

Eletrobras resuelve investigación de presuntas violaciones de la FCPA reveladas como parte de la Operación *Lava Jato* de Brasil

16 de enero de 2019

Anticorrupción / FCPA

El 26 de diciembre de 2018, la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (U.S. Securities and Exchange Commission, "SEC") [publicó una orden administrativa](#) para resolver la investigación en contra de Centrais Elétricas Brasileiras S.A. ("Eletrobras"), una compañía eléctrica con participación mayoritaria del gobierno brasileño que emite títulos americanos de depósito (ADRs). Esta es la segunda vez en el año 2018 en que el gobierno de los Estados Unidos de América ha acusado a una entidad de propiedad estatal de violaciones de las disposiciones contables de la ley de prácticas corruptas en el extranjero (Foreign Corrupt Practices Act, "FCPA"). Al igual que el acuerdo de septiembre de 2018 con Petróleo Brasileiro S.A. ("Petrobras"), el supuesto esquema de corrupción en una filial de Eletrobras fue descubierto por medio de la Operación *Lava Jato* en Brasil. El acuerdo con Petrobras, sin embargo, involucró una resolución coordinada con la [SEC](#), el [Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América](#) (U.S. Department of Justice, "DOJ"), y el [Ministerio Público Federal de Brasil](#) ("MPF").

Específicamente, los cargos contra Eletrobras se basaron en denuncias de que, del 2009 al 2015, ex directivos de una filial de generación de energía nuclear de Eletrobras, Eletrobras Termonuclear ("Eletronuclear"), con participación mayoritaria de Eletrobras, inflaron los costos de proyectos de infraestructura y autorizaron la licitación de contratistas innecesarios. A cambio, los ex directivos de Eletronuclear supuestamente recibieron aproximadamente 9 millones de dólares de las compañías constructoras que se beneficiaron del esquema corrupto. Las compañías constructoras también utilizaron el sobrepago de contratos para financiar sobornos a los líderes de los dos principales partidos políticos de Brasil. La SEC alegó que Eletrobras violó la FCPA al registrar precios de contratos inflados y facturas falsas en los libros y registros de Eletrobras, y al no establecer y mantener un sistema suficiente de controles contables internos. Sin llegar a admitir o negar los alegatos, Eletrobras aceptó una [orden de cese y desistimiento](#) y acordó pagar una sanción civil de 2,5 millones de dólares.

Aunque Eletrobras también estaba siendo investigada por el DOJ, en agosto de 2018 Eletrobras anunció en un [informe de registro de valores](#) que el DOJ había cerrado su investigación sin presentar cargos. Eletrobras también celebró un memorando de entendimiento con accionistas tenedores de sus ADRs y se comprometió a pagar a los accionistas 14,75 millones de dólares para resolver una demanda colectiva relacionada con la

supuesta conducta indebida. El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Nueva York aprobó el acuerdo para la resolución de la demanda colectiva unos días antes de que la SEC anunciara su resolución con Eletrobras sobre las presuntas violaciones de la FCPA.

En Brasil, los fiscales brasileños han arrestado al menos a 19 personas en relación a la investigación del supuesto esquema de Eletronuclear. En el 2016, el expresidente de Eletronuclear fue condenado por corrupción, lavado de dinero, crimen organizado y obstrucción a la justicia, y fue sentenciado a 43 años de prisión. Por otra parte, en el 2017, el Tribunal Federal de Cuentas (*Tribunal de Contas da União*, “TCU”) prohibió, por cinco años, a varias compañías de ingeniería presentarse a licitaciones públicas.

Antecedentes y la supuesta conducta indebida

Según la orden administrativa de la SEC, el supuesto esquema de licitación fraudulenta y soborno se inició en 2009, cuando Eletronuclear empezó a renegociar, y finalmente ejecutó, un contrato de construcción de aproximadamente 4,900 millones de dólares para la planta nuclear de Angra III («UTN Angra III»). El supuesto esquema también implicó el otorgamiento de un segundo contrato de aproximadamente 1100 millones de dólares para servicios de montaje electromecánico en 2014. La SEC alegó que los directivos de Eletronuclear, incluyendo al expresidente de la compañía, utilizaron su influencia en los procesos de precalificación, presupuestario y contratación asociados con los contratos UTN Angra III para autorizar contratos innecesarios e inflar los costos de los proyectos beneficiando a varias compañías de construcción brasileñas. A cambio, el expresidente de Eletronuclear supuestamente recibió en torno a 4,1 millones de dólares y otros ex directivos de Eletronuclear recibieron 4,9 millones de dólares adicionales. La SEC también alegó que los ejecutivos de las compañías constructoras utilizaron los fondos que recibieron de los contratos inflados y las facturas falsas para pagar los sobornos a los ejecutivos de Eletronuclear y dirigieron un total del 2% de los contratos de UTN Angra III a funcionarios gubernamentales asociados con dos de los partidos políticos más grandes de Brasil.

