

Revisión del año 2020: tendencias y novedades de *compliance* y fiscalización anti-corrupción

Invierno 2021

Anticorrupción/ FCPA

Según las estadísticas, el 2020 fue un año excepcional para la fiscalización de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (“FCPA”, por sus siglas en inglés). Vimos sanciones que batieron récords y Estados Unidos cobró multas de resoluciones corporativas por un total de \$2.750 millones de dólares, el número más alto de la historia. Asimismo, una nueva compañía ingresó a la lista de las diez resoluciones con sanciones más altas pagadas a los Estados Unidos de todos los tiempos. Si bien algunos comentaristas han cuestionado si una u otra medida indica un entorno de fiscalización anti-corrupción menos robusto, los datos públicos de los últimos doce o más años muestran que la fiscalización de la FCPA ha sido rigurosa durante un período prolongado. El entrante gobierno de Biden probablemente dé aún mayor prioridad a la fiscalización anti-corrupción. En pocas palabras, anticipamos que la fiscalización de la FCPA se mantendrá como un pilar de los programas de fiscalización del Departamento de Justicia (“DOJ”, por sus siglas en inglés, o el “Departamento”) y de la Comisión de Bolsa y de Valores (“SEC”, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos y las empresas deberían dar por sentado que la fiscalización en materia anti-corrupción sólo aumentará en los próximos años.

En consecuencia, las compañías deben permanecer muy atentas a los riesgos de corrupción, tanto en sus países como en el exterior. En particular, en el 2020, los reguladores estadounidenses demostraron que pueden iniciar y llevar a término casos, incluso aquellos que baten récords, mientras trabajan a distancia debido a la pandemia y cooperando con sus colegas en el extranjero, que son cada vez más activos. Además, en la fase aguda de la pandemia, el DOJ y la SEC emitieron nuevas guías con expectativas aún mayores de los programas de *compliance* de las empresas. Incluso el Congreso se involucró en la materia al incluir en la Ley de Autorización de Defensa Nacional (*National Defense Authorization Act*, “NDAA”) varias medidas enfocadas en las prácticas anti-corrupción y la prevención de lavado de dinero. Por lo tanto, las expectativas de *compliance* del gobierno son más altas que nunca y ahora se dan en un momento en el que la disrupción ocasionada por la pandemia ha alterado la operación habitual de los programas de *compliance* de las empresas, muchos de los cuales están operando con presupuestos reducidos, desafíos que hemos analizado [anteriormente](#).

En este entorno de altas expectativas y de fiscalización sin precedentes, nuestra área de Defensa de Delitos de Cuello Blanco e Investigaciones, así como nuestra área de Compliance, han conseguido en este último año que las entidades gubernamentales desistan de acusar a casi 20 empresas que estaban bajo investigación por parte de dichas entidades. Asimismo, ayudamos a nuestros clientes a implementar y mejorar programas de *compliance* basados en riesgo para adelantarse a las expectativas de los reguladores.

A continuación, abordamos las principales tendencias anti-corrupción del 2020 y el [gráfico](#) enlazado resume las resoluciones corporativas bajo la FCPA en el 2020. Hacia delante, el mensaje para las empresas sigue siendo claro: mantener y mejorar un programa de *compliance* integrado y robusto, que aproveche los datos para monitorear la eficacia y el riesgo; y estar preparadas para defenderlo en un entorno de fiscalización que anticipamos se volverá aún más activo.

1 El entusiasmo de los Estados Unidos por la fiscalización anti-corrupción resulta contagioso

En el 2020, los reguladores de los Estados Unidos hicieron grandes esfuerzos para reafirmar que la fiscalización anti-corrupción sigue siendo una prioridad. Los líderes de la División Penal del Departamento [afirmaron constantemente](#) que la división “[tiene sus puertas abiertas](#)” durante la pandemia. Además, los reguladores mostraron que, a pesar de las limitaciones operacionales ocasionadas por la pandemia, pudieron llevar a término sus casos en el 2020, rompiendo varios récords en el camino. En particular, en tanto el mundo estaba socialmente distanciado, este año los reguladores trabajaron hombro a hombro en resoluciones de gran envergadura que involucraban varias jurisdicciones. Las recaudaciones récord de la FCPA en el 2020 implicaron resoluciones coordinadas entre varios reguladores nacionales y extranjeros, que generaron miles de millones de dólares en sanciones compartidas. Esto es consistente con una lista larga de resoluciones anti-corrupción de gran envergadura coordinadas internacionalmente, que la División Penal [denominó](#) “una parte cada vez más importante del trabajo del [DOJ]”.

