo.

Requisito de intencionalidad para la responsabilidad corporativa

Grupos industriales han ejercido presión para que se aclare que la responsabilidad penal corporativa requiere conducta “deliberada” de parte de un individuo. La *Guía* rechaza esta posición al afirmar que “[n]o se necesita evidencia de deliberación para establecer la responsabilidad penal o civil de una empresa, aunque sí se necesita prueba de intención corrupta.” En consecuencia, las acciones de ejecución de la ley contra corporaciones seguirán enfocándose sobre si los pagos se efectuaron con una intención corrupta, es decir, con la intención de “influir indebidamente” al receptor.

Como lo saben quienes asesoran a clientes en esta área, el elemento de la intención corrupta con frecuencia es lo único que distingue un pago comercial permisible de un soborno inadmisibles. Aquellos que desean recibir más guía en esta importante área se sentirán decepcionados, pues la *Guía* le dedica menos de una página al significado de “en forma corrupta” y no profundiza lo suficiente en la cuestión de la intención corrupta. La *Guía* sólo dice que “[e]l requisito de la intención corrupta protege a las empresas que se dedican a la promoción común y legítima de sus negocios, a la vez que apunta a la conducta que pretende inducir de manera indebida a que los funcionarios hagan un mal uso de sus puestos”. De esta forma, la *Guía* le asegura a los lectores que sería “difícil imaginar” un escenario en el cual tazas de café, viajes en taxi o artículos promocionales de valor nominal demostrasen una intención corrupta. Estos casos son sencillos, pero ni éstos ni los hipotéticos que aparecen en la *Guía* abordan las preguntas más difíciles a las que se enfrentan las empresas habitualmente. En la práctica, el estándar de intención corrupta seguirá siendo “la reconozco cuando la veo” y el sentido común seguirá siendo la referencia fundamental para quienes asesoran en esta área.

Responsabilidad de la empresa matriz por los actos de sus filiales

Grupos industriales buscaron confirmación de que la responsabilidad de la empresa matriz bajo las disposiciones anti-soborno de la ley surge sólo en casos en los que la empresa matriz autoriza, instruye o controla los actos indebidos de su filial. En lugar de esto, la *Guía* afirma que una empresa matriz también puede ser responsable “según los principios tradicionales de agencia”, incluso si no participa directamente en los actos indebidos. Conforme a la teoría que establece la *Guía*, “los actos y el conocimiento de una filial se le imputan a su respectiva empresa matriz” cuando existe una relación de agencia. Si bien la *Guía* indica que “la característica fundamental de la agencia es el control”, no ofrece ninguna orientación sustancial sobre la naturaleza o el grado de “control” que buscarán el DOJ y la SEC antes de recurrir a una teoría de agencia para sustentar la responsabilidad en el contexto de una empresa matriz y una filial. En lugar de esto, la *Guía* sólo dice que se deben

considerar “el conocimiento y la instrucción de la empresa matriz con respecto a los actos de la filial, tanto en general como en el contexto de una transacción específica” y “[a]unque en este análisis es importante la relación formal entre la empresa matriz y su filial, también importan las realidades prácticas de cómo interactúan en realidad la empresa matriz y su filial”.

La referencia en la *Guía* a nociones de “control” indefinidas favorece el interés del DOJ y de la SEC en su discrecionalidad procesal, la cual incluye su potestad de imponerle responsabilidad penal a empresas matrices por los actos de sus filiales. Sin embargo, la ley FCPA claramente distingue entre empresas matrices y filiales extranjeras; en la ausencia de conocimiento y de participación directa en el régimen corrupto, tradicionalmente las empresas matrices han recibido sólo sanciones civiles bajo las disposiciones contables para sobornos pagados por filiales extranjeras. Llevada a un extremo, la responsabilidad basada en la teoría de agencia ofrece potencialmente una salida por la puerta trasera, fundada en nociones vagas de “control”, para imponerle responsabilidad penal a empresas matrices por conducta que tradicionalmente se ha sancionado con penas civiles.