Violaciones de libros y registros

La SEC alegó que Eletrobras violó la disposición de libros y registros de la FCPA (sección 13(b)(2)(A) de la Ley del Mercado de Valores de 1934 (Securities Exchange Act of 1934)) porque su filial Eletronuclear registró los precios inflados de contratos y las facturas falsas utilizados en el esquema de soborno como gastos legítimos por bienes o servicios, y dichos gastos fueron consolidados en los estados financieros de Eletrobras.

Violaciones de los controles contables internos

La SEC alegó que Eletrobras violó la disposición de controles contables internos de la FCPA (Sección 13(b)(2)(B) de la Ley del Mercado de Valores de 1934 (Securities Exchange Act of 1934)) al “no establecer ni mantener un sistema suficiente de controles contables internos”. La SEC identificó varios ejemplos de políticas de “compliance” y de controles contables internos insuficientes e ineficaces:

- El código ético de Eletrobras, adoptado en 2005, se aplicaba únicamente a la sociedad holding, y no a las diversas filiales y entidades con fines especiales de la compañía.

- Las políticas, los procedimientos y los controles contables de Eletrobras en materia de anticorrupción contenían “prohibiciones generales o genéricas” que no se aplicaban a todos los empleados o que simplemente fueron ignoradas. Por ejemplo, el código de conducta adoptado para filiales en 2010 contenía una prohibición respecto a contribuciones a partidos políticos y campañas políticas, y también requería la selección y contratación de proveedores conforme a criterios específicos incluyendo legales, técnicos, de calidad, de costo y puntualidad. No obstante, los controles contables de la compañía diseñados para promover estos principios éticos — incluyendo los criterios de medición contractuales que requieren que los pagos a los proveedores sean proporcionales al trabajo realizado — fueron ignorados o eludidos.
- Las políticas y los procedimientos de “compliance” de Eletrobras “no estaban específicamente diseñados para los riesgos inherentes asociados con las operaciones comerciales de Eletrobras”.
- Los informes anuales de Eletrobras en un periodo de seis años revelaron “importantes debilidades sustanciales en el control interno de Eletrobras en relación a los informes financieros que no se remediaron durante muchos años” y “[m]uchas de estas debilidades sustanciales, incluyendo la ausencia de controles eficaces para garantizar la integridad, la precisión, la validez y la valoración de la compra y los pagos de bienes y servicios, contribuyeron a que el esquema de soborno prosperara sin ser detectado durante años”.

Esfuerzos de remediación y reconocimiento de cooperación

En su orden, la SEC destacó la cooperación de Eletrobras con la SEC en su investigación y los esfuerzos de la compañía para remediar el problema. La SEC señaló que la remediación de la compañía incluyó “disciplinar a los empleados involucrados en la conducta indebida, mejorar sus controles contables internos y sus funciones de “compliance”, corregir las debilidades sustanciales identificadas en sus informes anuales a la Comisión y adoptar nuevas políticas y procedimientos anticorrupción”.

Observaciones y Lecciones Aprendidas

Políticas y procedimientos de cumplimiento insuficientes

Esta resolución resalta el enfoque sostenido de la SEC en la creación, la implementación y el mantenimiento de programas de “compliance” suficientes y eficaces por parte de emisores. La conclusión de la SEC de que Eletrobras no mantuvo políticas y procedimientos de “compliance” específicamente diseñados para los riesgos inherentes asociados con la actividad de Eletronuclear es un recordatorio útil para el personal de “compliance” en organizaciones matrices de que no es suficiente establecer o mantener programas de “compliance” superficiales. Más bien deben desarrollarse políticas y procedimientos de “compliance” individualizados y eficaces para abordar los riesgos específicos a los que se enfrenta la compañía y/o sus filiales. Asimismo, debe implementarse un programa de “compliance” eficaz en todos los niveles de la organización corporativa, incluyendo a las subsidiarias. Finalmente es fundamental para las compañías emisoras abordar rápidamente las debilidades identificadas en sus controles internos relacionados con reportes financieros.

Comparando Petrobras y Eletrobras

Tanto la resolución de Petrobras como la de Eletrobras se basan en violaciones de las disposiciones relativas a libros y registros y controles internos derivados de un esquema de soborno que benefició no solo a los empleados de la compañía (ellos mismos considerados, “funcionarios extranjeros” bajo la FCPA), sino también a los políticos brasileños. Ninguna de las compañías fue acusada de violar las disposiciones anti-soborno de la FCPA, lo que sugiere que las autoridades estadounidenses posiblemente carecieron de un nexo jurisdiccional necesario para presentar cargos en materia de soborno contra estos “emisores” o de pruebas suficientes que indicaran que los pagos indebidos a los políticos brasileños se otorgaron “con el fin de obtener o retener negocios” para cada una de las compañías.