Dado el carácter global de los esquemas de corrupción y la tendencia creciente de fiscalización alrededor del mundo, prevemos que las resoluciones multilaterales continuarán en el nuevo gobierno estadounidense, probablemente con aún más vigor. Esto exigirá que las empresas que están en la mira de varios reguladores naveguen hábilmente un régimen de fiscalización multifacético para evitar la superposición de sanciones e ineficiencias en la investigación. Como lo discutimos en la [alerta](#) del año pasado, si bien el DOJ tiene una [política](#) para mitigar el “apilamiento” de procedimientos de varios reguladores, tanto en términos financieros como de la carga que conlleva la investigación, muchos otros reguladores no la tienen, y el DOJ conserva una discreción importante bajo esta política. Para resaltar el grado de discrecionalidad del Departamento, a raíz de una acción de fiscalización del 2020 en la que el DOJ no reconoció una resolución anterior de la SEC, el vice fiscal auxiliar encargado, Robert Zink, [advirtió](#) que la política contra el apilamiento “no es algo que las empresas y sus abogados deban usar de forma ofensiva o táctica”.

En el ámbito nacional, como [anticipamos](#) el año pasado, la Comisión de Negociación de Futuros de Productos Básicos (*Commodity Futures Trading Commission*, “CFTC”) de los Estados Unidos ahora se unió oficialmente a la lucha de los reguladores de los Estados Unidos contra el soborno extranjero. En una resolución coordinada internacionalmente en el 2020, la empresa de comercialización de petróleo Vitol Inc. pagó más de \$28 millones de dólares a la CFTC en sanciones y devolución de ganancias ilícitas, sumados a los \$90 millones que pagó por sanciones impuestas por el DOJ. La CFTC argumentó que la empresa obtuvo una ventaja competitiva al comprar de manera corrupta información que no era pública y al intentar manipular los puntos de referencia (*benchmarks*) de los derivados. Si bien esta resolución llamó la atención por su nexo con el presunto soborno extranjero, sanciona una conducta que la CFTC podría haber fiscalizado incluso si no hubiese involucrado un soborno extranjero. Si este caso es simplemente el primero que se enfoca en corrupción luego de que la CFTC [anunciara](#) en el 2019 que combatiría el soborno extranjero, o si será el primero de muchos es algo que estaremos observando en el 2021.

Más allá de la fiscalización, los reguladores continúan implementando normas para promover la transparencia. En diciembre, la SEC aprobó una [norma](#), después de un historial tormentoso de litigios y acciones del Congreso, que exige que las compañías de petróleo, gas y minería divulguen los pagos que realizan a gobiernos extranjeros en los informes anuales que presentan a la SEC. Si bien la nueva norma definitiva es, en varios sentidos, una versión debilitada de sus versiones anteriores, que fueron revocadas por los litigios y las acciones del Congreso, exigirá que las compañías desarrollen e implementen nuevos procesos de presentación de informes. Las empresas que ya informan dichos pagos en virtud de normas de jurisdicciones extranjeras, como Canadá y la Unión Europea, deberían estar bien posicionadas para cumplir con la norma de la SEC, la cual es más laxa. Pero las empresas que anteriormente no estaban sujetas a requisitos de presentación de información de ese tipo tendrán que analizar la nueva norma, decidir qué pagos reportar e informarlos después del período de transición de dos años de la norma. Por lo tanto, en el 2021, toda compañía en industrias extractivas que provea información a la SEC deberá comenzar a evaluar su grado de exposición y planificar cómo cumplirá con la norma.

El Congreso también agregó varias disposiciones sobre prevención de lavado de dinero y medidas anti-corrupción a la NDAA. La NDAA crea el Programa Piloto de la Ley de Recompensas de Recuperación de Activos de la Cleptocracia (*Kleptocracy Asset Recovery Rewards Act*, “KARRA”), que dispone que los delatores que brinden información que resulte en la incautación de “activos robados vinculados con la corrupción de un gobierno extranjero y los frutos de dicha corrupción” podrán recibir hasta \$5 millones de dólares. Como lo explicamos en una [alerta](#) anterior, las reformas sobre prevención de lavado de dinero en la NDAA también crean un programa de delatores separado que aumenta los incentivos para informar conductas ilícitas en virtud de la Ley de Secreto Bancario (*Bank Secrecy Act*), que es la principal ley de *compliance* para la prevención de lavado de dinero aplicable a las instituciones financieras. Estos nuevos programas de delatores le dan herramientas al gobierno que han sido utilizadas tradicionalmente por entidades como el Servicio de Impuestos Internos (*Internal Revenue Service*, “IRS”) y la SEC para recompensar y proteger a los delatores.