Está por verse si el DOJ empleará la responsabilidad basada en agencia de esta manera. Creemos que sería excepcional el caso en que una empresa matriz pudiera ser considerada responsable penalmente por los actos de su filial extranjera bajo una teoría de agencia sin existir autorización, instrucción o control real por parte de la empresa matriz en cuanto a la conducta impropia específica en cuestión. Sería especialmente problemático apoyarse en una teoría de este tipo en materia de responsabilidad penal dado que, si se invocara, probablemente dicha teoría surgiría en el contexto de acciones contra empresas matrices resueltos extrajudicialmente, donde quedaría aislada del rigor del escrutinio judicial.

Responsabilidad sucesoria

La *Guía* confirma con sensatez que una adquisición no genera responsabilidad retroactiva bajo la ley FCPA basada en el comportamiento de una empresa que antes no estaba sujeta a la ley. Además, según la *Guía*, es poco probable que ocurra una acción de ejecución de la ley por parte de las autoridades fundada en responsabilidad sucesoria, a menos que existan “contravenciones graves y sostenidas” o que el adquirente esté involucrado en la conducta indebida post-adquisición, o no detenga dicha conducta. Este enfoque reconoce que, como cuestión de política pública, “la sociedad se beneficia cuando las empresas con programas de cumplimiento sólidos adquieren y mejoran a empresas con programas de cumplimiento débiles.” Sin embargo, la *Guía* enfatiza que las autoridades esperan que las empresas tomen medidas para garantizar que una empresa adquirida cumpla inmediatamente con la ley FCPA y las demás leyes de los Estados Unidos. Ofrece una ruta sobre cumplimiento que incluye la aplicación sin demoras del código de conducta y de los procedimientos de cumplimiento de la empresa adquirente en la nueva entidad adquirida, capacitaciones y una auditoría anticorrupción de la nueva empresa. La auditoría legal (*due diligence*) antes de la adquisición y la integración después de la adquisición forman uno de los diez puntos fundamentales de un programa de cumplimiento efectivo que se identifican en la *Guía* (explorados en más detalle a continuación), lo cual destaca la importancia de estas medidas de cumplimiento ante los ojos de las autoridades.

Una pregunta recurrente entre los profesionales de este campo ha sido si existe un período de gracia tras una adquisición para que una empresa matriz no sea considerada responsable por la conducta de la entidad recién adquirida. La respuesta parece ser: “Así es, si . . .” Las autoridades entienden que, como cuestión práctica, es posible que no se puedan detener todas las prácticas comerciales indebidas de una entidad recién adquirida el día después del cierre. Sin embargo, es una cuestión de criterio y para caer en gracia, las autoridades esperan que la empresa adquirente realice una auditoría legal basada en el riesgo antes de la adquisición y que elabore y ejecute un

plan de integración posterior a la adquisición que extienda rápidamente el programa de cumplimiento de la empresa adquiriente a la entidad adquirida.

Al mismo tiempo, las autoridades parecen alejarse de los requisitos extraordinarios y altamente onerosos impuestos a Halliburton en el comunicado de opinión 08-02, que implicaba una transacción con pocas oportunidades para efectuar una auditoría legal antes de la transacción y en que Halliburton aceptó contratar abogados externos y consultores forenses para realizar una auditoría anticorrupción extensiva. La empresa acordó informarle al DOJ sobre su auditoría de las áreas con riesgos altos, medios y bajos de corrupción dentro de 90 días, 120 días y 180 días, respectivamente, y solucionar por completo cualquier problema descubierto en el transcurso de un año a partir de la adquisición. La auditoría legal de Halliburton incluiría una revisión de los registros de la empresa objetiva, incluidos los registros financieros y contables y una revisión de correos electrónicos, así como entrevistas a sus empleados. La *Guía* pretende contextualizar esa opinión. Resalta que el caso Halliburton “involucraba circunstancias especiales” y que “por tratarse de un comunicado de opinión . . . necesariamente impuso normas estrictas y plazos perentorios a cambio de garantías específicas del DOJ”. Según la *Guía*, establecer garantías equivalentes a través del procedimiento de comunicados de opinión “probablemente incluirá requisitos más estrictos de los que podrían ser necesarios en todas las circunstancias”.

