FCPA

Guía de referencia sobre el U.S. Foreign Corrupt Practices Act

[Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU.]

Segunda edición

En Español

Preparada por la División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU.

Esta guía tiene como objetivo proveer información a empresas e individuos sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU. (en inglés, U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)). La *Guía* fue creada por el personal de la División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. Este material orientativo refleja los puntos de vista de la División de Cumplimiento, pero no constituye una declaración de la Comisión, y la Comisión no ha aprobado ni desaprobado su contenido. La *Guía* es de carácter no vinculante, es informal y de síntesis, y la información contenida aquí no constituye reglas o regulaciones. Como tal, no tiene la intención de crear ni crea ningún derecho, sustantivo o procesal, que sea aplicable por ley por parte alguna, en cualquier asunto penal, civil o administrativo. Esta no tiene la intención de sustituir la asesoría de un abogado en temas específicos relacionados con el FCPA. De ninguna manera limita las intenciones de hacer cumplir la ley o las posiciones de litigio del Departamento de Justicia de los EE. UU., de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. o de ningún otro organismo gubernamental de los EE. UU.

Se invita a las empresas o individuos, que estén buscando una opinión sobre una conducta prospectiva específica, a utilizar el procedimiento de opinión del Departamento de Justicia de los EE. UU., el cual se analiza en el Capítulo 9 de esta *Guía*.

Esta *Guía* es propiedad del Gobierno de los EE. UU. Se encuentra disponible libre de costo en: https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide.

GUÍA DE REFERENCIA SOBRE EL

U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

[Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU.]

SEGUNDA EDICIÓN

En Español

Preparada por la División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y
la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU.

PRÓLOGO

Nos complace publicar esta traducción oficial en español de la segunda edición de la *Guía de recursos de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU*. Nuestros socios en el extranjero alrededor del mundo —incluidos nuestros socios hispanohablantes— son vitales para el éxito de nuestro programa y seguirán siendo nuestros aliados en la lucha anticorrupción en las próximas décadas. La edición en español representa la primera vez que hemos publicado la *Guía* en un idioma extranjero y su finalidad es proporcionar un recurso a nuestros socios del orden público, así como a las empresas, el personal profesional y el público, en nuestra lucha colectiva contra la corrupción. El contenido de esta versión de la *Guía* es el mismo que el de la segunda edición, la cual se publicó en julio de 2020.

La edición en español de la *Guía* se ha publicado con la ayuda de la Oficina de Desarrollo, Asistencia y Capacitación en el Exterior en Materia Judicial del Departamento de Justicia. Les agradecemos a todos nuestros colegas que asistieron en este proyecto y que sin duda aumentará el acceso a esta *Guía* por parte del público, las empresas y los abogados defensores.

Kenneth A. Polite
Assistant Attorney General
Criminal Division
Department of Justice

Gurbir S. Grewal
Director
Division of Enforcement
Securities and Exchange Commission

Marzo 2023

CONTENIDO

Capítulo 1: INTRODUCCIÓN 1

Los costos de la corrupción 1

Contexto histórico 2

Panorama nacional: Esfuerzos entre agencias 3

- Departamento de Justicia 3
- Comisión de Bolsa y Valores 4
- Aliados entre las fuerzas del orden público 5
- Departamentos de Comercio y Estado 5

Panorama internacional: Esfuerzos globales anticorrupción 7

- Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho y la Convención Anticohecho 7
- Convención de la ONU contra la Corrupción 8
- Otras convenciones anticorrupción 8

Capítulo 2: EL FCPA: DISPOSICIONES ANTISOBORNO 9

¿Quiénes están cubiertos por las disposiciones antisoborno? 9

- Emisoras *(Issuers)*—15 U.S.C. § 78dd-1 9
- Personas naturales o jurídicas domésticas *(Domestic Concerns)*—15 U.S.C. § 78dd-2 10
- Jurisdicción territorial *(Territorial Jurisdiction)*—15 U.S.C. § 78dd-3 10

¿Qué tipo de conducta jurisdiccional activa las disposiciones antisoborno? 10

¿Qué está cubierto? 11

¿Qué significa "corruptamente"? 13

¿Qué significa "intencionalmente" y cuándo se aplica? 13

¿Qué significa "cualquier cosa de valor"? 14

- Efectivo 14
- Obsequios, viajes, entretenimiento y otras cosas de valor 14
- Contribuciones benéficas 16

¿Quién es un funcionario extranjero? 19

- Departamento, agencia o instrumentalidad de un gobierno extranjero 20
- Organizaciones públicas internacionales 21

¿Cómo se tratan los pagos a terceros? 22

¿Qué defensas afirmativas están disponibles? 23

- La defensa de la ley local 24
- Gastos razonables y de buena fe 24

¿Qué son pagos de facilitación o de agilización? 25

¿Es aplicable el FCPA a casos de extorsión o coacción? 27

Los principios de responsabilidad corporativa por violaciones antisoborno 28

- Responsabilidad matriz-subsidiaria 28
- Responsabilidad del sucesor 29

Principios adicionales de responsabilidad penal por violaciones antisoborno: Complicidad y conspiración.....35
Principios adicionales de responsabilidad civil por violaciones antisoborno: Complicidad y causalidad.....36
¿Cuál es el plazo de prescripción aplicable?.....36
La prescripción en casos penales.....36
La prescripción en casos civiles.....37

Capítulo 3: EL FCPA: DISPOSICIONES DE CONTABILIDAD.....38
¿Qué cubren las disposiciones de contabilidad?.....39
Disposición de libros y registros.....39
Disposición de controles internos contables.....40
Violaciones potenciales sobre rendimiento de informes y antifraude.....42
¿Cuáles son las otras obligaciones de la administración?.....42
¿Quién está cubierto por las disposiciones de contabilidad?.....43
Responsabilidad civil de emisoras, subsidiarias y filiales.....43
Responsabilidad civil de personas naturales y otras entidades.....44
Responsabilidad penal por violaciones de contabilidad.....45
Responsabilidad por conspiración y complicidad.....46
Obligaciones del auditor.....47

Capítulo 4: OTRAS LEYES DE LOS EE. UU. RELACIONADAS.....48
Travel Act.....48
Lavado de dinero.....48
Fraude postal y electrónico.....49
Violaciones de certificación y rendimiento de informes.....49
Violaciones tributarias.....49

Capítulo 5: PRINCIPIOS RECTORES DE CUMPLIMIENTO.....50
¿Qué considera el DOJ al decidir si iniciará una investigación o presentará cargos?.....50
Principios de Enjuiciamiento Federal del DOJ.....50
Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ.....50
Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA expedida por el DOJ.....51
¿Qué considera el personal de la SEC al decidir si abrirá una investigación o recomendará cargos?.....54
Informes voluntarios, cooperación y esfuerzos correctivos.....54
Casos penales.....54
Casos civiles.....55
Programa de cumplimiento corporativo.....56
Características distintivas de programas efectivos de cumplimiento.....58
Otras guías de cumplimiento y mejores prácticas internacionales.....67

Capítulo 6: PENALIDADES, SANCIONES Y REMEDIACIÓN CONFORME AL FCPA...69
¿Cuáles son las consecuencias potenciales por violaciones del FCPA?.....69
Sanciones penales.....69
Pautas de Sentencia de los EE. UU.....69

Sanciones civiles....70
Decomiso y devolución de ganancias....71
Resoluciones coordinadas y la prevención de la acumulación de sanciones....71
Consecuencias colaterales....72
Inhabilitación....72
Inhabilitación cruzada por los Bancos Multilaterales de Desarrollo....73
Pérdida de privilegios de exportación....73
¿Cuándo es apropiado designar a un monitor de cumplimiento o un asesor independiente?....73

Capítulo 7: RESOLUCIONES....75
¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones del DOJ?....75
Denuncias, acusaciones por el fiscal y pliegos acusatorios....75
Acuerdos de admisión de culpabilidad....75
Acuerdos de enjuiciamiento diferido....75
Acuerdos de no enjuiciamiento....76
Declinaciones de enjuiciamiento....76
¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones de la SEC?....77
Acciones cautelares civiles y remedios....77
Acciones civiles administrativas y remedios....77
Acuerdos de enjuiciamiento diferido....78
Acuerdos de no enjuiciamiento....79
Cartas de terminación y declinaciones de enjuiciamiento....79

Capítulo 8: DISPOSICIONES Y PROTECCIONES PARA DENUNCIANTES....82

Capítulo 9: PROCEDIMIENTO DE OPINIÓN DEL DOJ....84

Capítulo 10: CONCLUSIÓN....86

APÉNDICE: LEY DE PRACTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO....87

APÉNDICE: NOTAS FINALES....103

El pago de sobornos para influir en actos o decisiones de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros o candidatos para ocupar cargos públicos, es antiético. Es contrario a las expectativas morales y valores del público estadounidense. Pero no solo es antiético, es también un mal negocio. Erosiona la confianza del público en la integridad del sistema de libre mercado. Hace un cortocircuito en el mercado al canalizar los negocios a aquellas empresas que son ineficientes para competir en términos de precio, calidad o servicio, o que son muy perezosas para desarrollar actividades honestas, o que tienen una intención muy marcada de deshacerse de productos marginales. En síntesis, esto recompensa la corrupción en lugar de la eficiencia y presiona a las empresas éticas para que rebajen sus estándares o arriesgarse a perder negocios. El soborno a funcionarios extranjeros de parte de algunas empresas estadounidenses ensombrece a todas las empresas de los EE. UU.[1]

– Cámara de Representantes de los Estados Unidos, 1977

Los sobornos por parte de las empresas son un mal negocio. En nuestro sistema de libre mercado es precepto básico que la venta de productos debe tener lugar sobre la base de precio, calidad y servicio. Los sobornos por parte de las empresas son fundamentalmente destructivos para este principio básico. Los sobornos a funcionarios por parte de empresas tienen lugar principalmente para ayudarlas a ganar negocios. Por lo tanto, los sobornos de empresas en el extranjero afectan la estabilidad misma de los negocios en el exterior. Los sobornos de empresas en el extranjero también afectan nuestro clima de competitividad local cuando empresas locales se involucran en ese tipo de prácticas como sustituto de la competencia sana para los negocios en el extranjero.[2]

– Senado de los Estados Unidos, 1977

INTRODUCCIÓN

El Congreso promulgó el U.S. Foreign Corrupt Practices Act (en adelante, "FCPA" o la "Ley") en el 1977 en respuesta a revelaciones sobre una práctica generalizada de sobornos a funcionarios extranjeros por compañías estadounidenses. La Ley tenía la intención de detener esas prácticas corruptas, crear condiciones equitativas para las empresas honestas y restaurar la confianza pública en la integridad del mercado.[3]

El FCPA contiene tanto disposiciones antisoborno como de contabilidad. Las disposiciones antisoborno prohíben a individuos y negocios estadounidenses (personas naturales o jurídicas domésticas), empresas estadounidenses y extranjeras que cotizan en las bolsas de valores en los EE. UU., o que están obligadas a presentar informes periódicos ante la Comisión de Bolsa y Valores (sociedades emisoras), y ciertos individuos y negocios del extranjero actuando mientras que se encuentren en territorio de los EE. UU. (jurisdicción territorial), realizar pagos corruptos a funcionarios extranjero para obtener o retener negocios. Las disposiciones de contabilidad requieren que las sociedades emisoras desarrollen y mantengan libros y registros precisos y diseñen y mantengan un sistema adecuado de controles contables internos. Las disposiciones de contabilidad también prohíben a los individuos y empresas la falsificación a sabiendas de libros y registros, o la evasión u omisión a sabiendas de la implementación de un sistema de controles internos.

El Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC, por sus siglas en inglés) comparten la autoridad para hacer cumplir el FCPA y están comprometidos con combatir la corrupción internacional a través de una sólida ejecución de la ley. Un componente importante de este esfuerzo es la educación, y esta guía, preparada por el personal del DOJ y la SEC, busca proporcionar a las empresas e individuos información que les ayude a cumplir la ley, detectar y prevenir violaciones del FCPA e implementar programas de cumplimiento efectivos.

Los costos de la corrupción

La corrupción es un problema global. En las cuatro décadas desde la promulgación del FCPA por el Congreso, la extensión de la corrupción corporativa se ha vuelto más clara y sus ramificaciones en una economía transnacional son más evidentes. La corrupción impide el crecimiento económico al desviar recursos públicos de prioridades como la salud, educación e infraestructura. Afecta los valores democráticos y la transparencia pública y debilita al estado de derecho.[4] También amenaza la estabilidad y la seguridad al facilitar las actividades criminales dentro y a través de las fronteras, tales como el tráfico ilegal de personas, armas, y drogas.[5]

La corrupción internacional también afecta la buena gobernanza e impide los esfuerzos de los EE. UU. para promover la libertad y la democracia, acabar con la pobreza y combatir la delincuencia y el terrorismo alrededor del mundo.[6]

La corrupción también es mala para los negocios. La corrupción es anticompetitiva, resultando en distorsiones en los precios y poniendo en desventaja a empresas honestas que no pagan sobornos. Aumenta el costo de hacer negocios a nivel global e infla el costo de los contratos con el gobierno en los países en desarrollo.[7] La corrupción también introduce un nivel significativo de inseguridad en las transacciones comerciales: los contratos obtenidos mediante sobornos podrían ser legalmente ineficaces, y el pago de sobornos sobre un contrato comúnmente resulta en que funcionarios corruptos demanden más.[8] Los sobornos también tienen efectos destructivos dentro de las empresas, afectando la confianza de los empleados en la administración de una compañía y fomentando una atmósfera permisiva para otro tipo de conducta corporativa indebida, tales como actos en interés propio por parte del empleado (*employee self-dealing*), malversación de fondos,[9] fraude financiero[10] y comportamientos anticompetitivos.[11] Los sobornos por lo tanto aumentan los riesgos de realizar negocios, colocando en peligro los resultados de la compañía y su reputación. Las compañías que pagan sobornos para ganar negocios terminan afectando sus propios intereses a largo plazo y los mejores intereses de sus inversionistas.