Como también lo analizamos en una [alerta](#) anterior, la Ley de Prevención de Lavado de Dinero del 2020 (*Anti-Money Laundering Act*, “AMLA”), que se incorpora a la NDAA, crea un nuevo delito por ocultar (bajo ciertas circunstancias) que figuras políticas extranjeras de alto rango o sus familiares o asociados son la fuente de fondos en una operación o hacer falsificaciones o declaraciones falsas al respecto. Si bien es posible que sea difícil aplicar este delito en el contexto del soborno extranjero, abre un nuevo camino para que el Departamento investigue operaciones vinculadas a funcionarios extranjeros.

Quizás reconociendo los desafíos que el DOJ y otros reguladores enfrentan para obtener pruebas extranjeras admisibles en procesos de delitos transnacionales, la AMLA también otorga una nueva facultad al Secretario del Tesoro y al Fiscal General para requerir ciertos registros bancarios extranjeros, con sanciones exorbitantes en caso de incumplimiento. La Ley de Transparencia Corporativa (*Corporate Transparency Act*, la “Ley de Transparencia”), que también se incorpora a la NDAA, exige que ciertas empresas y sociedades cerradas informen la identidad de sus beneficiarios finales a la Red de Fiscalización de Delitos Financieros (*Financial Crimes Enforcement Network*, “FinCEN”). Existen varias exenciones a los requisitos de presentación de informes, por ejemplo, para las empresas con una presencia operativa física sustancial en los Estados Unidos. Aun así, la nueva ley envía un mensaje claro de que el Congreso tiene la intención de exigir mayor transparencia para desalentar las transacciones ilegales, incluyendo las corruptas.

Por lo tanto, la NDAA les proporcionará a los reguladores de los Estados Unidos herramientas nuevas y poderosas para desplegar en la fiscalización de leyes anti-corrupción y de prevención de lavado de dinero. En el futuro, anticipamos que los reguladores utilizarán estas herramientas para expandir la fiscalización de la prevención de lavado de dinero y continuarán con la tendencia de aprovechar las leyes de prevención de lavado de dinero en acciones de fiscalización anti-corrupción.

En resumen, las cajas de herramientas y las expectativas de los reguladores están, respectivamente, mejor dotadas y más elevadas que nunca y anticipamos que el nuevo gobierno —con sus vínculos con el gobierno de Obama, el cual era severo en la fiscalización anti-corrupción— hará uso de las herramientas que tiene a su disposición.

2

Los reguladores de los Estados Unidos continúan aumentando las exigencias respecto del *compliance* y la fiscalización anti-corrupción

Las revisiones de la Evaluación de los Programas de *Compliance* Corporativos del DOJ señalan un mayor enfoque en la eficacia de dichos programas

En una [alerta](#) anterior, abarcamos las revisiones del 1 de junio del 2020 del DOJ a la [Evaluación de los Programas de *Compliance* Corporativos](#) (la “Guía”) de la División Penal. Si bien las revisiones fueron de carácter gradual, la Guía definió con mayor precisión los estándares cada vez más rigurosos que la División

Penal aplicará al evaluar un programa de *compliance* en el contexto de una fiscalización, lo cual brinda una orientación importante para las empresas sobre cómo deberían estructurar sus programas y dotarlos de recursos. Además, el momento de publicación de la Guía (en medio de una pandemia global) demostró la posición del DOJ sobre la importancia de la eficacia de los programas de *compliance* en tiempos en los que las rutinas corporativas se han visto trastornadas.

Las revisiones del 2020 a la Guía se enfocaron en la dotación de recursos al programa de *compliance* y el empoderamiento de los profesionales de *compliance*, pues introdujeron estos temas en una de las “preguntas fundamentales” en torno a las cuales se organiza la Guía. Otras adiciones clave reflejan la expectativa de que las empresas incorporen en sus programas de *compliance* métodos para recopilar y monitorear datos y, de forma más amplia, de que aprovechen la tecnología para monitorear y mejorar la eficacia de sus programas de *compliance*. Por último, la Guía actualizada exhorta a los fiscales a preguntarles a las empresas por qué tomaron determinadas decisiones al diseñar sus programas de *compliance* y cómo han evolucionado los programas e incorporado “lecciones aprendidas”. Muchas de estas actualizaciones reflejan las expectativas del Departamento de que las empresas harán, de manera proactiva, evaluaciones de riesgo y evaluaciones de sus programas de *compliance* y tomarán medidas concretas para mejorar dichos programas a partir de la información que obtengan.

Es difícil discernir el impacto de la Guía del 2020 mirando a las resoluciones corporativas que se han anunciado desde que se publicó. En aproximadamente la mitad de las resoluciones anunciadas luego de la publicación de la Guía, las empresas recibieron un descuento parcial del rango de las [Directrices sobre la Imposición de Sanciones de los Estados Unidos](#) como resultado de sus actos de remediación y gracias al estado de su programa de *compliance*, mientras en el resto de casos, el DOJ concedió el crédito completo por remediación.