Se pueden extraer dos conclusiones de la discusión sobre ese caso redactada cuidadosamente en la *Guía*. Primero, las autoridades han reconocido que los onerosos requisitos impuestos en el comunicado 08-02 simplemente no son realistas en la mayoría de las transacciones y no pueden crear de manera razonable una norma de conducta de aplicación general. Segundo, las empresas deben reflexionar cuidadosamente antes de pedir que el DOJ apruebe una transacción corporativa, pues la obtención de respaldo público a través de un comunicado de opinión casi con certeza requerirá de medidas que trascienden lo que muchos profesionales consideran necesario y razonable.

Programas de cumplimiento

Por primera vez, la *Guía* articula en un lugar la visión oficial de las autoridades estadounidenses acerca de las “Características de los programas de cumplimiento anticorrupción efectivos”. La sustancia es familiar y refleja los elementos de cumplimiento expuestos anteriormente en las Directrices de Sentencias de los Estados Unidos, acciones de ejecución de la ley que han sido resueltas extrajudicialmente y la decisión reciente relacionada con Morgan Stanley de no iniciar una acción de ejecución de la ley. Estos elementos incluyen:

- el compromiso de la alta gerencia y una política corporativa claramente articulada en contra de la corrupción;
- un Código de Conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento que aborden las áreas de riesgo de la empresa;
- autonomía y recursos proporcionados a uno o más ejecutivos identificados de alto nivel que sean responsables de la supervisión y gestión del programa de cumplimiento;
- una evaluación de riesgos con el fin de crear un programa de cumplimiento que concentre los recursos de cumplimiento en las áreas de mayor riesgo;
- capacitación y asesoría continua a empleados, directores, funcionarios y, en circunstancias apropiadas, agentes y socios;
- incentivos y medidas disciplinarias que refuercen la importancia del cumplimiento;

- auditoría legal, contable y financiera en función del riesgo a terceros y supervisión de pagos y relaciones de terceros;
- un mecanismo de denuncia confidencial y un proceso eficiente y bien financiado de investigación de denuncias;
- pruebas y revisiones periódicas con el fin de mejorar continuamente el programa de cumplimiento y
- auditoría legal previa a la adquisición e integración posterior a la adquisición en el contexto de fusiones y adquisiciones.

Esperamos que las empresas sujetas a la ley FCPA utilicen los diez elementos articulados en la *Guía* como punto de partida para la evaluación de sus programas de cumplimiento anticorrupción (como las empresas en la industria farmacéutica y de salud han tenido en cuenta históricamente los siete elementos de un programa de cumplimiento efectivo articulado por la Oficina del Inspector General del Departamento de Salud y Servicios Humanos, HHS). Las empresas con programas establecidos de cumplimiento anticorrupción también pueden utilizar los diez elementos como un marco para la realización de revisiones futuras a la efectividad del cumplimiento, con el fin de evaluar el funcionamiento de las políticas y los controles de la empresa.

La *Guía* evita apoyar una “defensa de cumplimiento” solicitada por los grupos industriales, similar a la defensa de la Ley Anti-soborno del Reino Unido. Sin embargo, señala que “el DOJ y la SEC también consideran la idoneidad de un programa de cumplimiento de una empresa al momento de decidir qué medidas adoptar, si alguna”, lo cual confirma que el programa de cumplimiento de una empresa puede influir en el ejercicio de la potestad de los fiscales en las decisiones sobre acusaciones y en las recomendaciones de sentencias.

Por último, la *Guía* describe un programa de cumplimiento efectivo como un “componente crítico en los controles internos del emisor”. Esperamos que la SEC, en particular, siga presionando a los certificadores SOX y auditores externos para que presten mayor atención a la eficacia de los programas de cumplimiento anticorrupción como parte de su evaluación general de los controles internos de la empresa.

Obsequios, viajes y entretenimiento

La *Guía* enfatiza que las empresas deben centrar los recursos de cumplimiento en sus áreas de mayor riesgo y hace una advertencia en contra de “[d]estinar una cantidad desproporcionada de tiempo a controlar entretenimiento y obsequios modestos[.]”. Mediante varios casos hipotéticos, la *Guía* proporciona ejemplos concretos de obsequios, viajes y entretenimiento, tales como artículos con logotipo y cortesías modestas, que no infringirían la ley FCPA. La *Guía* respalda en forma implícita los controles que los profesionales de este tema conocen bien, por ejemplo, “muchas empresas grandes han automatizado sus procesos de autorización de obsequios y han establecido umbrales monetarios claros para obsequios, junto con límites anuales, con excepciones limitadas para obsequios aprobados por la gerencia correspondiente”. La “lista no exhaustiva de salvaguardas” incluida en la descripción de la defensa afirmativa de gastos razonables y de buena fe en la *Guía* categoriza medidas adicionales de cumplimiento que las empresas deben considerar adoptar al proporcionar transportación y alojamiento a un funcionario extranjero.