Contexto histórico

El Congreso promulgó el FCPA en el 1977, tras revelaciones de corrupción global generalizada a raíz del escándalo político conocido como Watergate. La SEC descubrió que más de 400 compañías de los EE. UU. habían pagados cientos de millones de dólares en sobornos a funcionarios de gobierno extranjeros para conseguir negocios en el exterior.[12] La SEC informó que las compañías utilizaban un "fondo para sobornos" (*slush fund*) secreto para hacer contribuciones ilegales a campañas en los EE. UU. y pagos corruptos a funcionarios en el exterior y que estaban falsificando sus registros financieros corporativos para ocultar los pagos.[13]

Para el Congreso, la aprobación del FCPA era crucial para detener los sobornos corporativos que habían empañado la imagen de las empresas estadounidenses, dañando la confianza pública en la integridad financiera de las compañías estadounidenses e impidiendo el funcionamiento eficiente de los mercados.[14]

> Ningún problema hace más para alejar a los ciudadanos de sus líderes políticos y de las instituciones, y para afectar la estabilidad política y el desarrollo económico, que la corrupción endémica entre el gobierno, líderes de partidos políticos, jueces, y burócratas.
>
> – *Estrategia Anticorrupción de USAID*

Como reconoció el Congreso cuando aprobó el FCPA, la corrupción impone costos enormes tanto en el interior del país como en el extranjero, resultando en ineficiencias del mercado e inestabilidad, productos inferiores y un ambiente injusto para las empresas honestas.[15] Con la promulgación de una ley sólida sobre sobornos internacionales, el Congreso buscó minimizar estos efectos destructivos y ayudar a las compañías a resistir demandas corruptas, mientras que abordaba las ramificaciones destructivas de los sobornos transnacionales para la política exterior.[16] La Ley también prohibió la contabilidad no registrada en los libros mediante disposiciones diseñadas para "fortalecer la exactitud de los libros y registros corporativos y la fiabilidad de los procesos de auditoría, las cuales constituyen el fundamento de nuestro sistema de divulgación corporativa".[17]

En 1988, el Congreso reformó el FCPA para agregar dos defensas afirmativas: (1) la defensa de la ley local; y (2) la defensa de los gastos promocionales razonables y de buena fe.[18] El Congreso también solicitó que el Presidente negociara un tratado internacional con miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés) para prohibir los sobornos en las transacciones comerciales internacionales por parte de muchos de los socios comerciales más importantes de los EE. UU.[19] Las negociaciones subsecuentes en la OECD culminaron con la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (en adelante, "Convención Anticohecho"), la cual, entre otras cosas, exigió a las partes tipificar como delito el soborno a funcionarios extranjeros.[20]

En 1998, el FCPA fue reformado para adaptarse a los requisitos de la Convención Anticohecho. Estas reformas ampliaron el alcance del FCPA a: (1) incluir pagos realizados para asegurar "cualquier ventaja indebida"; (2) abarcar a ciertas personas extranjeras que cometan un acto en apoyo a un soborno extranjero mientras se encuentren en los EE. UU.; (3) cubrir organizaciones públicas internacionales en la definición de "funcionario extranjero"; (4) agregar una base alternativa de jurisdicción basada en la nacionalidad; y (5) aplicar sanciones penales a personas extranjeras empleadas por compañías estadounidenses o que actúen como agentes de estas.[21] La Convención Anticohecho entró en vigor el 15 de febrero de 1999, siendo los EE. UU. una de las partes fundadoras.

Panorama nacional: Esfuerzos entre agencias

El DOJ y la SEC comparten la autoridad para hacer cumplir las disposiciones antisoborno y de contabilidad del FCPA.[22] Trabajan también con otras agencias federales y aliados del orden público para investigar e interponer acciones judiciales con respecto a violaciones del FCPA, reducir las exigencias de soborno a través de programas de buena gobernanza y otras medidas, y promover la igualdad de condiciones para las compañías estadounidenses que hacen negocios en el extranjero.

Departamento de Justicia

El DOJ tiene la autoridad para hacer cumplir penalmente el FCPA con respecto a "emisoras" (esto es, las empresas que cotizan en la bolsa) y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas actuando en nombre de la emisora. El DOJ también tiene responsabilidad para hacer cumplir, tanto por lo penal como por lo civil, las disposiciones antisoborno aplicables a "personas naturales o jurídicas domésticas" – las cuales incluyen a (a) ciudadanos, nacionales y residentes de los EE. UU., (b) empresas estadounidenses y sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas actuando en nombre de personas naturales o jurídicas domésticas – y ciertos individuos y empresas del extranjero que actúen para promover una violación del FCPA mientras que estén en territorio de los EE. UU. Dentro del DOJ, la Sección de Fraude de la División Penal tiene la responsabilidad principal en cuanto a todos los asuntos en materia del FCPA.[23] La Unidad del FCPA dentro de la Sección de Fraude maneja todos los asuntos relacionados al FCPA en representación del DOJ, y con regularidad trabaja en conjunto con las Fiscalías de los EE. UU. en todo el país.

El DOJ cuenta con una página web dedicada al FCPA y a su aplicación en https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. La página web provee traducciones del FCPA en varios idiomas, historial legislativo pertinente y documentos seleccionados sobre enjuiciamientos y resoluciones en materia del FCPA desde 1977, incluyendo documentos de cargos, acuerdos de culpabilidad, acuerdos de enjuiciamiento diferido, acuerdos de no enjuiciamiento, comunicados de prensa y otros alegatos relevantes y decisiones judiciales. La página web también tiene copias de las opiniones emitidas en respuesta a solicitudes presentadas por compañías e individuos conforme al procedimiento de opiniones en materia del FCPA en el DOJ.

Los procedimientos para presentar una solicitud de opinión podrán encontrarse en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/frgncrpt.pdf y se abordan con mayor detalle en el Capítulo 9. A los individuos y compañías que deseen divulgar información con respecto a posibles violaciones del FCPA se les invita a ponerse en contacto con la Unidad del FCPA por medio del número telefónico o correo electrónico especificado a continuación.

Información de contacto del DOJ

FCPA Unit Chief, Fraud Section, Criminal Division
Bond Building
1400 New York Ave, N.W.
Washington, DC 20005

Teléfono: (202) 514-2000

Facsímile: (202) 514-7021

Correo electrónico: FCPA.Fraud@usdoj.gov

Comisión de Bolsa y Valores

La SEC es responsable por el cumplimiento civil del FCPA con respecto a las emisoras y sus funcionarios, directores, empleados, agentes, o accionistas actuando en nombre de la emisora. La División de Cumplimiento de la SEC es responsable de investigar y procesar violaciones del FCPA. En 2010, la División de Cumplimiento de la SEC creó una Unidad de FCPA especializada, con abogados en Washington, D.C. y en oficinas regionales alrededor del país, para enfocarse específicamente en la ejecución del FCPA.

La Unidad investiga violaciones potenciales del FCPA, facilita la coordinación con el programa de FCPA del DOJ y con otros aliados federales e internacionales del orden público; utiliza su conocimiento experto sobre la ley para promover la aplicación consistente del FCPA; analiza pistas, denuncias y referencias sobre presuntos casos de soborno en el extranjero; y lleva a cabo actividades de divulgación dirigidas al público para crear conciencia sobre los esfuerzos contra la corrupción y los programas de buena gobernanza corporativa. La Unidad del FCPA tiene una sección llamada "Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act" en la página web de la SEC en http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml. La página se actualiza con regularidad, proporciona información general sobre la Ley y enlaces con todas las acciones de cumplimiento por parte de la SEC con relación al FCPA, incluyendo acciones judiciales federales y procedimientos administrativos, e incluye otra información útil.

Los individuos y compañías con información sobre violaciones posibles del FCPA por emisoras pueden reportarlas ante la División de Cumplimiento a través del sistema en línea de pistas, denuncias y referencias de la SEC, https://www.sec.gov/tcr. Ellos también pueden proporcionar información a la Oficina de Denuncias de la SEC a través del mismo sistema en línea o contactando la Oficina de Denuncias al teléfono (202) 551-4790. Adicionalmente, inversionistas con preguntas sobre el FCPA pueden llamar a la Oficina de Educación y Asistencia a los Inversionistas al teléfono (800) SEC-0330. Para más información sobre el Programa de Denuncias de la SEC, conforme al cual ciertos denunciantes podrían tener derecho a una recompensa monetaria si su información resulta en ciertas acciones de la SEC, véase el Capítulo 8.

Información de Contacto de la SEC

FCPA Unit Chief, Division of Enforcement, U.S. Securities and Exchange Commission
100 F Street, N.E.
Washington, DC 20549

Página web para pistas, denuncias y referencias: https://www.sec.gov/tcr

Oficina de Educación y Asistencia a los Inversionistas: (800) SEC-0330

Aliados entre las fuerzas del orden público

La Unidad de FCPA del DOJ trabaja regularmente con el Buró Federal de Investigaciones (FBI, por sus siglas en inglés) para investigar violaciones potenciales del FCPA. La Unidad de Corrupción Internacional del FBI tiene la responsabilidad principal sobre investigaciones de corrupción y fraude a nivel internacional, y coordina el programa nacional del FBI relacionado al cumplimiento del FCPA. El FBI también cuenta con escuadrones de agentes especiales dedicados al FCPA que son responsables de investigar muchas de las investigaciones del FBI relativas al FCPA, y de brindar apoyo en todas estas investigaciones. Además, la Oficina de Investigaciones de Seguridad Nacional, la División de Investigaciones Criminales del Servicio de Impuestos Internos y el Servicio de Inspección Postal, regularmente investigan las violaciones potenciales al FCPA. Varias otras agencias también están involucradas en el combate contra la corrupción internacional, incluyendo la Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal, la Comisión de Negociación de Futuros de Productos Básicos, y la Oficina de Control de Activos Extranjeros y la Red de Ejecución de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro.

Departamentos de Comercio y Estado

Además de los esfuerzos de cumplimiento por parte del DOJ y la SEC, el gobierno de los EE. UU. también está trabajando para enfrentar la corrupción en el extranjero, y nivelar el campo de juego para las empresas estadounidenses, a través de los esfuerzos de los Departamentos de Comercio y Estado. Ambas agencias promueven iniciativas anticorrupción y de buena gobernanza a nivel global y apoyan con regularidad, y en diversas maneras importantes, las empresas estadounidenses que realizan negocios en el exterior. Ambas agencias alientan a las empresas de los EE. UU. a buscar asistencia de las embajadas de los EE. UU. cuando se confrontan con solicitudes de soborno u otros problemas relacionados con la corrupción en el exterior.[24]

El Departamento de Comercio ofrece varios recursos importantes para empresas, incluyendo el Servicio Comercial Exterior y de los EE. UU. (en adelante, "Servicio Comercial") de la Administración de Comercio Internacional (ITA, por sus siglas en inglés). El Servicio Comercial tiene especialistas en exportaciones e industria localizados en aproximadamente 100 ciudades de los EE. UU. y 70 países que están disponibles para proporcionar asesoría y otro tipo de asistencia a las empresas estadounidenses, particularmente las pequeñas y medianas, sobre la exportación de sus productos y servicios. El Servicio Comercial cuenta con una página web con recursos en línea para ayudar a las compañías a llevar a cabo la debida diligencia sobre los mercados y socios, en: https://www.trade.gov/perform-due-diligence. Por ejemplo, las Guías de Comercio por País proporcionan información sobre condiciones de mercado, oportunidades, regulaciones y costumbres comerciales en más de 70 mercados importantes, y son preparadas por expertos en comercio de la ITA en las embajadas de los EE. UU. alrededor del mundo.[25] Los especialistas del Servicio Comercial también pueden ayudar a las compañías estadounidenses a llevar a cabo la revisión de antecedentes al elegir socios o agentes comerciales en el exterior. El Programa de Perfiles de Compañías Internacionales, por ejemplo, puede ser parte de la evaluación de una compañía estadounidense sobre socios comerciales potenciales en el exterior.[26] Las compañías estadounidenses pueden ponerse en contacto con el Servicio Comercial a través de su página web https://www.trade.gov/let-our-experts-help-0, o directamente en sus oficinas locales y extranjeras.[27]

Adicionalmente, la Oficina del Asesor Legal General del Departamento de Comercio tiene una página web https://ogc.commerce.gov/collection/office-chief-counsel-international-commerce, que contiene recursos sobre anticorrupción y una lista de convenciones e iniciativas internacionales. La Oficina de Negociaciones y Cumplimiento de Acuerdos de la Administración de Comercio

Internacional del Departamento de Comercio, también cuenta con una página web con recursos sobre antisoborno, https://tcc.export.gov/Bribery/index.asp. La página web contiene un enlace a un formulario en línea a través del cual las compañías estadounidenses pueden reportar presuntos casos de sobornos en el extranjero por parte de competidores extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

Se puede encontrar más información sobre la resolución de barreras comerciales en: https://www.trade.gov/resolve-foreign-trade-barrier.[28]

Los Departamentos de Comercio y Estado también brindan asistencia, cuando determinan que es un caso de interés nacional, a las compañías estadounidenses que estén participando en licitaciones de contratos con gobiernos del extranjero. El Centro de Asistencia del Departamento de Comercio (*Department of Commerce's Advocacy Center*), por ejemplo, apoya a compañías estadounidenses que están compitiendo contra compañías extranjeras por contratos internacionales, incluyendo mediante la coordinación para la transmisión de un mensaje de apoyo por funcionarios del gobierno estadounidense, o la asistencia con problemas imprevistos, tales como sospechas de sobornos por parte de un competidor.[29]

El Buró de Asuntos Económicos y Comerciales del Departamento de Estado (específicamente, su Oficina de Asuntos Comerciales y de Negocios) asiste de manera similar a las empresas estadounidenses que hacen negocios en el exterior mediante medidas de promoción en apoyo a las empresas estadounidenses e identificando las áreas de riesgo para las empresas estadounidenses; más información está disponible en su página web, https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-economic-growth-energy-and-the-environment/bureau-of-economic-and-business-affairs/office-of-commercial-and-business-affairs/. Asimismo, los funcionarios economistas del Departamento de Estado que trabajan en el exterior proveen promoción comercial y apoyo a compañías estadounidenses en muchos puestos diplomáticos del exterior donde el Servicio Comercial no tiene representación.