En particular, en ningún caso el DOJ exigió que una empresa contratase a un monitor de *compliance* independiente. A raíz del memorándum del 2018 de la División Penal sobre la [Selección de Monitores en Asuntos de la División Penal](#), que abarcamos en una [alerta](#) anterior, se podrá deducir que el DOJ determinó, incluso en los casos en que no concedió el crédito completo por remediación, que cada una de estas empresas, entre otras cosas, introdujo “mejoras a su programa de *compliance*” que se han “evaluado para demostrar que prevenirían o detectarían una conducta inapropiada similar en el futuro”. Sin embargo, en esta era de pocas monitorias, es muy pronto para sacar conclusiones sobre la interacción entre las expectativas de *compliance* y el enfoque del Departamento en relación con monitorias en el futuro. Anticipamos que el enfoque del Departamento en *compliance* continuará, incluso de forma más rigurosa, en el 2021. Los profesionales de *compliance* harían bien en continuar avanzando en las evaluaciones y mejoras de los programas de *compliance*, pese a los factores adversos causados por la pandemia.

La Segunda Edición de la Guía de Recursos del DOJ y la SEC incorpora directrices anteriores, pero deja ciertas preguntas clave sin responder

En una [alerta](#) anterior, discutimos la publicación de la Segunda Edición de la [Guía de Recursos para la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos](#) (la “Segunda Edición”) de la División de Fiscalización de la SEC y la División Penal del DOJ del 3 de julio del 2020. Como allí se describe, la Segunda Edición sigue siendo una guía de referencia útil, informal y no vinculante, que actualiza el documento original del 2012 al introducir aclaraciones y reforzar las políticas y guías publicadas en los ocho años desde que se publicó la primera edición, incluyendo la Guía de *compliance* del DOJ discutida arriba. No hubo mayores cambios que justificaran hacer ajustes fundamentales en los programas de *compliance*. Sin embargo, la Segunda Edición refuerza la visión amplia que tiene el gobierno sobre los controles contables internos, noción sobre la cual dos Comisionarios de la SEC se han [quejado](#) recientemente, pero que los funcionarios de la División de Fiscalización de la SEC han [defendido](#). También apunta a la noción amplia que viene manteniendo el DOJ sobre la responsabilidad por conspiración y complicidad, que el DOJ ha venido [desarrollando](#) en casos, incluso después de la decisión del Segundo Circuito en el caso [United States v. Hoskins](#), que se discute [aquí](#) y [aquí](#), y la absolución de Hoskins con posterioridad al juicio.

Si bien la Segunda Edición reconoce la resolución del Segundo Circuito en *Hoskins*, según la cual el gobierno no puede emplear teorías de responsabilidad por conspiración o complicidad para presentar cargos contra acusados extranjeros que estén por fuera de las categorías explícitas de personas cubiertas por la FCPA, afirma que dicha resolución se limita al Segundo Circuito, resalta la [decisión](#) de un Tribunal de Distrito de no seguir el razonamiento del Segundo Circuito y señala otras limitaciones que ve en la decisión del caso *Hoskins*. El tratamiento de las teorías de responsabilidad por conspiración y complicidad de la Segunda Edición está, por lo tanto, entre las varias áreas clave que quedan abiertas en la guía. Vale la pena notar que la Segunda Edición también dejó abiertas preguntas importantes que se originan en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en [Liu v. SEC](#) (que se discute a continuación) y respecto de la posición del DOJ sobre la indemnización a las víctimas en asuntos de la FCPA (también se discute a continuación).

Si bien la Segunda Edición no presagia un cambio paradigmático, su visión amplia de las disposiciones contables, unida a las mayores expectativas del DOJ sobre los programas de *compliance*, señala inequívocamente que las empresas deben continuar invirtiendo en sus programas de *compliance* y mejorando su eficacia.

3 Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos redujo la facultad de la SEC para reclamar la devolución de ganancias ilícitas y hay preguntas importantes sin resolver, la SEC continúa cobrando y el Congreso ha intervenido

En la [alerta](#) del año pasado, analizamos la decisión pendiente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Liu v. SEC*. La Corte emitió una [sentencia](#) en junio de 2020, que también abordamos en una [alerta](#). Si bien la sentencia estableció algunas limitaciones a la capacidad de la SEC para reclamar la devolución de ganancias ilícitas ante un tribunal federal, todavía no están claros los efectos plenos de la decisión. Sólo seis meses después de que se dictara la sentencia, el Congreso tomó medidas para revertir ciertas limitaciones que la Corte Suprema había establecido en el caso *Liu* y en otro caso relativamente reciente, [Kokesh v. SEC](#), que abordamos en una [alerta](#) anterior. Pero incluso con la acción pro-fiscalización del Congreso en el 2020, sólo el tiempo dirá exactamente cómo serán las facultades de devolución de ganancias ilícitas de la SEC en la práctica.