En esencia, la *Guía* confirma lo que los profesionales le han aconsejado a sus clientes durante mucho tiempo: si bien en esta área importan los límites monetarios específicos, es más importante garantizar que exista un sistema para controlar, seguir, vigilar y auditar los gastos en obsequios, comidas, entretenimiento y viajes. Sin embargo, la *Guía* no aborda los escenarios más complicados a los que se pueden enfrentar las empresas, tales como si una empresa debe acceder a la exigencia

de un cliente estatal de incluir en el precio del contrato los gastos de transportación y los viáticos de los empleados del cliente, o en qué circunstancias va más allá de lo permitido el patrocinar a un médico de un hospital público para que asista a una conferencia médica. Esos escenarios y muchos otros seguirán requiriendo de un cuidadoso escrutinio específico según los hechos del caso que trasciendan la asesoría que brinda la *Guía*.

Donaciones benéficas

Tras advertir que una “[a]uditoría legal y controles adecuados son fundamentales para realizar donaciones benéficas”, la *Guía* presenta cinco preguntas que se deben considerar al efectuar donaciones benéficas en un país extranjero:

- ¿Cuál es el propósito del pago?
- ¿El pago concuerda con a las directrices internas de la empresa con respecto a donaciones benéficas?
- ¿El pago es a petición de un funcionario extranjero?
- ¿Hay un funcionario extranjero vinculado con la institución benéfica y, en caso de que así sea, el funcionario extranjero puede tomar decisiones con respecto a las actividades comerciales de la empresa en ese país?
- ¿El pago está condicionado a la recepción de oportunidades de negocios o de otros beneficios?

La *Guía* destaca el [comunicado de opinión 10-02](#) como un estudio de caso exitoso. En esa opinión de 2010, que Covington obtuvo a nombre de un cliente, el DOJ apoyó ciertas medidas de auditoría legal, disposiciones contractuales y otros controles de cumplimiento como prácticas prudentes en esta área.

La *Guía* confirma que las donaciones benéficas se deben abordar en los programas de cumplimiento anticorrupción y sugiere preguntas que esperamos que se incorporen a los cuestionarios pertinentes de auditoría legal. Pero no aporta nada nuevo en un área que pocas veces ha sido el centro de atención de las acciones de ejecución de la ley por parte de las autoridades.

Representantes externos

La *Guía* confirma que las autoridades esperan que las empresas presten atención especial a los representantes externos que puedan interactuar con funcionarios extranjeros a nombre de la empresa. Enumera las alertas habituales que conocen los profesionales del cumplimiento e incluye ejemplos hipotéticos sobre la aprobación de distribuidores y socios locales. Los ejemplos hipotéticos implican atención a las alertas rojas que claman seguimiento y proporcionan poca orientación práctica sobre la forma de gestionar riesgos externos. Se trata de una oportunidad desperdiciada. La gran mayoría de las acciones recientes de ejecución de la ley han implicado a intermediarios externos y es razonable decir que estos intermediarios presentan el riesgo principal para muchas empresas.

En reconocimiento de ese riesgo, las empresas han elaborado una serie de procesos de cumplimiento y controles deliberados y sofisticados diseñados para prevenir y detectar sobornos pagados por intermediarios externos. Por ejemplo, estamos conscientes de que hay empresas que han hecho uso de tecnología para implantar sistemas de gestión de cumplimiento de distribuidores que integran auditoría legal inicial, gestión de contratos, capacitación, certificaciones, supervisión continua, auditorías, y actualizaciones periódicas con respecto a la auditoría legal. La *Guía* se

hubiera beneficiado de una descripción más sólida de las nuevas prácticas en esta área, como sucedió en las secciones que abordan los obsequios y donativos.