El Departamento de Estado promueve los intereses del gobierno de los EE. UU. para enfrentar la corrupción a nivel internacional a través del diálogo diplomático entre países; el desarrollo y seguimiento de compromisos internacionales relativos a la corrupción; la promoción de un diálogo político de alto nivel (por ejemplo, el Plan de Acción Anticorrupción del G20); la divulgación pública en países extranjeros; y apoyo para desarrollar la capacidad de los socios extranjeros para combatir la corrupción. En el año fiscal 2019, el gobierno de los EE. UU. proporcionó más de 112 millones de dólares en concepto de asistencia en materia anticorrupción y de buena gobernanza en el extranjero.

La Oficina de Asuntos Internacionales de Narcóticos y Orden Público (INL, por sus siglas en inglés) del Departamento de Estado gestiona la participación de los EE. UU. en muchas iniciativas multilaterales contra la corrupción, políticas y legales, a nivel global y regional. El INL también financia y coordina esfuerzos significativos para asistir a los países a combatir la corrupción a través de reformas legales, entrenamiento y otros esfuerzos de potenciación de la capacidad. Cualquier pregunta sobre los esfuerzos generales del gobierno de los EE. UU. contra la corrupción y la implementación de las iniciativas globales y regionales contra la corrupción puede ser dirigida al INL a través de su página web, https://www.state.gov/combating-corruption-and-promoting-good-governance/, o por correo electrónico a: anti-corruption@state.gov. Adicionalmente, la Agencia de los EE. UU. para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) ha desarrollado diversos programas y publicaciones contra la corrupción, sobre los cuales hay información disponible en https://www.usaid.gov/anti-corruption.

Panorama internacional: Esfuerzos globales anticorrupción

Ha habido un creciente consenso internacional en el sentido de que la corrupción debe ser combatida, y los EE. UU. y otros países son partes en diversas convenciones internacionales contra la corrupción. Según estas convenciones, los países que son parte se comprometen a adoptar una gama de medidas preventivas y de derecho penal para combatir la corrupción. Las convenciones incorporan procesos de revisión que permiten a los EE. UU. monitorear a otros países para asegurarse de que cumplan con sus obligaciones internacionales. Asimismo, estos procesos, a su vez, permiten a otros países monitorear las leyes anticorrupción de los EE. UU. y la aplicación de las mismas para asegurarse de que dicha aplicación y los marcos legales sean consistentes con las obligaciones de los tratados internacionales firmados por los EE. UU.[30] Los funcionarios de los EE. UU. abordan regularmente el tema de la corrupción con contrapartes extranjeras para crear conciencia sobre la importancia de la lucha contra la corrupción e instar a una aplicación más rigurosa de las leyes y políticas anticorrupción. Como resultado del reconocimiento por otros países de la necesidad de combatir la corrupción, así como de los esfuerzos significativos de organizaciones como el Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho, diversos países han implementado leyes contra el soborno internacional y han incrementado considerablemente sus esfuerzos de cumplimiento. Por ejemplo, en diciembre de 2016, Francia promulgó su *Ley Sapin II*, la cual fortalece significativamente su legislación existente sobre el cohecho internacional y el régimen de cumplimiento.

Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho y la Convención Anticohecho

La OECD fue fundada en 1961 para estimular el progreso económico y el comercio mundial. Como se ha señalado, la Convención Anticohecho requiere que sus estados parte tipifiquen como delito el soborno a funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales.[31] Desde el 30 de junio de 2020, la Convención Anticohecho contaba con 44 estados parte. Todos los estados que forman parte de esta son también miembros del Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho (en adelante, "Grupo de Trabajo").

El Grupo de Trabajo es responsable de monitorear la implementación de la Convención Anticohecho, la Recomendación del Consejo para Reforzar la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 2009, e instrumentos relacionados. Sus miembros se reúnen trimestralmente para revisar y monitorear la implementación de la Convención Anticohecho por los estados miembros alrededor del mundo. Cada estado parte pasa por una revisión periódica entre sus pares.[32] Este sistema de monitoreo entre pares se realiza en 4 fases. La Fase 1 de la revisión incluye una evaluación profunda de las leyes internas de cada país promulgadas para implementar la Convención. La Fase 2 de la revisión examina la efectividad de las leyes de cada país y los esfuerzos anticorrupción. Las fases finales son ciclos permanentes de revisión entre pares (de los cuales el primer ciclo se conoce como la Fase 3 de revisión y el siguiente es la Fase 4 de revisión) que evalúan las acciones de cumplimiento por parte de cada país y sus resultados, así como los esfuerzos de los países para abordar las debilidades identificadas durante la revisión anterior.[33] Todos los informes de monitoreo de los estados parte de la Convención se pueden encontrar en la página web de la OECD y pueden ser un recurso útil sobre las leyes de cohecho internacional de los países miembros del Grupo de Trabajo de la OECD.[34]

Los informes y anexos de todas las fases de revisión con respecto a los EE. UU. se pueden encontrar en la página web del DOJ y de la SEC.[35] En la Fase 3 de revisión de los EE. UU., la cual se completó en octubre de 2010, el Grupo de Trabajo elogió los esfuerzos de los EE. UU. para combatir el cohecho transnacional y destacó una serie de las mejores prácticas desarrolladas por los EE. UU.

El informe también destacó las áreas en donde los esfuerzos de los EE. UU. en contra del cohecho pueden ser mejorados, incluyendo la consolidación de la información pública disponible sobre la aplicación del FCPA y la sensibilización entre empresas pequeñas y medianas sobre la prevención y detección del cohecho extranjero. La publicación inicial de esta guía fue, en parte, una respuesta a estas recomendaciones de la Fase 3 y tiene como objetivo ayudar a las empresas e individuos a tener un mejor entendimiento del FCPA.[36]

Convención de la ONU contra la Corrupción

Los EE. UU. forma Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés), la cual fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.[37] Los EE. UU. ratificaron la UNCAC el 30 de octubre de 2006. La UNCAC requiere que los estados parte tipifiquen como delito una amplia gama de prácticas corruptas, incluyendo el soborno nacional e internacional y delitos relacionados tales como el lavado de dinero y la obstrucción de la justicia. La UNCAC también establece directrices para la creación de órganos anticorrupción, códigos de conducta para funcionarios públicos, sistemas transparentes e imparciales de contratación pública, y mejores estándares de contabilidad y auditoría para el sector privado. Un mecanismo de revisión entre pares evalúa la implementación de la UNCAC por los Estados parte de la Convención, con un enfoque en la primera ronda en la tipificación de delitos y la aplicación de la ley, así como en la cooperación legal internacional.[38] Los EE. UU. han sido examinados conforme al Programa Piloto de Revisión, cuyo informe está disponible en la página web del DOJ. Desde el 30 de junio del 2020, 187 países eran Estados parte de la UNCAC.[39]

Otras convenciones anticorrupción

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

La IACAC requiere que los estados parte (entre ellos los EE. UU.) tipifiquen como delito el soborno internacional y nacional. Un cuerpo conocido como el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) monitorea el cumplimiento de la IACAC por los estados parte. Desde el 30 de junio de 2020, 33 países eran estados parte del MESICIC.

El Consejo de Europa estableció el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) en 1999 para monitorear el cumplimiento de los países con los estándares anticorrupción del Consejo de Europa, incluyendo el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa.[41] Estos estándares incluyen la prohibición de solicitar y recibir sobornos, así como el soborno internacional. Desde el 30 de junio del 2020, los estados miembros de GRECO, los cuales no tienen que ser miembros del Consejo de Europa, incluían a 49 países europeos y a los EE. UU.[42]

Los EE. UU. han sido evaluados conforme a MESICIC así como a GRECO, y los informes generados por estas evaluaciones están disponibles en la página web del DOJ.

EL FCPA: DISPOSICIONES ANTISOBORNO

El FCPA aborda el problema de la corrupción internacional de dos maneras: (1) las disposiciones antisoborno, que se discuten más adelante, prohíben a los individuos y empresas sobornar a funcionarios de gobierno extranjeros con el objetivo de obtener o retener negocios; y (2) las disposiciones de contabilidad, que se discuten en el Capítulo 3, imponen a las emisoras ciertos requisitos de mantenimiento de registros y de controles internos, y prohíben a individuos y compañías falsificar a sabiendas los libros y registros de una entidad emisora o eludir o fallar en implementar los sistemas de controles internos de una emisora. Las violaciones del FCPA pueden resultar en penalidades civiles y criminales, sanciones y remedios, incluyendo multas, devolución de ganancias y/o prisión.

En general, el FCPA prohíbe ofrecer pagar, pagar, prometer pagar, o autorizar el pago de dinero o cualquier cosa de valor a un funcionario extranjero con el objetivo de influir en cualquier acto o decisión del funcionario extranjero en su capacidad oficial o para asegurar cualquier otra ventaja indebida con el objetivo de obtener o retener un negocio.[43]

¿Quiénes están cubiertos por las disposiciones antisoborno?

Las disposiciones antisoborno del FCPA se aplican de manera general a tres categorías de individuos y entidades: (1) "emisoras" y sus funcionarios, directores, empleados, agentes, y accionistas actuando en representación de la emisora; (2) "personas naturales o jurídicas domésticas" y sus funcionarios, directores, empleados, agentes, y accionistas actuando en representación de una persona doméstica; y (3) ciertos individuos y entidades, distintas a las emisoras y a las personas naturales o jurídicas domésticas, actuando en territorio de los EE. UU.

Emisoras (*Issuers*)—15 U.S.C. § 78dd-1

La sección 30A de la Ley de Bolsa de Valores de 1934 (en inglés, Securities Exchange Act) (en adelante, "Exchange Act"), la cual se puede encontrar en 15 U.S.C. § 78dd-1, contiene las disposiciones antisoborno aplicables a las emisoras.[44] Una compañía es una "emisora" conforme al FCPA si tiene registrada una clase de valores conforme a la sección 12 del Exchange Act[45] o si se le requiere presentar informes periódicos u otro tipo de informes ante la SEC conforme a la sección 15(d) del Exchange Act.[46] En la práctica, esto significa que cualquier compañía con una clase de valores que coticen en una bolsa de valores nacional en los EE. UU., o cualquier compañía con una clase de valores que coticen en el mercado de valores extrabursátil (*over-the-counter*) en los EE. UU. y que tenga la obligación de presentar informes periódicos ante la SEC, es una emisora. Por lo tanto, una compañía no necesita ser una empresa de los EE. UU. para ser una emisora. Las compañías extranjeras que tengan Certificados de Depósito Americano cotizados en una bolsa de los EE. UU. son también emisoras.[47] Desde el 31 de diciembre de 2015, 923 compañías extranjeras se registraron con

la SEC.[48] Los funcionarios, directores, empleados, agentes, y accionistas actuando en representación de la emisora (ya sea que fueran ciudadanos de los EE. UU. o extranjeros) también pueden ser procesados conforme al FCPA.[49]

¿Cómo puedo saber si mi compañía es una "emisora"?

- Sus valores cotizan en una bolsa de valores nacional en los EE. UU. (ya sea acciones o Certificados de Depósito Americano); o
- Sus acciones cotizan en un mercado extrabursátil (*over-the-counter*) en los EE. UU. y la compañía debe presentar informes ante la SEC.
- Para ver si su compañía presenta informes a la SEC, visite la página web de la SEC en: http://www.sec.gov/edgar/searchedgar/webusers.htm.

Personas naturales o jurídicas domésticas (*Domestic Concerns*)—15 U.S.C. § 78dd-2

El FCPA también se aplica a "personas naturales o jurídicas domésticas".[50] Una persona natural o jurídica doméstica es cualquier individuo que sea un ciudadano, nacional, o residente en los EE. UU., o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa con propietario único, que no sea una emisora, que se encuentre organizada conforme a las leyes de los EE. UU. o sus estados, territorios, posesiones o mancomunidades o que tenga su principal lugar de negocios en los EE. UU.[51] Los funcionarios, directores, empleados, agentes, o accionistas actuando en representación de una persona doméstica, incluyendo las personas o compañías extranjeras, también están cubiertos.[52]

Jurisdicción territorial (*Territorial Jurisdiction*)—15 U.S.C. § 78dd-3

El FCPA se aplica también a ciertas personas extranjeras o entidades que no son emisoras o personas naturales o jurídicas domésticas.[53] Desde 1998, las disposiciones antisoborno del FCPA se han aplicado a personas y entidades extranjeras no emisoras que, ya sea directamente o a través de un agente, realicen cualquier acto que fomente pagos corruptos (o una oferta, promesa o autorización de pago) mientras estén en el territorio de los EE. UU.[54]

Asimismo, los funcionarios, directores, empleados, agentes, o accionistas actuando en representación de dichas personas o entidades pueden estar sujetos a las disposiciones antisoborno del FCPA.[55]

¿Qué tipo de conducta jurisdiccional activa las disposiciones antisoborno?