En el caso *Liu*, en una decisión casi unánime, la Corte Suprema dictaminó que la facultad de exigir la devolución de ganancias ilícitas de la SEC en acciones civiles se limitaba a una “reparación equitativa”, que significa, en términos generales, que la reparación debe: (i) limitarse a las ganancias netas ilícitas de cada demandado y (ii) distribuirse a beneficio de las víctimas de la conducta ilícita. La Corte observó que estos principios estaban en conflicto con diversos elementos del enfoque tradicional de la SEC respecto de la devolución de ganancias ilícitas, pese a que dejó muchos detalles a resolver en futuros casos, incluida la forma de calcular las “ganancias netas” y si la SEC tiene derecho a redirigir los fondos devueltos en casos en los que no es posible identificar a las víctimas o en los que la distribución de los fondos se considera inviable.

Ante estas nuevas limitaciones, el Congreso tomó medidas para consolidar la facultad de la SEC de reclamar devoluciones de ganancias ilícitas ante los tribunales federales. La NDAA incluyó disposiciones poco conocidas que otorgan a la SEC la facultad legal explícita para reclamar la “devolución (...) de cualquier enriquecimiento injustificado”, lo cual parecería ser una respuesta a la decisión de la Corte Suprema en el caso *Liu*. Quizás más importante, la NDAA dispone que la SEC puede reclamar la devolución de ganancias ilícitas dentro de los diez años posteriores a una infracción dolosa, el doble de tiempo que la limitación de cinco años establecida por la Corte en la sentencia del caso *Kokesh* en el 2017. Aún con estas disposiciones, todavía no se ha definido la posibilidad de reclamar devoluciones de ganancias ilícitas en los tribunales federales. Si bien la facultad de la SEC de reclamar la devolución de ganancias ilícitas ahora tiene un firme fundamento legal, los tribunales inferiores aún podrían considerar que los requisitos equitativos del caso *Liu* aplican de algún modo a la forma cómo la SEC ejerce esa facultad.

Independientemente de las disposiciones de la NDAA, anticipamos que las empresas sigan buscando que los tribunales impongan límites a la facultad de la SEC de reclamar la devolución de ganancias, incluso si actualmente tiene un fundamento más sólido en los tribunales federales. Al mismo tiempo, en el 2020 y tras la decisión del caso *Liu*, la SEC obtuvo devoluciones de ganancias por más de \$800 millones en seis resoluciones corporativas de procesos administrativos en virtud de la FCPA, antes de que interviniera el Congreso. Con la promulgación de la NDAA, prevemos que la SEC estará aún más envalentonada respecto de su facultad para reclamar la devolución de ganancias injustificadas.

4 Aumento de fiscalización de corrupción nacional y fiscalización anti-corrupción similar a la de la FCPA a nivel local

En los últimos años, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos limitaron la capacidad del DOJ para imputar a políticos por actos supuestamente corruptos. Aunque esta tendencia se mantiene en el tribunal superior, y como hemos [mencionado](#) anteriormente, los fiscales han comenzado a redirigir sus esfuerzos para sancionar la corrupción nacional acudiendo a fiscalizaciones corporativas similares a las de la FCPA contra *pagadores* de sobornos en los Estados Unidos, así como ampliando el rango de leyes penales utilizadas para sancionar dicha conducta.

Tras el caso [McDonnell v. United States](#), en donde se interpretó de manera estricta la definición de “acto oficial” incluida en la ley federal contra el soborno (título 18, sec. 201 del Código de los Estados Unidos, *United States Code*, U.S.C.), la Corte Suprema ha seguido restringiendo la investigación federal de funcionarios públicos por corrupción. En el caso [Kelly v. United States](#), que involucraba a dos diputados del entonces gobernador de Nueva Jersey, Chris Christie, que fueron procesados por coordinar los actos que llevaron al escándalo “Bridgagate”, la Corte desestimó la condena sosteniendo que, para formular cargos bajo la ley federal contra el fraude electrónico (título 18, sec. 1343 del U.S.C.), los fiscales debían demostrar que el objetivo del fraude era específicamente obtener dinero o bienes.