Resoluciones

El Capítulo 7 de la *Guía* analiza los medios de resolución extrajudicial de acusaciones bajo la ley FCPA, los cuales incluyen acuerdos de procesamiento diferido (DPA), acuerdos de no procesamiento (NPA) y decisiones de no procesar. La *Guía* explica en qué consisten y cómo funcionan los acuerdos DPA, NPA y las decisiones de no procesar, pero ofrece poca información acerca de cuestiones tales como la forma en que el DOJ y la SEC determinan si van a utilizar un DPA o un NPA y si los NPA se reservarán normalmente para las empresas que han realizado una divulgación voluntaria.

En cambio, el análisis de la *Guía* sobre decisiones de no procesar recientes proporciona un útil y claro acceso a la toma de decisiones del DOJ y la SEC sobre acusaciones. Cabe destacar que la *Guía* establece que el DOJ se ha negado a procesar con respecto a asuntos “en que se configuraron algunas o todas las siguientes circunstancias: (1) una corporación divulgó en forma voluntaria y total la posible conducta indebida; (2) los directivos empresariales participaron voluntariamente en las entrevistas con el DOJ y proporcionaron información veraz y completa sobre su conducta; (3) una empresa matriz realizó una amplia auditoría legal previa a la adquisición de filiales potencialmente responsables y llevó a cabo esfuerzos de corrección significativos después de la adquisición; (4) una empresa proporcionó información sobre sus políticas, procedimientos y controles internos de cumplimiento generales; (5) una empresa aceptó un arreglo civil la SEC al tiempo que demostró que era apropiada la abstención de la acción penal; (6) solamente hubo un empleado involucrado en los pagos indebidos; y (7) los pagos indebidos implicaban fondos mínimos en comparación con las ganancias generales de la empresa”. Dada la referencia de la *Guía* a la presencia de “todas o algunas” de las circunstancias enumeradas en los casos en los que el DOJ se ha negado a procesar, persiste un grado de imprevisibilidad en la toma de decisiones del DOJ. Pero esta información, la cual se encuentra en una nota al final de la *Guía*, se convertirá en lectura obligada para las empresas sometidas a una acción de ejecución de la ley por parte de las autoridades.

La *Guía* también brinda seis ejemplos de casos recientes en los que el DOJ y la SEC se negaron a procesar. Surgen aspectos comunes de aquellos ejemplos: (1) todos los casos implicaron una divulgación voluntaria, (2) todos incluyeron corrección y mejoras inmediatas a los programas de cumplimiento de la empresa, y (3) cuatro de los seis casos se trataron de sobornos “pequeños” o “relativamente pequeños”. Estos ejemplos proporcionan guías útiles y pueden llevar a algunas empresas a considerar con más seriedad la divulgación de infracciones pequeñas.

Divulgación voluntaria

Los grupos industriales han presionado para obtener una articulación más clara sobre los beneficios de la divulgación voluntaria, a diferencia de la ventaja mejor entendida de cooperar con el gobierno en una acción de ejecución de la ley y a solucionar la conducta indebida. La *Guía* evita la cuantificación de los beneficios de la divulgación voluntaria al indicar solamente que “el DOJ y la SEC asignan gran importancia a la auto-denuncia, así como a la cooperación y a las gestiones correctivas”. Una invitación a la auto-denuncia permea la *Guía*, la cual el DOJ y la SEC consideran claramente como un vehículo para fomentar la divulgación voluntaria.

En nuestra opinión, la *Guía* no altera de manera fundamental el cálculo de la divulgación voluntaria porque, en el fondo, los beneficios tangibles de la auto-denuncia siguen siendo difusos. Por ejemplo, mientras todos los ejemplos en el cual las autoridades se negaron a procesar analizados en la *Guía* implicaron una divulgación voluntaria, la *Guía* no detalla la forma en que las autoridades evalúan la divulgación voluntaria al decidir si procesan una cuestión o si escogen un NPA en lugar de un DPA.

En ausencia de una orientación concreta en este ámbito, las empresas seguirán ponderando los beneficios potenciales pero inciertos de la divulgación, lo cual incluye la posibilidad de penas menores, frente al costo y la distracción que puedan surgir de la divulgación voluntaria de un asunto que, de otra manera, no captaría la atención de las autoridades. Ese cálculo seguirá siendo específico a los hechos del caso. Una empresa que investigue cuidadosamente las acusaciones de soborno, que busque otros indicios del mismo tipo de conducta, que adopte medidas compensatorias y disciplinarias adecuadas, que mejore su programa de cumplimiento en respuesta a las deficiencias detectadas y que tome otras medidas adecuadas, podría concluir que es razonable optar por la divulgación voluntaria.