Las disposiciones antisoborno del FCPA también pueden ser aplicadas a conducta tanto dentro como fuera de los EE. UU. Las emisoras y las personas naturales o jurídicas domésticas—así como sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas—pueden ser procesadas por usar el correo de los EE. UU. u otros medios o instrumentos del comercio interestatal para promover un pago corrupto a un funcionario extranjero. La Ley define "comercio interestatal" como "intercambio, comercio, transporte o comunicación entre varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o barco fuera del mismo…."[56] El término también incluye el uso interestatal de cualquier medio de comunicación interestatal, o cualquier otro instrumento interestatal.[57] Por lo tanto, realizar una llamada telefónica o enviar un correo electrónico, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de los EE. UU., implica comercio interestatal, al igual que enviar una transferencia bancaria desde o hacia un banco estadounidense, o utilizando el sistema bancario estadounidense, o viajando a través de las fronteras estatales o internacionalmente hacia o desde los EE. UU.

Quienes no sean emisoras o personas naturales o jurídicas domésticas pueden ser procesados bajo el FCPA si ellos directamente, o a través de un agente, realizan cualquier acto para promover un pago corrupto mientras estén en el territorio de los EE. UU., independientemente de que utilicen o no el correo de los EE. UU. o algún medio o instrumento del comercio interestatal.[58] Por ejemplo, una persona extranjera que asista

una reunión en los EE. UU. que promueva un esquema de soborno internacional puede ser sujeto a un proceso judicial.[59]

Además, conforme a la disposición de "jurisdicción alternativa" del FCPA promulgada en 1998, las compañías o individuos estadounidenses pueden estar sujetas a las disposiciones antisoborno incluso si actúan fuera de los EE. UU.[60] Las reformas de 1998 al FCPA amplían la cobertura jurisdiccional de la Ley mediante el establecimiento de una base alternativa de jurisdicción, es decir, la jurisdicción basada en un principio de nacionalidad.[61] En particular, las reformas de 1998 eliminaron el requisito de que haya un uso del comercio interestatal (por ejemplo, una transferencia electrónica, un correo electrónico, una llamada telefónica) para actos orientados a pagos corruptos a un funcionario extranjero por parte de compañías e individuos estadounidenses que ocurran completamente fuera de los EE. UU.[62]

¿Qué está cubierto?

El FCPA se aplica solamente a los pagos, ofertas, o promesas realizadas con el propósito de: (i) influir en cualquier acto o decisión de un funcionario extranjero en su capacidad oficial; (ii) inducir a un funcionario extranjero a realizar u omitir realizar cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario; (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o (iv) inducir a un funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad.[63] Además, el pago, oferta, o promesa debe hacerse con el objetivo de asistir "la obtención o retención de negocios por o para cualquier persona, o dirigir negocios hacia cualquier persona".[64] Este requisito se conoce como "prueba de propósito comercial" y es interpretado de manera amplia.[65]

No es sorprendente que muchas acciones de cumplimiento involucran sobornos para obtener o retener contratos con el gobierno.[66] El FCPA también prohíbe sobornos en conexión con la conducción de negocios o para ganar una ventaja comercial.[67] Por ejemplo, sobornos pagados para asegurar un tratamiento favorable relacionado con impuestos, para reducir o eliminar el pago de derechos aduanales, para obtener acciones del gobierno para impedir la entrada de competidores a un mercado, o para eludir un requisito para una licencia o permiso, todos pueden cumplir con la prueba de propósito comercial.[68]

Caso hipotético: Jurisdicción del FCPA

La Compañía A, una empresa constituida en Delaware con su sede principal de negocios en Nueva York, es una gran empresa de energía que opera globalmente, incluyendo en varios países que presentan un alto riesgo de corrupción, tal como el País Extranjero. Las acciones de la Compañía A cotizan en una bolsa de valores nacional de los EE. UU. La Compañía A contrató con una compañía europea (EuroCo) para presentar una oferta conjunta al Ministerio de Petróleo para construir una refinería en el País Extranjero. EuroCo no es una emisora.

Los ejecutivos de la Compañía A y EuroCo se reúnen en Nueva York para discutir cómo ganar la licitación y deciden contratar a un supuesto consultor externo (Intermediario) y hacer que este utilice una parte de su "comisión" para sobornar a funcionarios de alto rango en el Ministerio de Petróleo. El Intermediario se reúne con los ejecutivos de la Compañía A y de EuroCo en Nueva York para finalizar el esquema. Finalmente, millones de dólares en sobornos son canalizados desde los EE. UU. y Europa a través del Intermediario a los funcionarios de alto rango en el Ministerio de Petróleo, y la Compañía A y EuroCo ganan el contrato. Unos años después, una nota de prensa de primera plana que señala que el contrato fue obtenido a través de sobornos es publicada en el País Extranjero, y el DOJ y la SEC comienzan a investigar si el FCPA fue violado.

¿A base de estos hechos, qué entidades caen dentro de la jurisdicción del FCPA?

Todas las entidades caen fácilmente dentro de la jurisdicción del FCPA. La Compañía A es una "emisora" conforme al FCPA, y el Intermediario es un "agente" de la Compañía A. EuroCo y el Intermediario también están sujetos a la disposición de jurisdicción territorial del FCPA a base de su conducta mientras se encontraban en los EE. UU.

Ejemplos de acciones tomadas para obtener o retener negocios

- Ganar un contrato
- Influir en un proceso de contratación
- Eludir las reglas de importación de productos
- Ganar acceso a información no pública de un proceso de licitación
- Evadir impuestos o sanciones
- Influir en la resolución de demandas o acciones de cumplimiento
- Obtener excepciones a regulaciones
- Evitar la terminación de un contrato

En 2004, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito de los EE. UU. abordó la prueba de propósito comercial en el caso *United States v. Kay* y sostuvo que los sobornos pagados para obtener un tratamiento favorable relacionado con impuestos—con la reducción de los derechos aduanales e impuestos de venta sobre importaciones de la compañía—pueden constituir pagos realizados para "obtener o retener" negocios dentro del significado del FCPA.[69]

El tribunal explicó que al promulgar el FCPA, "el Congreso tenía la intención de prohibir una gama de pagos más amplia que solo aquellos que directamente influyan en la adquisición o retención de contratos con el gobierno o arreglos comerciales o industriales similares".[70] El tribunal resolvió que "[e]l objetivo del Congreso era sobornos pagados para generar ayuda para mejorar las oportunidades comerciales del pagador o de su beneficiario, independientemente de que dicha ayuda sea directa o indirecta, y de que guarde relación con la administración de la ley, la adjudicación, la extensión o la renovación de un contrato, o la ejecución o conservación de un acuerdo".[71]

En consecuencia, *Kay* sostuvo que los pagos para obtener un trato favorable relacionado con impuestos, bajo circunstancias inapropiadas, violan el FCPA:

> Evadir o disminuir impuestos reduce los costos de operación y por ende aumenta el margen de ganancias, al liberar fondos que el negocio de otra manera estaría obligado legalmente a gastar. Y esto a su vez le permite tomar una amplia serie de acciones en desventaja de los competidores. Los sobornos a funcionarios extranjeros para disminuir impuestos y obligaciones aduanales ciertamente pueden otorgar una ventaja injusta sobre los competidores y como consecuencia favorecer al pagador en obtener o retener negocios.
>
> * * *
>
> [S]ostenemos que el Congreso tenía la intención que el FCPA se aplicara ampliamente a los pagos efectuados con la intención de ayudar al pagador, ya sea directa o indirectamente, para obtener o retener negocios para alguna persona, y que los sobornos pagados a funcionarios fiscales extranjeros para asegurar la reducción ilegal de obligaciones aduanales y fiscales constituyen un tipo de pago que puede ubicarse dentro de esta amplia cobertura.[72]

Pago de sobornos a funcionarios de aduanas

En 2010, una compañía de transporte de carga global y seis de sus clientes corporativos en el sector de petróleo y gas resolvieron cargos por el pago de sobornos a funcionarios de aduanas. Las compañías sobornaron a funcionarios de aduanas en más de diez países a cambio de beneficios tales como:

- evadir derechos aduanales sobre bienes importados
- acelerar impropiamente la importación de bienes y equipos
- extender contratos de perforación y rebajar evaluaciones fiscales
- obtener documentación falsa en relación con permisos temporales de importación para equipos de perforación
- facilitar el despacho aduanero de equipos de perforación y otros equipos

En muchas instancias, estos pagos impropios permitieron a la compañía llevar a cabo sus negocios existentes, y por ende se ubicaron dentro de las prohibiciones del FCPA sobre pagos corruptos realizados con el propósito de "retener" negocios. Las siete compañías pagaron un total de más de 235 millones de dólares en sanciones civiles y penales y devolución de ganancias.

En síntesis, aunque el FCPA no abarca todo tipo de soborno pagado alrededor del mundo para toda clase de fines, sí se aplica ampliamente a los sobornos pagados para ayudar a obtener o retener negocios, lo cual puede incluir pagos realizados para asegurar una amplia variedad de ventajas de negocio injustas.[73]

¿Qué significa "corruptamente"?

Para violar el FCPA, una oferta, promesa, autorización de pago o pago a un funcionario público debe realizarse "corruptamente".[74] Como hizo notar el Congreso con la adopción del FCPA, la palabra "corruptamente" significa la intención o el deseo de influir ilícitamente al receptor:

> La palabra "corruptamente" es usada para dejar claro que la oferta, pago, promesa, u obsequio debe tener la intención de inducir al receptor a abusar de su cargo oficial; por ejemplo, para canalizar negocios indebidamente al pagador o su cliente, para obtener legislación o regulaciones preferenciales, o para inducir a un funcionario extranjero a dejar de desempeñar una función oficial.[75]

Cuando está presente una intención corrupta, el FCPA prohíbe pagar, ofrecer, o prometer pagar dinero o cualquier cosa de valor (o autorizar dicho pago, oferta o promesa).[76] Al enfocarse en la intención, el FCPA no requiere que un acto de corrupción alcance su propósito.[77] Tampoco es necesario que el funcionario extranjero solicite, acepte o reciba el pago corrupto del pagador para ser responsable.[78] Por ejemplo, en un caso, un corredor de bienes raíces comerciales con sede en Nueva York prometió a un intermediario que pagaría un soborno de 2.5 millones de dólares—y de hecho le pagó 500,000 dólares al intermediario como pago inicial—a un funcionario público del fondo soberano en un país del Medio Oriente para inducir al fondo soberano a comprar un complejo de edificios comerciales con un valor de 800 millones de dólares que era propiedad del cliente del corredor. No obstante, para el desconocimiento del corredor de bienes raíces, el intermediario no tenía relación alguna con el funcionario extranjero, y simplemente se quedó con el pago de los 500,000 dólares. Aunque no hubo un funcionario extranjero involucrado que recibiera el soborno, el acusado fue procesado por violar el FCPA.[79]

Además, siempre que la oferta, promesa, autorización o pago se realice de forma corrupta, el actor no necesita conocer la identidad del destinatario; la tentativa es suficiente.[80] Así, un ejecutivo que autoriza a otros a pagar "a quien sea necesario" en un gobierno extranjero para obtener un contrato ha violado el FCPA, incluso si en última instancia no se ofreció ni se pagó ningún soborno.

¿Qué significa "intencionalmente" y cuándo se aplica?

Para que un individuo acusado sea penalmente responsable conforme al FCPA, él o ella debe actuar "intencionalmente".[81] Prueba de "intencionalidad" no es un requisito para establecer la responsabilidad penal o civil de una compañia o empresa,[82] pero la intención corrupta sí debe establecerse mediante pruebas.

El término "intencionalmente" no está definido en el FCPA, pero ha sido interpretado por los tribunales para connotar un acto cometido voluntariamente y a propósito, con un propósito malo, es decir, con "conocimiento de que [un acusado] estaba realizando un acto 'malo' según las reglas generales de la ley".[83] Como explicó la Corte Suprema en el caso *Bryan v. United States*, "[c]omo regla general, cuando se usa el término en un contexto penal, un acto 'intencional' es un acto realizado con un 'mal propósito'. En otras palabras, para establecer una violación 'intencional' de una disposición, él Gobierno debe probar que el acusado actuó a sabiendas de que su conducta era ilegal'".[84]

Notablemente, tal y como el Segundo y Quinto Circuito del Tribunal de Apelaciones han determinado, el FCPA no requiere que el gobierno pruebe que el acusado tuviera conocimiento específico del FCPA o que supiera que su conducta violaba el FCPA.[85] Para ser culpable, el acusado debe actuar con mala intención, es decir, sabiendo en términos generales que su conducta es ilegal.

¿Qué significa "cualquier cosa de valor"?