Pero el DOJ ha demostrado que existen otros caminos para sancionar la corrupción nacional. En una [alerta](#) anterior, hablamos del acuerdo de acusación diferida (*Deferred Prosecution Agreement*, “DPA”) de julio de 2020 celebrado entre el DOJ y Commonwealth Edison (“ComEd”). Bajo el DPA, ComEd pagó una multa penal de \$200 millones de dólares y se comprometió con importantes obligaciones de *compliance* y presentación de informes. Tanto la magnitud de la multa como la investigación por parte del DOJ del pagador del soborno, sin mencionar los supuestos esquemas de corrupción y las teorías utilizadas en la investigación, evocan las resoluciones bajo la FCPA. Desde el anuncio del DPA, dos ex funcionarios de ComEd y dos consultores de la empresa han sido imputados por soborno, mientras que el ex presidente de la Cámara de Representantes de Illinois, Michael Madigan, el supuesto beneficiario de los favores ilícitos de ComEd, no ha sido imputado. ¿Cuál es la razón del cambio del enfoque anterior, que se centraba, casi exclusivamente, en la persona que *recibía* el soborno? Es muy pronto para decirlo, pero esta podría ser la respuesta del DOJ a casos como *McDonnell* y *Kelly*, y lo que ahora puede ver como un camino más fácil o, al menos, un primer paso hacia una resolución. De hecho, es posible que empresas con numerosas partes interesadas se inclinen por aceptar un acuerdo con el gobierno y cooperen con éste de manera proactiva, mientras que un político prefiera defenderse con uñas y dientes para salvar su carrera.

Esto no sugiere que el DOJ haya perdido el apetito de investigar figuras políticas. En julio, poco después del anuncio del DPA de ComEd, el DOJ acusó formalmente a Larry Householder, el ahora ex presidente de la Cámara de Representantes de Ohio, a cuatro de sus socios y a una organización sin ánimo de lucro (*501(c)(4) organization*), de conspiración delictiva (*racketeering*) para rescatar dos importantes plantas nucleares pertenecientes a la compañía de servicios públicos de Ohio, FirstEnergy, por \$1.300 millones de dólares. Householder y su “empresa” supuestamente canalizaron más de \$60 millones de FirstEnergy (la cual no aparece en la acusación) por medio de “Generation Now”, una organización sin ánimo de lucro, para financiar una iniciativa que buscaba salvar las instalaciones nucleares de FirstEnergy en dificultades, la campaña de

Householder a la presidencia de la Cámara y las campañas de sus aliados políticos. El caso de Householder da lugar a preguntas complejas sobre el límite entre el discurso político (una campaña coordinada para aprobar una legislación específica) y el soborno (el financiamiento de una campaña a cambio de apoyo político). Dos de las personas imputadas en conjunto con Householder han aceptado cargos desde entonces; FirstEnergy no ha sido imputada, pero despidió a su director ejecutivo y a otros dos altos ejecutivos haciendo referencia a una revisión interna relacionada con investigaciones gubernamentales. Esto podría indicar que surgirán más detalles en relación con este asunto.

Estos dos casos incluyeron cargos que van más allá de los que tradicionalmente presenta el DOJ en casos de corrupción nacional relacionados con el fraude postal o fraude electrónico y los sobornos en virtud de la sección 201. ComEd fue imputado por medio de un escrito de acusación en virtud del título 18, sec. 666 del U.S.C., el cual sanciona el soborno de cualquier representante de una organización que reciba financiamiento federal y que, a diferencia de la sección 201, no exige la existencia de un “acto oficial”. La acusación formal de Householder sólo le formula cargos por conspiración en virtud de la Ley contra la Extorsión Criminal y las Organizaciones Corruptas (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, RICO), conforme al título 18, sec. 1962 del U.S.C., lo cual es notable porque requiere una autorización especial de la dirección del DOJ y permite al DOJ agregar infracciones adicionales a la ley, incluidas bajo las leyes estatales contra el soborno.

Es muy pronto para establecer hasta qué punto las prioridades de fiscalización anti-corrupción del DOJ se están volcando al ámbito interno estadounidense, pero las empresas que cabildan o hacen negocios con organismos gubernamentales locales de los Estados Unidos, especialmente aquellas en industrias altamente reguladas, deben tomar nota de estos acontecimientos. Junto con las mayores expectativas de los reguladores en materia de *compliance*, las empresas estadounidenses deberían adoptar un enfoque integral para abordar los riesgos de corrupción y orientar sus programas de *compliance* con base en esos riesgos, tanto a nivel nacional como internacional.

5

La exposición financiera adicional se fundamenta en cuestiones relacionadas con la fiscalización anti-corrupción

En el 2020, finalmente desaparecieron las complicaciones relacionadas con la resolución anunciada en el 2016 sobre Och-Ziff bajo la FCPA. Esto gracias a un acuerdo según el cual la subsidiaria de Och-Ziff debe pagar \$138 millones de dólares como indemnización a los antiguos accionistas de la compañía minera propietaria de la mina que era tema central de la resolución bajo la FCPA. El caso destaca el rol significativo que pueden tener las víctimas en los acuerdos bajo la FCPA (en especial después de que la decisión en el caso *Liu* indicara que la devolución de ganancias ilícitas debía realizarse en beneficio de las víctimas), el posible impacto financiero que el resarcimiento de perjuicios puede tener en las empresas afectadas por medidas de fiscalización bajo la FCPA y las dificultades para poner punto final al asunto si no se solucionan de manera proactiva los reclamos que puedan existir al momento de la resolución.