Ambas resoluciones son inusuales porque envuelven entidades de propiedad estatal extranjeras —Statoil ASA es la única otra entidad de propiedad estatal extranjera que ha sido acusada de violaciones de la FCPA— y porque las compañías fueron víctimas de un esquema de sobornos de empleados al mismo tiempo que fueron facilitadores de sobornos a funcionarios de gobierno extranjero. En el comunicado de prensa y en el [acuerdo de no enjuiciamiento](#) (non-prosecution agreement, “NPA”) de Petrobras, el DOJ señaló específicamente que el estatus de la empresa y sus accionistas como víctimas había sido uno de los factores atenuantes que llevaron a esta resolución a pesar de una conducta indebida significativa por parte de la entidad.

En cualquier caso, la resolución de Eletrobras es pequeña considerando la magnitud del supuesto esquema y el rol significativo de sus altos ejecutivos. Además, mientras que Petrobras firmó acuerdos coordinados con el DOJ, la SEC y el MPF, Eletrobras solo alcanzó un acuerdo con la SEC. El DOJ se abstuvo de procesar a Eletrobras y parecería ser que las autoridades brasileñas están enfocadas principalmente en procesar a los ex ejecutivos de Eletrobras.

En ambos acuerdos, las autoridades fiscalizadoras estadounidenses no requirieron que las empresas contraten a un monitor de compliance independiente a pesar de la naturaleza expansiva de los supuestos esquemas de corrupción. En su NPA con Petrobras, el DOJ explicó que tal decisión se debió a la remediación de la compañía, el estado de su programa de “compliance”, el compromiso de la compañía de entregar reportes al DOJ sobre su programa de “compliance” por un período de tres años, y el hecho de que la empresa estaría sujeta a la supervisión de las autoridades brasileñas.

Las dos resoluciones provienen de la Operación *Lava Jato*, en la cual las autoridades brasileñas y estadounidenses han conjuntamente investigado y procesado diferentes aspectos y esquemas corruptos que se han venido desarrollando por medio de la Operación. Los aspectos inusuales de estas resoluciones probablemente reflejan no solo las circunstancias únicas de la Operación *Lava Jato*, pero también el estatus de las compañías como entidades extranjeras de propiedad estatal.

Tanto Petrobras como Eletrobras también se enfrentaron a demandas colectivas por parte de accionistas basadas en su supuesta conducta indebida las cuales fueron resueltas poco antes de la respectiva resolución de cada compañía con las autoridades estadounidenses. Sin embargo, los acuerdos con los accionistas tuvieron una consideración diferente por parte de la SEC. En Petrobras, la SEC se comprometió a reducir el monto de la restitución impuesta contra Petrobras por la cantidad pagada al fondo de liquidación de la acción colectiva. En Eletrobras,

que solamente fue objeto de una sanción de naturaleza civil y ninguna restitución, la SEC no se comprometió a reducir la sanción civil relativamente baja de 2,5 millones de dólares por el monto pagado en la demanda colectiva.

Si tiene alguna pregunta sobre el material analizado en esta alerta, por favor contactar a los siguientes miembros de nuestra práctica de Anticorrupción/FCPA:

<u>Lanny Breuer</u>	+1 202 662 5674	lbreuer@cov.com
<u>Veronica Yepez</u>	+1 202 662 5165	vyepez@cov.com
<u>Jennifer Saperstein</u>	+1 202 662 5682	jsaperstein@cov.com
<u>Gerald Hodgkins</u>	+1 202 662 5263	ghodgkins@cov.com
<u>Ashley Sprague</u>	+1 202 662 5604	asprague@cov.com
<u>Joshua González</u>	+1 415 591 7062	jgonzalez@cov.com
<u>Mary Hernandez</u>	+1 202 662 5022	mhernandez@cov.com

Esta información no pretende ser asesoramiento legal. Los lectores deben solicitar asesoramiento legal específico antes de actuar en relación a los temas mencionados en el presente documento.

Covington & Burling LLP, un bufete internacional, ofrece asesoramiento especializado en temas corporativos, de litigios y regulatorios para ayudar a sus clientes a alcanzar sus metas. El objetivo de esta comunicación es transmitir desarrollos relevantes a nuestros clientes y otros colegas que estén interesados. Envíe un correo electrónico a unsubscribe@cov.com si no desea recibir futuros mensajes de correo electrónico o alertas electrónicas.

© 2019 Covington & Burling LLP. Todos los derechos reservados.