Cuando se promulgó el FCPA, el Congreso reconoció que los sobornos pueden presentarse en diversas formas y tamaños—una amplia gama de beneficios injustos[86]—y por lo tanto la ley prohíbe "ofertas, pagos, promesas de pago o autorización para el pago de cualquier dinero, o la oferta, obsequio, promesa de obsequio o autorización para obsequiar *cualquier cosa de valor*", con fines corruptos, a un funcionario extranjero.[87]

Un beneficio impropio puede tomar muchas formas. Aunque los casos frecuentemente involucran pagos en efectivo (algunas veces disfrazados de "honorarios de consultoría" o "comisiones" realizados a través de intermediarios), otros han involucrado gastos de viajes y obsequios caros. Al igual que con la ley nacional contra sobornos, el FCPA no contiene un monto mínimo para los obsequios o pagos corruptos.[88] De hecho, lo que puede ser considerado como un pago modesto en los EE. UU. podría representar un pago más grande y mucho más significativo en un país extranjero.

Independientemente del tamaño, para que un obsequio u otro pago viole la ley, el pagador debe tener una intención corrupta—es decir, la intención de influir indebidamente al funcionario público. El requisito de la intención corrupta protege a las compañías que se involucran en una ordinaria y legítima promoción de sus negocios y se dirige contra una conducta que busca inducir a funcionarios a utilizar sus cargos indebidamente. Por lo tanto, es difícil visualizar un supuesto en el cual el ofrecimiento de tazas de café, viajes en taxi o productos promocionales de valor nominal pudiera evidenciar una intención corrupta, y ni el DOJ ni la SEC han desarrollado jamás una investigación a base de dicho tipo de conducta. A mayor detalle, al igual que en todos los ámbitos de aplicación de la ley federal, el DOJ y la SEC ejercen la discreción para decidir qué casos promueven las prioridades de cumplimiento y justifican una investigación. Sin embargo, ciertos patrones han emergido: las acciones de cumplimiento con la ley por parte del DOJ y la SEC se han enfocado en pagos y obsequios pequeños únicamente cuando forman parte de un curso de conducta sistemática y de largo plazo que evidencie un esquema para realizar pagos corruptos a funcionarios extranjeros para obtener o retener negocios. Estas valoraciones requieren un análisis fáctico particular.

Efectivo

La forma más obvia de pago corrupto son pagos en efectivo en gran cantidad. En algunos casos, las empresas han mantenido fondos en efectivo específicamente para usar para sobornos. Una empresa brasileña que era accionista de una emisora estadounidense desarrolló y operó una estructura financiera secreta cuya función era realizar y contabilizar pagos corruptos a funcionarios extranjeros. La empresa también transfería fondos a cambistas brasileños (*doleiros*), quienes retiraban los montos en efectivo y los entregaban a los funcionarios.[89] En otro caso, una sociedad conjunta de cuatro empresas usó a su agente para pagar cinco millones de dólares en sobornos a un partido político de Nigeria.[90] Los pagos fueron entregados al agente en maletas de efectivo (típicamente en cuotas de un millón de dólares) y, en una instancia, en el maletero de un automóvil cuando el efectivo no cabía en una maleta.[91]

Obsequios, viajes, entretenimiento y otras cosas de valor

Un pequeño obsequio o una muestra de estima o gratitud suele ser una forma apropiada para que los empresarios muestren respeto mutuo. Algunas características de entregas apropiadas de obsequios son cuando el obsequio se da de manera abierta y transparente, se registra correctamente en los libros y registros del donante, se proporciona únicamente para expresar estima o gratitud y está permitido por las leyes locales.

Los objetos de valor nominal, tales como viajes en taxi, comidas razonables y gastos de entretenimiento, u objetos promocionales de la compañía, probablemente no influyan indebidamente a un funcionario público, y, por lo tanto, no son, sin más, obsequios que hayan

resultado en acciones de cumplimiento con la ley por parte del DOJ o la SEC. Sin embargo, entre más grande y más extravagante sea el obsequio, más probable será que se otorgue con un propósito indebido. Por lo tanto, los casos de cumplimiento con la ley por parte del DOJ y la SEC han involucrado instancias individuales de obsequios grandes y extravagantes (tales como automóviles, abrigos de piel y otros objetos de lujo) así como la práctica de obsequiar artículos pequeños como parte de un esquema de sobornos.[92] Por ejemplo, en un caso reciente, una empresa de energía que cotiza en bolsa de los Países Bajos fue procesada por el DOJ por sobornos pagados que incluyeron obsequios extravagantes tales como pagos de viajes a eventos deportivos para funcionarios extranjeros junto con regalos de "dinero para gastar", pagos de colegiaturas de los hijos de funcionarios extranjeros, y envíos de vehículos de lujo a funcionarios extranjeros.[93]

En otro caso del DOJ y la SEC, un acusado regaló a un funcionario público una cuota de membresía de un club campestre y un generador, así como gastos de mantenimiento del hogar, el pago de cuentas de teléfono móvil y un automóvil con un valor de 20,000 dólares, así como servicios de limusina. El mismo funcionario público también recibió 250,000 dólares a través de un agente que actuaba como tercero.[94]

Además, varias acciones de cumplimiento con el FCPA han involucrado pagos corruptos de gastos de viaje y entretenimiento. Tanto el DOJ como la SEC han llevado casos en los cuales este tipo de gasto ocurrió en conjunción con otras conductas que reflejaron sobornos sistemáticos u otros indicios claros de intención corrupta.

Un caso que involucró a una empresa de telecomunicaciones, una "emisora", con sede en Suecia, ilustra los tipos de gastos impropios de viajes y entretenimiento que pueden violar el FCPA. Comenzando en los 1990s y continuando por lo menos hasta el 2013, la compañía pagó millones de dólares a varios terceros, de los cuales una parte fue utilizada para el pago de obsequios, viajes y entretenimiento, incluyendo viajes al exterior, para funcionarios de China con el objetivo de ganar negocios con empresas de telecomunicaciones gubernamentales. Aunque algunos de los viajes fueron supuestamente para que los interesados participaran en capacitaciones en las instalaciones de la compañía, en realidad, no ocurrió ninguna capacitación en muchos de estos viajes y la compañía no tenía instalaciones en dichos lugares. Los viajes incluyeron, entre otros, un crucero de lujo por el Caribe y viajes a Las Vegas y Londres. La compañía también caracterizó indebidamente los pagos efectuados para estos viajes en sus libros internos y registros.[95]

De igual manera, una empresa de telecomunicaciones con sede en Nueva Jersey gastó millones de dólares en aproximadamente 315 viajes para funcionarios de China, aparentemente para inspeccionar fábricas y capacitar a los funcionarios en el uso del equipo de la compañía.[96] En realidad, durante muchos de estos viajes, los funcionarios pasaron poco o ningún tiempo visitando las instalaciones de la compañía sino que visitaron destinos turísticos tales como Hawái, Las Vegas, el Gran Cañón, las Cataratas del Niágara, Disney World, Universal Studios y Nueva York.[97] Algunos de estos viajes fueron caracterizados como "inspecciones de fábrica" o "capacitaciones" con clientes gubernamentales, pero consistieron primariamente o completamente en actividades turísticas en sitios elegidos por los funcionarios, típicamente durando dos semanas y con un costo de entre 25,000 dólares y 55,000 dólares por viaje. En algunos casos, la compañía les regaló a los funcionarios entre 500 dólares y 1,000 dólares por día para gastos propios y le pagó todo el hospedaje, el trasporte, la comida y los gastos de entretenimiento. La compañía no registró estos gastos o los registró indebidamente como "honorarios de consultoría" en sus libros y registros corporativos. La compañía también falló en implementar controles internos para monitorear la provisión de viajes y otras cosas de valor a funcionarios de China.[98]

Las compañías también pueden violar el FCPA si dan pagos u obsequios a terceros, por ejemplo, a familiares de un funcionario extranjero, como una manera indirecta de influenciar corruptamente a

un funcionario extranjero. Por ejemplo, un acusado pagó gastos personales y proporcionó boletos de avión a un primo y amigo cercano del funcionario extranjero cuya influencia buscaba el acusado para obtener contratos.[99] El acusado fue declarado culpable en el juicio y recibió una sentencia de prisión.[100] En otro ejemplo, una subsidiaria en Hong Kong de un banco con sede en Suiza desarrolló un esquema sistemático para contratar, ascender, y retener a hijos de funcionarios de la China para ganar negocios con dichos funcionarios.[101] La compañía finalmente devolvió aproximadamente 30 millones de dólares y pagó una multa de 47 millones de dólares por las violaciones del FCPA.

Ejemplos de viajes y entretenimiento impropios

- un viaje de cumpleaños de 12,000 dólares para un funcionario de alto nivel en el gobierno de México que incluyó visitas a bodegas de vinos y cenas
- 10,000 dólares de gastos en cenas, bebidas y entretenimiento para un funcionario extranjero
- un viaje a Italia para ocho funcionarios de Irak que consistió primariamente en visitas a sitios de atracción e incluyó 1,000 dólares en "dinero para gastar" para cada funcionario
- un viaje a París para un funcionario extranjero y su esposa que consistió primariamente en excursiones turísticas en un vehículo con un chofer

Como parte de un programa de cumplimiento efectivo, una compañía debe establecer directrices y procesos claros y accesible sobre el otorgamiento de obsequios por parte de los directores, funcionarios, empleados y agentes de la compañía. Aunque no sea algo necesariamente apropiado para todo negocio, muchas compañías grandes tienen procesos automatizados para la aprobación de obsequios y han establecido claramente los límites monetarios para obsequios junto con limites anuales, con excepciones limitadas para obsequios aprobados por los directores correspondientes. Las directrices y procesos claros pueden ser medios efectivos y eficientes para controlar el otorgamiento de obsequios, evitar obsequios impropios y proteger los activos de la compañía.

El FCPA no prohíbe los obsequios, sino que, al igual que en el caso de las leyes nacionales paralelas en materia de sobornos, el FCPA prohíbe el pago de sobornos, incluyendo de sobornos disfrazados de obsequios.

Contribuciones benéficas

Las compañías realizan frecuentemente donaciones benéficas como parte de sus actividades legítimas de relaciones locales. El FCPA no prohíbe las contribuciones benéficas ni impide que las corporaciones actúen como buenos ciudadanos corporativos.

Sin embargo, las compañías no pueden utilizar la pretensión de contribuciones benéficas como una forma para canalizar sobornos a funcionarios extranjeros.

Por ejemplo, una compañía farmacéutica utilizó donaciones benéficas a una pequeña organización local de restauración de castillos, dirigida por un funcionario de un gobierno extranjero, para inducir a dicho funcionario a dirigir negocios hacia la compañía. Aunque la organización era una organización benéfica auténtica, los documentos internos de la subsidiaria de la compañía farmacéutica establecieron que los pagos no eran vistos como contribuciones benéficas sino como "cuotas" que la subsidiaria tenía que pagar a cambio de la colaboración del funcionario público. Los pagos constituyeron una porción significativa del presupuesto total de donaciones promocionales de la subsidiaria y fueron estructurados para permitir a la subsidiaria exceder sus límites autorizados. Los pagos tampoco cumplieron con las directrices internas de la compañía, las cuales establecían que las donaciones benéficas generalmente deben destinarse a instituciones de salud y guardar una relación con la medicina.[102]

Caso hipotético: obsequios, viajes y entretenimiento

La Compañía A es una empresa grande de ingeniería de los EE. UU. con operaciones globales en más de 50 países, entre ellos varios que tienen un alto riesgo de corrupción, tal como el País Extranjero. Las acciones de la Compañía A cotizan en una bolsa de valores en los EE. UU. En la conducta de sus negocios a nivel internacional, los empleados y funcionarios de la Compañía A tienen contactos frecuentes con funcionarios extranjeros, incluyendo a funcionarios en varios ministerios y entidades públicas. En una feria comercial, la Compañía A tiene un puesto en el que ofrece, de forma gratuita, bolígrafos, sombreros, camisetas y otros artículos promocionales con el logotipo de la Compañía A. La Compañía A también sirve café, otras bebidas y bocadillos gratuitamente. Algunos de los que visitan el puesto son funcionarios extranjeros.

¿La Compañía A ha violado el FCPA?

No. Estos son gastos legítimos y de buena fe, realizados en conexión con la promoción, demostración o explicación de los productos y servicios de la Compañía A. No hay nada aquí que sugiera una intención de corrupción. El FCPA no prohíbe que las compañías promocionen sus negocios de esta manera o provean actividades legítimas de hospitalidad, incluso a funcionarios extranjeros. El obsequio de artículos promocionales con los logotipos de la compañía o bocadillos gratuitos, según lo expuesto arriba, es un medio apropiado para ofrecer hospitalidad y promover los negocios. Dichas conductas nunca han sido base de una acción de cumplimiento bajo el FCPA.

En la feria comercial, la Compañía A invita a una docena de clientes actuales y potenciales a compartir bebidas, y paga una cuenta moderada en un bar. Algunos de los clientes actuales y potenciales son funcionarios extranjeros conforme al FCPA. ¿La Compañía A ha violado el FCPA?

No. De nuevo, el FCPA no fue diseñado para prohibir todo tipo de hospitalidad con funcionarios extranjeros. Aunque en este caso el costo puede ser más substancial que en el caso de las bebidas, bocadillos y artículos promocionales proporcionados en el puesto de la feria, y los invitados fueron específicamente seleccionados, aun no hay nada que sugiera una intención corrupta.