En el caso de Och-Ziff, en agosto de 2019, tras años de litigios y negociaciones en salas de conferencias, un juez en el Distrito Este de Nueva York determinó que los accionistas de la antigua compañía minera de Canadá eran “víctimas” de la conducta de la subsidiaria de Och-Ziff que se describe en el acuerdo con el DOJ y que, en consecuencia, las víctimas tenían derecho a recibir una indemnización en virtud de la Ley de Indemnización Obligatoria a las Víctimas (*Mandatory Victims Restitution Act*, “MVRA”). Después de esta decisión, en noviembre de 2020, el tribunal aprobó un acuerdo de indemnización entre las partes por \$138 millones de dólares. Lo que resultó clave para que las víctimas obtuvieran una indemnización bajo la MVRA fue que la subsidiaria de Och-Ziff: (i) firmó un acuerdo con el DOJ que (ii) incluía un cargo en virtud del Título 18 por conspiración para infringir la FCPA. No habría habido lugar a una indemnización bajo la MVRA si no hubiera habido una admisión de culpa o una condena y un delito en virtud del Título 18.

Este resultado destaca los riesgos que surgen cuando las sociedades matrices firman un DPA con el DOJ mientras que sus subsidiarias aceptan cargos. Esto también destaca que aceptar declararse culpable de conspiración para infringir la FCPA bajo el Título 18 conlleva un riesgo de indemnización que no existe cuando se llega a un acuerdo sobre una infracción sustantiva de la FCPA en virtud del Título 15. Por consiguiente, en los casos adecuados, en los que las víctimas puedan identificarse, las empresas y sus abogados deben considerar la forma de abordar las negociaciones sobre la resolución, tanto en lo que respecta a los cargos como a los medios de resolución, teniendo en cuenta este factor adicional, que complica la situación.

Por el momento, el caso de Och-Ziff sigue siendo la fuente más concluyente en este aspecto, ya que la segunda edición de la Guía de Recursos (*Resource Guide*), que se publicó antes de que concluyera el pleito sobre indemnización de Och-Ziff, no abordó la pregunta clave que surgió en este caso. Esta es un área que seguiremos analizando a medida que avancen procesos en los tribunales que buscan cuestionar los límites en cuanto a quién puede considerarse víctima en un asunto bajo la FCPA.

6 Las expectativas, la fiscalización y la coordinación internacionales continúan expandiéndose

A nivel internacional, el aumento de regímenes legales anti-corrupción, la fiscalización y la coordinación entre los reguladores siguen las tendencias que hemos observado en los últimos años, lo cual hace que la FCPA ya no sea el único riesgo práctico de fiscalización anti-corrupción para empresas que operan a nivel internacional. De hecho, el grado de coordinación que ahora es común entre las entidades de fiscalización internacionales indica que las empresas deben prever que la fiscalización de diversos reguladores será la norma y no la excepción.

Como lo abordamos en nuestra [alerta](#) reciente para Europa, Oriente Medio y África, se registró un aumento en la frecuencia y magnitud de fiscalización en Europa, con Francia tomando la delantera junto con el Reino Unido en la fiscalización de importantes casos anti-corrupción en el 2020 (lo cual también hemos [analizado](#) recientemente).

Las fiscalizaciones corporativas también siguen creciendo en Europa y cada vez son más los países que adoptan y utilizan medios de resolución similares a los DPA, que son propicios para perseguir conductas corporativas indebidas e imponer medidas de remediación y métodos de monitoreo a las empresas. Estos últimos se han vuelto más comunes en Europa pese a que las monitorias han disminuido en los Estados Unidos en los últimos años.

Siguiendo los pasos del Reino Unido y Francia, más países europeos han implementado o se están preparando para implementar regímenes de *compliance* y fiscalización anti-corrupción mejorados o más agresivos, y la coordinación entre los países de la Unión Europea probablemente se encuentre en el nivel más alto de la historia, en especial tras la creación de la Fiscalía Europea (*European Public Prosecutor's Office*, "EPPO").