Para las empresas que escogen la auto-denuncia, la *Guía* ofrece un marco útil para una evaluación comparativa de su conducta frente a las conductas descritas en las decisiones de no procesar y en otras acciones de ejecución de la ley tratadas en la *Guía*.

Monitores de cumplimiento

La *Guía* enumera seis factores que el DOJ y la SEC consideran para decidir si exigen un monitor de cumplimiento:

- La gravedad del incumplimiento
- La duración de la conducta indebida
- La penetración de la conducta indebida, lo cual incluye si la conducta trasciende líneas geográficas y de productos
- La naturaleza y el tamaño de la empresa
- La calidad del programa de cumplimiento de la empresa al momento de ocurrir la conducta indebida
- Las gestiones de reparación posteriores

La *Guía* establece dos vínculos que serán útiles para los profesionales de cumplimiento. Primero, enfatiza el nexo entre la eficacia del programa de cumplimiento de una empresa y la decisión sobre la asignación de un monitor. En reconocimiento de que no es apropiado “[d]esignar a un monitor” en todas las circunstancias, la *Guía* explica que un monitor puede ser adecuado, “por ejemplo, cuando una empresa aún no cuenta con un programa interno efectivo de cumplimiento o si necesita establecer los controles internos necesarios”. Segundo, la *Guía* establece que es posible que, en contraposición a un monitor externo, el “auto-control” sea adecuado cuando “la empresa haya realizado una divulgación voluntaria, haya cooperado sin restricciones y haya demostrado un compromiso auténtico con la reforma”. Esto concuerda con arreglos corporativos recientes, como los arreglos extrajurídicos de Pfizer y de Johnson & Johnson, las cuales incluyeron disposiciones sobre auto-control.

AL FUTURO: DOS FACTORES PARA OBSERVAR

Además de los puntos específicos mencionados anteriormente, la *Guía* destaca dos elementos más amplios que creemos que valen la pena observar en el futuro.

Las acciones de ejecución de la ley como un cuasi-jurisprudencia

En primer lugar, la *Guía* en efecto pone las acciones de ejecución resueltas extrajudicialmente a la par con el precedente judicial. A pesar de que se presentan como una simple recitación de ley incontrovertida, la *Guía* de hecho es una declaración amplia y organizada de las políticas e

intenciones de ejecución de ley del DOJ y de la SEC, una especie de manifiesto que codifica las teorías de ejecución de ley seguidas durante la última década. La *Guía* usa un tono autoritario y rara vez califica sus declaraciones al señalar que reflejan las posiciones de litigio del DOJ y la SEC, algunas de las cuales pueden ser objetadas en tribunales y, de hecho, lo serán.

Para los profesionales de la materia, este enfoque conlleva un riesgo y una oportunidad. El riesgo es que las posiciones de ejecución actuales se conviertan en sabiduría convencional incuestionable del mañana, incluso si una posición en particular no refleja la interpretación más razonable de la ley. Por ejemplo, la *Guía* señala sin cita que “los libros y registros del emisor incluyen los libros y registros de las filiales consolidadas y coligadas del emisor”. Ese punto de vista se plasma en muchas de las más recientes acciones de ejecución de la ley de la SEC. Sin embargo, hasta el año 2000, la SEC no trataba los datos mal ingresados a los libros de una filial extranjera, sin más, de forma automática como una infracción por parte de la empresa matriz o del emisor de las disposiciones sobre libros y registros de la ley FCPA. Dos acciones de ejecución de la ley en los años 2000 y 2001 cambiaron esa sabiduría convencional, algo que hoy la *Guía* presenta como doctrina establecida.

Al mismo tiempo, el trato como precedente de las acciones de ejecución resueltas mediante acuerdo, junto con la transparencia que estipula la *Guía*, ofrecen a los profesionales una oportunidad para analizar los resultados preferidos mediante el establecimiento de analogías con los ejemplos que incluye la *Guía*. Sin duda las autoridades no estarán obligadas por las disposiciones previas de otros casos y pueden distinguir los casos resueltos basados en hechos no incluidos en el registro público. Sin embargo, la existencia de puntos de referencia públicos, en particular con respecto a las decisiones de no procesar, ayudará a que el abogado se asegure de que en casos adecuados casos similares se traten de manera similar.