Hace dos años, la Compañía A ganó un contrato de largo plazo para proveer bienes y servicios a una Comisión de Electricidad en el País Extranjero. La Comisión de Electricidad es propiedad, controlada y operada al 100% por el País Extranjero y los empleados de la Comisión de Electricidad están sujetos a las leyes locales antisoborno del País Extranjero. Algunos de los ejecutivos de la Compañía A se encuentran en el País Extranjero para reunirse con funcionarios de la Comisión de Electricidad. El Director General de la Comisión de Electricidad se casó recientemente, y durante el viaje los ejecutivos de la Compañía A presentan un florero de cristal de un precio moderado al Director General como obsequio de boda y muestra de estima. ¿La Compañía A ha violado el FCPA?

No. Es apropiado proporcionar obsequios razonables a funcionarios extranjeros como muestra de estima o gratitud. Es importante que esos obsequios sean presentados de manera abierta y transparente, que se registren apropiadamente en los libros y registros de la compañía y que sean otorgados solamente cuando sea apropiado conforme a las leyes locales, que sean acordes con las costumbres locales y que sean razonables para la ocasión.

Durante el curso del contrato descrito anteriormente, la Compañía A proporciona capacitaciones periódicas para los empleados de la Comisión de Electricidad en las instalaciones de la compañía en Michigan. Las capacitaciones son pagadas por la Comisión de Electricidad como parte del contrato. Unos funcionarios senior de la Comisión de Electricidad informan a la Compañía A que quieren inspeccionar las instalaciones para asegurarse de que la capacitación esté funcionando bien. La Compañía A paga los boletos de avión, hoteles y transporte para los funcionarios senior de la Comisión de Electricidad para el viaje a Michigan para la inspección de las instalaciones de la Compañía A. Puesto que es un largo viaje internacional, la Compañía A acepta pagar la tarifa área de clase ejecutiva, a lo cual sus propios empleados también tienen derecho para viajes largos. Los funcionarios extranjeros visitan Michigan por varios días, durante los cuales los funcionarios senior llevan a cabo una inspección apropiada. Los ejecutivos de la Compañía A llevan a los funcionarios a una cena con precios moderados, un partido de béisbol y una obra de teatro. ¿Alguna de estas acciones ha violado el FCPA?

(sigue)

No. Ni los costos asociados con la capacitación de los empleados ni el viaje para los funcionarios senior a las instalaciones de la Compañía para inspeccionarlas viola el FCPA. Los gastos promocionales razonables y de buena fe no violan el FCPA. En este caso, la Compañía A está proporcionando capacitación a los empleados de la Comisión de Electricidad y está recibiendo a los funcionarios senior de la Comisión de Electricidad. La revisión de la ejecución y cumplimiento del contrato por parte de estos tiene un propósito comercial legítimo. Incluso la provisión de una tarifa aérea de clase ejecutiva es razonable bajo estas circunstancias, como lo son las comidas y el entretenimiento, lo cual representa solamente un pequeño componente del viaje de negocios.

¿Este análisis sería diferente si la Compañía A pagara para que los funcionarios senior viajaran en primera clase con sus esposos/as en un viaje con todos los gastos pagos por una semana a Las Vegas, donde la Compañía A no tiene instalaciones?

Sí. Esta conducta casi ciertamente viola el FCPA porque muestra una intención corrupta. Aquí, el viaje no parece haber sido diseñado para un propósito comercial legítimo, es extravagante, incluye gastos para los/as esposos/as de los funcionarios, y por lo tanto parece haber sido diseñado para congraciarse corruptamente con los funcionarios extranjeros. Asimismo, si el viaje se registra en libros como un gasto comercial legítimo—por ejemplo, para ofrecer capacitación en sus instalaciones—la Compañía A también violaría las disposiciones de contabilidad del FCPA. Además, esta conducta sugiere deficiencias en los controles internos de la Compañía A.

El contrato de la Compañía A con la Comisión de Electricidad está por vencer, y la Comisión de Electricidad ofrecerá el siguiente contrato a través de su proceso de licitación. Un empleado de la Comisión de Electricidad contacta a la Compañía A y ofrece entregar a la Compañía A información de licitación confidencial y no publica sobre los competidores de la Compañía A, si la Compañía A paga unas vacaciones a París para él y su novia. Los empleados de la Compañía A acceden a la solicitud del funcionario, pagan las vacaciones, reciben la información de licitación confidencial y aun así no gana el contrato. ¿La Compañía A ha violado el FCPA?

Sí. La Compañía A proporcionó cosas de valor a un funcionario extranjero con el propósito de inducir al funcionario a abusar de su cargo para obtener una ventaja indebida. No importa que fuera el funcionario extranjero quien sugirió la conducta ilegal ni que en última instancia la Compañía A no logró ganar el contrato. Esta conducta también violaría las disposiciones de contabilidad del FCPA si el viaje se hubiera registrado en libros como un gasto comercial legítimo y sugiere deficiencias en los controles interno de la Compañía A.

Una adecuada debida diligencia y controles apropiados son críticos en el caso de las contribuciones benéficas. En general, la suficiencia de las medidas tomadas para prevenir el mal uso de donaciones benéficas dependerá del análisis de riesgos y los hechos específicos del caso. En su Comunicado del Procedimiento de Opinión No. 10-02, el DOJ describió la debida diligencia y controles que pueden minimizar la probabilidad de una violación al FCPA. Al respecto, una agencia de un gobierno extranjero pidió a una subsidiaria de una organización no gubernamental de los EE. UU., con sede en Eurasia, realizar una aportación a una institución local de microfinanzas (MFI, por sus siglas en inglés) como prerrequisito para transformar a la subsidiaria en una entidad bancaria.

La subsidiaria propuso contribuir 1.42 millones de dólares a un MFI local para satisfacer la solicitud. La subsidiaria llevó a cabo un proceso extenso de debida diligencia de tres etapas para seleccionar al destinatario de la aportación y establecer controles significativos para la contribución propuesta, incluyendo monitoreo y auditoría continuos, la asignación de fondos para el desarrollo de capacidades, la prohibición a la compensación de miembros del consejo y la implementación de disposiciones de cumplimiento con las políticas anticorrupción. El DOJ explicó que no tomaría ninguna acción de cumplimiento porque la debida diligencia de la compañía y los controles que planeó implementar fueron suficientes para impedir una violación al FCPA.

Otros comunicados de opinión también abordan aportaciones o donaciones de carácter benéfico. Conforme a los hechos presentados en esos comunicados, el DOJ aprobó las propuestas de aportación o donación[103] con base en medidas de debida diligencia tales como:

- certificaciones del destinatario sobre el cumplimiento con el FCPA;[104]
- debida diligencia para confirmar que ninguno de los oficiales del destinatario estaba afiliado con el gobierno extranjero en cuestión;[105]
- el requisito de que el destinatario proporcione estados financieros auditados;[106]
- un acuerdo por escrito con el destinatario restringiendo el uso de los fondos;[107]
- pasos para asegurar que los fondos fueron transferidos a una cuenta bancaria válida;[108]
- confirmación de que los compromisos de la organización benéfica se cumplieron antes de que se desembolsaran los fondos;[109] y
- monitoreo continuo de la eficacia del programa.[110]

Las donaciones benéficas legitimas no violan el FCPA. El cumplimiento con el FCPA solamente requiere que las donaciones benéficas no sean utilizadas como medio para disfrazar pagos realizados para influir corruptamente a funcionarios extranjeros.

Cinco preguntas para considerar al realizar donaciones benéficas en un país extranjero:

1. ¿Cuál es el propósito del pago?
2. ¿El pago es consistente con las directrices internas de la compañía sobre las donaciones benéficas?
3. ¿El pago se realiza a solicitud de un funcionario extranjero?
4. ¿Está asociado el funcionario extranjero con la institución benéfica y, en caso afirmativo, puede el funcionario extranjero tomar decisiones que afecten a su negocio en ese país?
5. ¿El pago está condicionado a la consecución de negocios u otros beneficios?

¿Quién es un funcionario extranjero?

Las disposiciones antisoborno del FCPA se aplican a pagos corruptos hechos a: (1) "cualquier funcionario extranjero"; (2) "cualquier partido político extranjero o funcionario de este"; (3) "cualquier candidato a un cargo político en un gobierno extranjero"; o (4) cualquier persona, sabiendo que el pago entero o una parte del mismo será ofrecido, entregado o prometido a una persona que se ubique en alguna de esas tres categorías.[111] Aunque el estatuto distingue entre "funcionario extranjero", "partido político extranjero o funcionario de este" y "candidato a un cargo político en un gobierno extranjero", el término "funcionario extranjero" en esta guía generalmente se refiere a una persona que se ubique en cualquiera de esas tres categorías.

El FCPA define "funcionario extranjero" para incluir: cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia, o instrumentalidad similar, o de una organización pública internacional, o cualquier persona actuando en una capacidad oficial para o en representación de dicho gobierno, departamento, agencia o instrumentalidad, o para o en representación de esa organización pública internacional.[112]

Según deja claro este lenguaje, el FCPA se aplica ampliamente a pagos corruptos efectuados a "cualquier" funcionario o empleado de un gobierno extranjero y a los que actúen en representación del gobierno extranjero.[113] Por lo tanto, el FCPA cubre pagos corruptos tanto a empleados de bajo rango como a funcionarios de alto nivel.[114]

El FCPA prohíbe pagos a *funcionarios* extranjeros, no a *gobiernos* extranjeros.[115] Sin embargo, las compañías que contemplan contribuciones o donaciones a gobiernos extranjeros deben tomar pasos para asegurarse de que ningún dinero sea utilizado para fines corruptos, tales como para el beneficio personal de individuos que funjan como funcionarios extranjeros.

Departamento, agencia o instrumentalidad de un gobierno extranjero

Conforme al FCPA, los funcionarios extranjeros incluyen a funcionarios o empleados de un departamento, agencia o instrumentalidad de un gobierno extranjero. Cuando un gobierno extranjero está organizado de forma similar al sistema de los EE. UU., qué constituye un departamento de gobierno o agencia es típicamente claro (por ejemplo, un ministerio de energía, una agencia de seguridad nacional o una autoridad de transporte).[116] No obstante, los gobiernos pueden organizarse de maneras muy diferentes.[117] Muchos operan a través de entidades de propiedad estatal o bajo control estatal, particularmente en ámbitos como la fabricación de materiales aeroespaciales y de defensa, banca y finanzas, salud y ciencias humanas, energía e industrias extractivas, telecomunicaciones y transportes.[118] Al incluir a funcionarios o empleados de agencias o instrumentalidades de gobierno dentro de la definición de "funcionario extranjero", el FCPA contempla esta variabilidad.

El término "instrumentalidad" es amplio y puede incluir a entidades de propiedad estatal o controladas por el estado. Para determinar si una entidad específica constituye una "instrumentalidad" conforme al FCPA se requiere un análisis concreto sobre la titularidad, control, estatus y función de la entidad.[119] El Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito abordó la definición de "instrumentalidad" en el caso *United States v. Esquenazi*, un caso que versó sobre una empresa de telecomunicaciones de propiedad y control del gobierno de Haití.[120] El Undécimo Circuito concluyó que una "instrumentalidad" conforme al FCPA es "una entidad controlada por el gobierno de un país extranjero que lleva a cabo una función que dicho gobierno que tiene control trate como suya".[121] Aunque el tribunal indicó que este criterio debe aplicarse con fundamento en los hechos específicos, proporcionó la siguiente lista no exhaustiva de criterios para determinar cuando el gobierno "controla" una entidad:

- la designación formal de esa entidad por parte del gobierno extranjero;
- si el gobierno posee un interés mayoritario en la entidad;
- la facultad del gobierno para contratar y despedir a los funcionarios principales de la entidad;
- la medida en que las ganancias de la entidad, si las hubiera, van directamente a las cuentas fiscales del gobierno, y, de modo similar, la medida en que el gobierno financia a la entidad si no alcanza el equilibrio económico; y
- el plazo de tiempo que estos indicios han existido.[122]

Para determinar si la entidad desempeña una función que el gobierno trata como propia, el Undécimo Circuito presentó la siguiente lista no exhaustiva de criterios:

- si la entidad tiene un monopolio sobre la función para la cual existe;
- si el gobierno subvenciona los costos asociados con la prestación de los servicios de la entidad;
- si la entidad presta servicios al público en general en el país extranjero; y
- si el público y el gobierno de dicho país extranjero perciben en términos generales que la entidad está desempeñando una función gubernamental.[123]

Además, varios tribunales en otros circuitos han aprobado instrucciones finales al jurado con una lista de criterios similares no exhaustivos a ser considerados.[124]

Las compañías deben tomar en cuenta estos criterios para evaluar el riesgo de violaciones del FCPA y diseñar programas de cumplimiento.