Otras jurisdicciones han seguido este camino. En Asia, tal como mencionamos en una [alerta](#) reciente, China adoptó enmiendas a su legislación penal que permiten dictar penas mayores para las conductas corruptas de individuos en el sector privado. Malasia, que no es ajena a los escándalos de corrupción, adoptó una ley que establece la responsabilidad penal de las empresas por hechos de corrupción. Como hemos mencionado en una [alerta](#) reciente, se observa en las jurisdicciones africanas un repunte en la fiscalización anti-corrupción (con mayor énfasis en la fiscalización corporativa), que fortalece los regímenes legales en la región. También se observa una mayor coordinación entre los agentes reguladores y sus colegas estadounidenses y europeos. Por último, América Latina sigue fiscalizando normativa anti-corrupción de manera activa y en estrecha colaboración con reguladores estadounidenses que siguen teniendo la corrupción en la región en la mira.

Anticorrupción/ FCPA

La conclusión de estos acontecimientos internacionales es que, si bien las empresas pueden decidir estructurar un programa de *compliance* en torno al cumplimiento de la FCPA (y quizás de la Ley contra Sobornos del Reino Unido (U.K. *Bribery Act*) o la ley Sapin II de Francia), actualmente existen muchas otras leyes que deben considerarse. Y frente a la aparición constante de nuevas leyes en jurisdicciones nuevas —sin mencionar el grado de coordinación récord entre los reguladores— las empresas deben adoptar un enfoque global del panorama de *compliance* y fiscalización anti-corrupción.

Los siguientes abogados de Covington colaboraron en la preparación de esta actualización para los clientes: [Steven Fagell](#), [Don Ridings](#), [Jennifer Saperstein](#), [Daniel Shallman](#), [Ben Haley](#), [Adam Studner](#), [Katherine Onyshko](#), [Joshua Roselman](#), [Leah Saris](#), [Adam Stempel](#) y [Phoebe Yu](#).

Si tiene alguna pregunta sobre los temas abordados en esta alerta, por favor contacte a cualquiera de los siguientes miembros de nuestra práctica de Anti-corrupción/ FCPA:

Stephen Anthony	+1 202 662 5105	santhony@cov.com
Bruce Baird	+1 202 662 5122	bbaird@cov.com
Lanny Breuer	+1 202 662 5674	lbreuer@cov.com
Eric Carlson	+86 21 6036 2503	ecarlson@cov.com
Jason Criss	+1 212 841 1076	jcriss@cov.com
Sarah Crowder	+44 20 7067 2393	scrowder@cov.com
Arlo Devlin-Brown	+1 212 841 1046	adevlin-brown@cov.com
Steven Fagell	+1 202 662 5293	sfagell@cov.com
James Garland	+1 202 662 5337	jgarland@cov.com
Ben Haley	+27 (0) 11 944 6914	bhaley@cov.com
Ian Hargreaves	+44 20 7067 2128	ihargreaves@cov.com
Robert Henrici	+49 69 768063 355	rhenrici@cov.com
Gerald Hodgkins	+1 202 662 5263	ghodgkins@cov.com
Barbara Hoffman	+1 212 841 1143	bhoffman@cov.com
Eric Holder	+1 202 662 6000	
Helen Hwang	+86 21 6036 2520	hhwang@cov.com
Robert Kelner	+1 202 662 5503	rkelner@cov.com
Nancy Kestenbaum	+1 212 841 1125	nkastenbaum@cov.com
Peter Koski	+1 202 662 5096	pkoski@cov.com
Amanda Kramer	+1 212 841 1223	akramer@cov.com
Marian Lee	+82 2 6281 0007	mlee@cov.com
Aaron Lewis	+1 424 332 4754	alewis@cov.com
David Lorello	+44 20 7067 2012	dlorello@cov.com
Mona Patel	+1 202 662 5797	mpatel@cov.com
Mythili Raman	+1 202 662 5929	mraman@cov.com
Don Ridings (presidente)	+1 202 662 5357	dridings@cov.com
Jennifer Saperstein	+1 202 662 5682	jsaperstein@cov.com
Jennifer Saulino	+1 202 662 5305	jsaulino@cov.com
Daniel Shallman	+1 424 332 4752	dshallman@cov.com
Doug Sprague	+1 415 591 7097	dsprague@cov.com
Adam Studner	+1 202 662 5583	astudner@cov.com
Addison Thompson	+1 415 591 7046	athompson@cov.com
Veronica Yopez	+1 202 662 5165	vyopez@cov.com

Esta información no pretende ser asesoramiento legal. Los lectores deben solicitar asesoramiento legal específico antes de actuar en relación con los temas mencionados en este 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

Anticorrupción/ FCPA

clientes y colegas que estén interesados. Envíe un correo electrónico a unsubscribe@cov.com si no desea recibir futuros mensajes de correo electrónico o alertas electrónicas.

© 2021 Covington & Burling LLP. Todos los derechos reservados.