Programas de cumplimiento: Las empresas no pueden “crearlos y olvidarlos”.

En segundo lugar, la *Guía* marca un cambio de énfasis, pasando del establecimiento de un programa de cumplimiento, algo que la mayoría de las grandes empresas ya han hecho, a la realización periódica de evaluaciones de riesgo, supervisiones de desempeño, auditorías de eficacia y modificaciones pertinentes al programa en el futuro. La *Guía* señala que “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 actos y las normas de su industria”. En consecuencia, “un buen programa de cumplimiento debería evolucionar constantemente”. El mensaje inequívoco es que el programa de cumplimiento de una empresa, como sus actividades comerciales, debe ser dinámico y someterse a revisión y renovación de manera periódica.

Como parte de esta evolución, la *Guía* advierte a las empresas que se espera que integren plenamente los programas de cumplimiento a sus controles internos y que se aseguren de que los riesgos anticorrupción sean considerados en el diseño, la implementación y el seguimiento de los controles internos sobre la presentación de informes de contabilidad y financieros. En la práctica, esto significa que, además del diseño y la actualización de las herramientas tradicionales de cumplimiento, como los procedimientos de auditoría legal de terceros, las empresas tendrán que vincular estas medidas con los controles financieros correspondientes, tales como delegación de autoridad, aprobaciones de facturas de terceros, rendición y aprobación de viajes y gastos, seguimiento de gastos, proceso de creación de nuevos proveedores y pasos similares. Algunas empresas ya lo hacen. Las que aún no lo hacen harían bien en oír la advertencia reciente de Kara Brockmeyer, Jefa de la Unidad de FCPA de la SEC, en el sentido de que “no puede haber soborno si la empresa controla el destino de su dinero”.

Si tiene alguna duda acerca del material analizado en este boletín informativo al cliente, favor de ponerse en contacto con cualquiera de los siguientes miembros de nuestra Práctica Anticorrupción Global:

Tammy Albarrán	+01.415.591.7066	talbarran@cov.com
Robert Amaee	+44.(0)20.7067.2139	ramaee@cov.com
Stephen Anthony	+01.202.662.5105	santhony@cov.com
Bruce Baird	+01.202.662.5122	bbaird@cov.com
Eric Carlson	+86.10.5910.0503	ecarlson@cov.com
Casey Cooper	+44.(0)20.7067.2035	ccooper@cov.com
Christopher Denig	+01.202.662.5325	cdenig@cov.com
Steven Fagell (codirector)	+01.202.662.5293	sfagell@cov.com
James Garland	+01.202.662.5337	jgarland@cov.com
Haywood Gilliam	+01.415.591.7030	hgilliam@cov.com
Barbara Hoffman	+01.212.841.1143	bhoffman@cov.com
Robert Kelner	+01.202.662.5503	rkelner@cov.com
Nancy Kestenbaum	+01.212.841.1125	nkestenbaum@cov.com
David Lorello	+44.(0)20.7067.2012	dlorello@cov.com
Lynn Neils	+01.212.841.1011	lneils@cov.com
Mona Patel Doshi	+01.202.662.5797	mpatel@cov.com
Don Ridings (codirector)	+01.202.662.5357	dridings@cov.com
John Rupp (codirector)	+44.(0)20.7067.2009	jrupp@cov.com
Anita Stork	+01.415.591.7050	astork@cov.com
Alan Vinegrad	+01.212.841.1022	avinegrad@cov.com

Esta información no pretende constituir asesoría jurídica. Los lectores deben procurar orientación legal específica antes de actuar en relación con las materias citadas en este informativo.

Covington & Burling LLP, bufete internacional que brinda apoyo corporativo, litigante y normativo para que sus clientes alcancen sus metas. Esta comunicación pretende dar a conocer novedades pertinentes a nuestros clientes y a otros colegas interesados. Envíe un mensaje a unsubscribe@cov.com si no desea recibir más correos electrónicos o alertas en el futuro.

© 2012 Covington & Burling LLP, 1201 Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20004-2401. Todos los derechos reservados.