El DOJ y la SEC han presentado casos, que involucraron a instrumentalidades, desde la promulgación del FCPA, y durante mucho tiempo han utilizado el análisis de la titularidad, control, estatus y función para determinar cuándo una entidad particular es una agencia o una instrumentalidad de un gobierno extranjero. Por ejemplo, el segundo caso en la historia de FCPA procesado por el DOJ involucró una compañía de California que pagó sobornos a través de una corporación mexicana a dos ejecutivos de una empresa nacional de petróleo propiedad del gobierno.[125] Y, a principios de los 1980, el DOJ y la SEC llevaron casos que involucraron un pago de un millón de dólares para sobornar al presidente de la autoridad de carreras de Trinidad y Tobago.[126]

El DOJ y la SEC continúan persiguiendo con regularidad casos sobre violaciones del FCPA que involucran sobornos pagados a empleados de agencias e instrumentalidades de gobiernos extranjeros. En uno de esos casos, la subsidiaria de una empresa suiza de ingeniería pagó sobornos a funcionarios de una comisión de energía eléctrica de propiedad y control del gobierno. La comisión fue creada, era propiedad de, y controlada por el gobierno de México y tenía un monopolio sobre la transmisión y distribución de electricidad en México. Muchos de los miembros del consejo administrativo de la comisión eran funcionarios con jerarquía de gabinete, y el director era nombrado por el presidente de México.[127] Similarmente, en el caso de la empresa de telecomunicaciones de propiedad y control del gobierno de Haití, unos ejecutivos de telecomunicaciones de Miami fueron procesados por pagar sobornos a los empleados de la empresa de telecomunicaciones. El gobierno de Haití tenía una participación del 97% y un 100% de control en la empresa de telecomunicaciones, Haití otorgó a la compañía un monopolio sobre el servicio de telecomunicaciones y le dio varios beneficios fiscales, el director general de la compañía era elegido por el presidente de Haití con el consentimiento del primer ministro de Haití y de los ministros de obras públicas y de economía y finanzas, y el presidente de Haití nombraba a todos los miembros del consejo de la compañía de telecomunicaciones.[128]

Si bien ningún criterio es decisivo ni necesariamente más importante que otro, en la práctica, es poco probable que una entidad se pueda calificar como una instrumentalidad si un gobierno no posee o no controla la mayoría de sus acciones. No obstante, hay circunstancias en las cuales una entidad podría ser calificada como una instrumentalidad con menos del 50% de participación del gobierno extranjero, casos que se ven reflejados en un número limitado de acciones de cumplimiento llevadas por el DOJ o la SEC en esas situaciones. Por ejemplo, además de haber sido condenadas por canalizar millones de dólares en sobornos para dos presidentes durante sus administraciones en dos países diferentes, tres subsidiarias de una emisora francesa fueron declaradas culpables por pagar sobornos a empleados de una compañía de telecomunicaciones de Malasia en la cual el Ministerio de Finanzas de Malasia tenía una participación del 43%. En ese caso, a pesar de poseer una participación minoritaria en la compañía, el Ministerio tenía la condición de "accionista especial", tenía poder de veto sobre todos los gastos mayores y controlaba las decisiones operativas importantes.[129] Además, la mayoría de los altos funcionarios de la compañía eran nombramientos políticos, incluyendo al presidente y director, el presidente de la junta del comité de licitaciones y el director ejecutivo.[130] Por lo tanto, a pesar de que el gobierno de Malasia tenía una participación minoritaria, la compañía era una instrumentalidad del gobierno de Malasia dado que el gobierno ejercía un control sustancial sobre la compañía.

Las compañías e individuos deben también recordar que, independientemente de que una entidad sea una instrumentalidad de un gobierno extranjero o una entidad privada, el soborno comercial (es decir, entre particulares) puede aun así violar las disposiciones de contabilidad del FCPA, el Travel Act, las leyes antilavado de dinero y otras leyes federales o del extranjero. Por ende, cualquier tipo de pago corrupto lleva un riesgo de enjuiciamiento.

Organizaciones públicas internacionales

En 1998, el FCPA fue reformada para ampliar la definición de "funcionario extranjero" para incluir a los empleados y representantes de organizaciones públicas internacionales.[131] Una "organización pública internacional" es cualquier organización designada como tal por decreto ejecutivo conforme al International Organizations Immunities Act, 22 U.S.C. § 288, o cualquier otra organización que el Presidente designe como tal.[132] Actualmente, las organizaciones públicas internacionales incluyen a la Organización de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización Mundial del Comercio, la OECD, la Organización de los Estados

Americanos, entre otras. Una lista completa de organizaciones designadas como "organizaciones públicas internacionales" consta en 22 U.S.C. § 288 y también puede encontrarse en la página web de la Oficina de Publicaciones del Gobierno de EE. UU., en: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title22/html/USCODE-2018-title22-chap7-subchapXVIII-sec288.htm. El DOJ ha presentado cargos contra personas que pagan sobornos a los empleados y representantes de dichas "organizaciones públicas internacionales".[133]

¿Cómo se tratan los pagos a terceros?

El FCPA prohíbe expresamente los pagos corruptos realizados a través de terceros o intermediarios.[134] Específicamente, abarca pagos realizados a "cualquier persona, a sabiendas de que todo o una parte del dinero o cosa de valor será ofrecido, entregado o prometido, directa o indirectamente",[135] a un funcionario extranjero. Muchas compañías que desarrollan negocios en un país extranjero contratan a un individuo o compañía local que los ayude a desarrollar sus negocios. Aunque estos agentes extranjeros proporcionen asesoría legítima con relación a las costumbres y procedimientos locales y puedan ayudar a facilitar las transacciones comerciales, las compañías deben tomar en cuenta los riesgos que presenta la contratación de agentes o intermediarios externos. El hecho de que un soborno sea pagado por un tercero no elimina el riesgo potencial de responsabilidad penal o civil conforme al FCPA.[136]

Por ejemplo, una institución global francesa de servicios financieros y una firma de administración de inversiones con sede en los EE. UU. contrató a un agente externo de ventas para ganar negocios en Libia. Las instituciones financieras contrataron repetidamente al agente externo de ventas para conseguir tratos comerciales con instituciones financieras propiedad del gobierno de Libia, pagando en última instancia más de 90 millones de dólares al agente de ventas en concepto de comisiones. De hecho, el agente de ventas usó una parte de las comisiones para sobornar a funcionarios de alto nivel del gobierno de Libia a fin de asegurar la colocación de activos de aproximadamente 3.66 mil millones de dólares en instituciones financieras. Como consecuencia, la institución global francesa de servicios financieros y la firma de administración de inversiones con sede en los EE. UU. pagaron un monto combinado de aproximadamente 600 millones de dólares en sanciones; la institución global francesa de servicios financieros celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el DOJ, y una subsidiaria de su propiedad se declaró culpable; mientras que la firma de administración de inversiones con sede en los EE. UU. entró en un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ y devolvió 34.5 millones de dólares como parte de la resolución con la SEC.[137]

En otro caso, entre 1996 y 2012, una empresa de energía de los Países Bajos cuyas acciones cotizan en bolsa desarrolló la práctica habitual de contratar a agentes externos de venta para pagar sobornos a funcionarios extranjeros en al menos cinco países: Brasil, Angola, Guinea Ecuatorial, Kazakstán e Irak. Durante el transcurso de la conspiración, la compañía pagó al menos 180 millones de dólares en "comisiones" para sus agentes, recibiendo una ganancia de por lo menos 2.8 mil millones de dólares. La compañía y su subsidiaria estadounidense admitieron haber violado el FCPA, al igual que su ex gerente general y un ejecutivo de ventas y mercadeo.[138]

Dado que el Congreso anticipó el uso de terceros en esquemas de soborno—por ejemplo, para evitar tener conocimiento directo de un soborno—definió el término "a sabiendas" de una manera que impide que los individuos y empresas eviten su responsabilidad mediante la inserción de "cualquier persona" entre aquellos y los funcionarios extranjeros.[139] Conforme al FCPA, el estado mental de una persona es "a sabiendas" con relación a una conducta, circunstancia, o resultado si la persona:

- está consciente de que [dicha persona] está realizando tal conducta, que dicha circunstancia existe o que es sustancialmente seguro que dicho resultado ocurrirá; o
- tiene la firme convicción de que dicha circunstancia existe o que es sustancialmente seguro que tal resultado ocurrirá.[140]

Por lo tanto, una persona tiene el conocimiento requerido cuando está consciente de una alta probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a menos que la persona realmente crea que dicha circunstancia no existe.[141] Como dejó claro el Congreso, se busca imponer responsabilidad no solo a quienes tenían un conocimiento real de la conducta indebida sino también a quienes a propósito evitaron tener conocimiento al respecto.

> [E]l llamado problema de la "cabeza debajo de la tierra"—calificado de diversas maneras por las autoridades pertinentes como "indiferencia consciente", "ceguera intencional" o "ignorancia deliberada"—debe incluirse dentro del alcance de la ley para que los funcionarios de administración no puedan refugiarse de las prohibiciones de la Ley al hacer caso omiso injustificadamente de cualquier acción (o inacción), lenguaje u otro "dispositivo de señalización" que debería razonablemente alertarlos de la "alta probabilidad" de una violación del FCPA.[142]

Las alertas comunes asociadas con terceros incluyen:

- comisiones excesivas a agentes o consultores externos;
- descuentos excesivos otorgados sin explicación razonable a distribuidores externos;
- "acuerdos de consultoría" con terceros que describen los servicios en términos muy generales;
- si el tercero está en una línea de negocios diferente a las actividades para las cuales fue contratado;
- si el tercero está relacionado o tiene lazos cercanos con el funcionario extranjero;
- si el tercero llegó a ser parte de la transacción a solicitud o insistencia expresa por parte del funcionario extranjero;
- si el tercero es meramente una empresa fantasma (*shell company*) constituida en una jurisdicción en el extranjero (*offshore*); y
- si el tercero solicita el depósito de sus pagos a una cuenta bancaria en el extranjero (*offshore*).

Las empresas pueden reducir los riesgos ante el FCPA asociados con terceros mediante la implementación de un programa de cumplimiento efectivo, el cual incluya realizar un proceso de debida diligencia con respecto a cualquier agente prospectivo.

United States v. Kozeny, et al.

En diciembre de 2011, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los EE. UU. ratificó una instrucción de evasión consciente durante un juicio en 2009 de un empresario que fue declarado culpable por conspirar para violar las disposiciones antisoborno del FCPA al acordar realizar pagos a funcionarios azeríes en un esquema para impulsar la privatización de la empresa estatal de petróleo de la República de Azerbaiyán. El tribunal de apelaciones encontró que la instrucción no carecía de un predicado fáctico, citando evidencia y testimonio en el juicio que establecieron que el acusado sabía que la corrupción predominaba en Azerbaiyán; que estaba consciente de la reputación de su socio comercial por conducta indebida; que había creado dos compañías estadounidenses para protegerse a sí mismo y a otros inversionistas contra la posibilidad de responsabilidad penal por pagos realizados en violación del FCPA; y que el acusado expresó inquietudes durante una conferencia telefónica sobre si su socio comercial y la compañía estaban sobornando a funcionarios.

El Tribunal de Apelaciones también rechazó el argumento del acusado de que el cargo de evasión consciente había permitido indebidamente que el jurado lo condenara basado en la negligencia, explicando que la ampla evidencia en actas estableció que el acusado tenía "serias preocupaciones" sobre la legalidad de las prácticas comerciales de su socio "y que se esforzó para eludir saber exactamente lo que [aquel] estaba haciendo," e indicó que el tribunal de distrito había ordenado específicamente al jurado que no dictara una condena por negligencia.

¿Qué defensas afirmativas están disponibles?

Las disposiciones antisoborno del FCPA contienen dos defensas afirmativas: (1) que el pago fue legal conforme a las leyes escritas del país extranjero (la defensa de la "ley local") y (2) que el dinero fue gastado como parte de la presentación de un producto o para cumplir una obligación contractual (la defensa "del gasto de negocios razonable y de buena fe"). Puesto que son defensas afirmativas, el acusado tiene la carga de probarlas.

La defensa de la ley local

Para que la defensa de la ley local sea aplicable, un acusado debe establecer que "el pago, obsequio, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que fue realizado, ha sido legal, conforme a las leyes y regulaciones escritas del país del funcionario público extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato".[143] El acusado debe establecer que el pago fue legal conforme a las leyes y regulaciones escritas del país extranjero en el momento del delito. Mediante la creación de la defensa de la ley local en 1988, el Congreso buscaba "dejar claro que la ausencia de leyes escritas en el país del funcionario extranjero no es suficiente en sí para satisfacer esta defensa".[144] Por lo tanto, el hecho de que los sobornos no sean procesados conforme a las leyes locales es insuficiente para establecer esta defensa. En la práctica, la defensa de la ley local surge con poca frecuencia, dado que las leyes y regulaciones escritas de los países rara vez, o nunca, permiten pagos corruptos. Sin embargo, si un acusado puede establecer que la conducta, que de otro modo cae dentro del alcance de aplicación de las disposiciones antisoborno del FCPA, fue legal según una ley local escrita, él o ella tendría una defensa ante un enjuiciamiento.

En el caso *United States v. Kozeny*, el acusado intentó, sin éxito, hacer valer la defensa de la ley local con respecto a las leyes de Azerbaiyán. Las partes impugnaron el contenido y la aplicabilidad de las leyes azeríes; y cada uno presentó informes y testimonios de expertos en defensa de sus interpretaciones en conflicto. El tribunal resolvió que el acusado no podía invocar la defensa afirmativa del FCPA, porque las leyes azeríes no legalizaban realmente el pago de sobornos. El tribunal concluyó que una excepción bajo las leyes azeríes, que exima de responsabilidad penal a aquellos que pagan sobornos si divulgan voluntariamente los pagos de sobornos a las autoridades, no legaliza los sobornos.[145]

En el caso *United States v. Ng Lap Seng*, el tribunal de distrito rechazó la solicitud del acusado para instruir al jurado con respecto a la defensa afirmativa de la ley local.[146] En ese caso, el acusado fue declarado culpable de conspiración, violación del FCPA, soborno y lavado de dinero, en conexión con un esquema para sobornar a dos embajadores de las Naciones Unidas. En su argumentación a favor de instruir al jurado sobre la defensa afirmativa de la ley local, el acusado sostuvo que una determinación del jurado de que los pagos en cuestión no eran ilegales conforme a las leyes y regulaciones escritas de Antigua y la República Dominicana obligaría a la absolución en cuanto a los cargos relacionados con el FCPA. El tribunal denegó la solicitud del acusado en cuanto a la instrucción de la defensa afirmativa, resolviendo que la instrucción era "inconsistente con el significado manifiesto del lenguaje de la defensa afirmativa de las leyes y regulaciones locales escritas que consta en el FCPA".[147] El tribunal explicó, además, que la solicitud del acusado no estaba directamente respaldada por la mayoría de las fuentes que han abordado el tema y, de aplicarse, "conllevaría a resultados imprácticos".[148]

Gastos razonables y de buena fe

El FCPA permite a las compañías proporcionar gastos de viaje y alojamiento razonables y de buena fe a un funcionario extranjero; y constituye una defensa afirmativa cuando los gastos están directamente relacionados con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de una compañía, o cuando están relacionados con la ejecución o el cumplimiento de un contrato de la compañía con un gobierno o agencia extranjera.[149] Sin embargo, los viajes que son principalmente para fines de entretenimiento personal no representan gastos de negocio de buena fe y pueden violar las disposiciones antisoborno del FCPA.[150] A mayor detalle, cuando los gastos, de buena fe o no, son caracterizados indebidamente en los libros y registros de una compañía, o si ocurren gastos no autorizados o indebidos a raíz de la falta de implementación de controles internos adecuados, también pueden constituir violaciones a las disposiciones de contabilidad del FCPA. La caracterización indebida intencional de gastos puede también, por supuesto, indicar una intención de corrupción.

El DOJ y la SEC han reconocido consistentemente que las empresas, tanto extranjeras como domésticas, tienen permitido pagar gastos razonables asociados con la promoción de sus productos y servicios o con el cumplimiento de contratos existentes. Además, el DOJ ha frecuentemente proporcionado guías sobre qué constituyen gastos de buena fe relacionados con promoción o contratos—haciendo hincapié en los gastos de viajes y alojamiento—a través de la publicación de diversos comunicados de procedimiento de opinión. Conforme a las circunstancias presentadas en dichos comunicados,[151] el DOJ dictaminó que los siguientes tipos de gastos en nombre de funcionarios extranjeros no justificaban una acción de cumplimiento con el FCPA:

- viajes y gastos para visitar las instalaciones de la compañía o sus operaciones;
- viajes y gastos para capacitación; y
- demostraciones de productos o actividades promocionales, incluyendo viajes y gastos por motivo de reuniones.

La determinación de si algún pago en particular constituye un gasto de buena fe requiere necesariamente un análisis de los hechos específicos. Pero la siguiente lista no exhaustiva de salvaguardas, compilada a partir de varios comunicados, puede ser de ayuda para las empresas a la hora de evaluar si un gasto específico es apropiado o si pudiera acarrear un riesgo de infringir el FCPA:

- No seleccionar a los funcionarios que participarán en el viaje o programa propuesto[152] o seleccionarlos con base en criterios predeterminados y de méritos.[153]
- Pagar todos los costos directamente a los vendedores de viajes y alojamiento y/o rembolsar los costos solamente con base en la presentación de un recibo.[154]
- No dar fondos anticipados ni efectuar los reembolsos en efectivo.[155]
- Asegurarse de que cualquier estipendio constituya una aproximación razonable de los costos que probablemente se incurran[156] y/o que los gastos se limiten a los que sean necesarios y razonables.[157]
- Asegurarse de que los gastos sean transparentes, tanto dentro de la compañía como ante el gobierno extranjero.[158]
- No condicionar el pago de gastos a ninguna acción de parte del funcionario extranjero.[159]
- Obtener confirmación escrita de que el pago de los gastos no es contrario a la ley local.[160]
- No proporcionar compensación adicional, estipendio ni dinero de gastos adicional más allá de lo necesario para sufragar los gastos incurridos.[161]
- Asegurarse de que los costos y gastos, efectuados en nombre de los funcionarios extranjeros se registren correctamente en los libros y registros de la compañía.[162]

En adición, aunque ciertos gastos probablemente provoquen más alertas que otros, estos no darán lugar a cargos criminales si son: (1) razonables, (2) de buena fe, y (3) están directamente relacionados con (4) la promoción, demostración, o explicación de productos o servicios o la ejecución o cumplimiento de un contrato.[163]

¿Qué son pagos de facilitación o de agilización?

La prohibición de soborno dispuesta en el FCPA contiene una excepción limitada para "pagos de facilitación o agilización" realizados para propulsar una acción gubernamental de rutina.[164] La excepción para pagos de facilitación se aplica solamente cuando un pago es realizado para propulsar una "acción gubernamental de rutina" que comprenda actos no discrecionales.[165] Ejemplos de "acciones gubernamentales de rutina" incluyen procesamiento de visas, protección policial o servicios de correo, y prestación de servicios públicos tales como telefonía, electricidad y agua. Las acciones gubernamentales de rutina no incluyen una decisión para otorgar un nuevo negocio o para continuar negocios con una parte en particular.[166] Tampoco incluye actos que caen dentro de la discreción de un funcionario público o que constituirían un uso indebido del cargo del funcionario público.[167] Por lo tanto, un pago a un funcionario público de una pequeña cantidad para encender la energía eléctrica en una fábrica podría ser un pago de facilitación; mientras que el pago a un inspector para que este haga caso omiso al hecho de que la compañía no tiene un permiso válido para operar la fábrica, no constituiría un pago de facilitación.

Ejemplos de "acciones gubernamentales de rutina"

Una acción realizada de manera ordinaria y habitual por un funcionario extranjero en:

- la obtención de permisos, licencias u otros documentos oficiales para habilitar a una persona a hacer negocios en un país extranjero;
- la tramitación de documentos gubernamentales, tales como visas y órdenes de trabajo;
- la prestación de protección policial, la recogida y entrega de correo o la programación de inspecciones asociadas con el cumplimiento de un contrato o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes por todo el país;
- la prestación de servicios de telefonía, electricidad y agua, la carga y descarga de cargamentos o la protección de bienes perecederos o mercadería contra el deterioro; o
- acciones de naturaleza similar

La determinación si un pago cae dentro de una excepción no depende del monto del pago, aunque el monto del pago sí puede ser revelador, dado que un pago grande es más sugestivo de una intención corrupta de influir en una acción gubernamental no rutinaria. Sin embargo, al igual que las disposiciones antisoborno del FCPA en general, la excepción a los pagos de facilitación se enfoca en el *propósito* del pago más que en el valor. Por ejemplo, una corporación con sede en Oklahoma violó el FCPA cuando una subsidiaria suya pagó aproximadamente 166,000 dólares a funcionarios de aduana de Argentina para garantizar el despacho en aduanas de equipos y materiales que carecían de las certificaciones requeridas o que no podían importarse conforme a las leyes locales, y para pagar derechos aduanales inferiores a la tarifa aplicable. La subsidiaria venezolana de la compañía también pagó a funcionarios de aduanas en Venezuela aproximadamente 7,000 dólares para permitir la importación y exportación de equipos y materiales que no cumplían con las regulaciones locales y para evitar una inspección completa de los bienes importados.[168] En otro caso, tres subsidiarias de un distribuidor global de productos y servicios de perforación de pozos petroleros fueron procesadas penalmente por autorizar a un agente a realizar al menos 378 pagos corruptos (por un total aproximado de 2.1 millones de dólares) a funcionarios del Servicio Aduanal de Nigeria para conseguir un trato preferencial durante los trámites aduanales, incluyendo la rebaja o eliminación de derechos aduanales.[169]

La clasificación de sobornos como "pagos de facilitación" en los libros y registros de una compañía no convierte dichos pagos en "pagos de facilitación". Una compañía suiza de perforación en el extranjero (*offshore*), por ejemplo, registró pagos a un agente de aduanas en la cuenta de "pagos de facilitación" de la subsidiaria, a pesar de que el personal de la compañía creía que los pagos eran, en realidad, sobornos. La compañía fue acusada de violar tanto las disposiciones antisoborno como las de contabilidad del FCPA.[170]

Aunque los pagos de facilitación legítimos no son ilegales conforme al FCPA, estos aún pueden violar las leyes locales en los países donde opera la compañía, y el Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho recomienda que todos los países alienten a las compañías a prohibir o desalentar los pagos de facilitación, lo cual los EE. UU. ha realizado con regularidad.[171] Además, es posible que las leyes de otros países contra el soborno en el extranjero, como por ejemplo en el Reino Unido, no incluyan una excepción para pagos de facilitación.[172] Por lo tanto, individuos y compañías deben estar atentos a que, a pesar de que los pagos de facilitación legítimos son permisibles conforme al FCPA, estos pueden exponer la compañía o al individuo a sanciones. Al igual que con cualquier gasto, los pagos de facilitación pueden violar el FCPA si no son registrados adecuadamente en los libros y registros de una emisora.[173]

Caso hipotético: Pagos de facilitación

La Compañía A es una compañía minera multinacional de gran tamaño, con operaciones en el País Extranjero, en el cual recientemente identificó un depósito de un nuevo mineral de gran importancia. La Compañía A tiene compradores listos para el nuevo mineral, pero tiene una capacidad limitada para llevarlo al mercado. Para incrementar el tamaño y velocidad de la exportación del mineral, la Compañía A necesitará construir una carretera nueva desde sus instalaciones hasta el puerto que permita utilizar camiones más grandes. La Compañía A contrata a un agente en el País Extranjero para ayudarla a obtener los permisos requeridos, entre ellos un permiso ambiental, para construir el camino. El agente informa al vicepresidente de operaciones internacionales de la Compañía A que tiene previsto realizar un pago único y pequeño en efectivo a un empleado secretarial en la oficina de gobierno pertinente para asegurarse de que el empleado agilice el registro y sellado de las solicitudes de permiso, dado que el agente ha tenido experiencia de retrasos de tres meses cuando no se ha realizado este pago de "agilización". El empleado no tiene ningún tipo de discreción sobre la programación del registro y sellado de las solicitudes de permiso una vez que se ha pagado el derecho obligatorio de presentación. El vicepresidente autoriza el pago.

Unos meses después, el agente le dice al vicepresidente que ha encontrado un problema en la obtención del permiso ambiental necesario. Resulta que la construcción prevista del camino tendría un impacto adverso en un humedal local protegido y ambientalmente sensible. Aunque el problema podría solucionarse estableciendo una nueva ruta para el camino, esa nueva ruta costaría a la Compañía A un millón de dólares más y retrasaría la construcción por seis meses. También se incrementaría el tiempo de tránsito del mineral y se reduciría el número de envíos mensuales. El agente le dice al vicepresidente, que es buen amigo del director del Departamento de Recursos Naturales del País Extranjero, que se necesitaría solamente un pago modesto en efectivo al director y "el problema se esfumaría". El vicepresidente autoriza el pago, y el agente lo realiza. Después de recibir el pago, el director emite el permiso, y la Compañía A construye el nuevo camino a través del humedal.

¿El pago al empleado secretarial fue una violación del FCPA?

No. Bajo esas circunstancias, el pago al empleado secretarial sería calificado como un pago de facilitación, dado que fue un pequeño pago hecho una sola vez para obtener un servicio gubernamental rutinario, no discrecional, al que la Compañía A tiene derecho (el sellado y registro de la solicitud de permiso). Sin embargo, aunque el pago puede ser calificado de excepción a las disposiciones antisoborno del FCPA, este podría violar otras leyes, tanto en el País Extranjero como en otros lugares. Además, si el pago no está debidamente registrado, este podría violar las disposiciones del FCPA sobre libros y registros.

¿El pago al director fue una violación del FCPA?

Sí. El pago al director del Departamento de Recursos Naturales fue una clara violación del FCPA, dado que fue diseñado para influir corruptamente a un funcionario extranjero para impropiamente aprobar un permiso. La emisión del permiso ambiental era un acto discrecional y, de hecho, la Compañía A no debió recibirlo. La Compañía A, su vicepresidente, y el agente local podrían ser procesados por autorizar y pagar el soborno.

¿Es aplicable el FCPA a casos de extorsión o coacción?

Las situaciones que involucran extorsión o coacción no darán lugar a responsabilidad ante el FCPA, ya que no puede decirse que un pago realizado en respuesta a exigencias verdaderamente extorsivas bajo una amenaza inminente de daño físico representa una intención corrupta o un intento de obtener o retener negocios.[174]

Con la promulgación del FCPA, el Congreso reconoció que pueden surgir situaciones del mundo real en las cuales las empresas se verán obligadas a pagar a un funcionario extranjero para evitar amenazas a la salud y la seguridad. Como explicó el Congreso, "un pago a un funcionario público para evitar que una plataforma petrolífera sea dinamitada no debe ser calificado como un pago con propósito corrupto".[175]

Sin embargo, la simple coacción económica no equivale a la extorsión. Como destacó el Congreso cuando promulgó el FCPA: "La defensa de que el pago fue exigido por parte de un funcionario público como precio para tener acceso a un mercado o para obtener un contrato no sería suficiente, ya que en algún momento la compañía estadounidense tomaría una decisión consciente de pagar o no un soborno".[176] El hecho de que el pago fue "propuesto primero por su receptor… no altera el propósito corrupto por parte de la persona que paga el soborno".[177]

Esta distinción entre extorsión y coacción económica fue reconocida por el tribunal en el caso *United States v. Kozeny*. En dicho caso, el tribunal concluyó que aunque una persona que realice un pago bajo coacción (es decir, bajo amenaza de daño físico) no sea responsable penalmente conforme al FCPA,[178] el pagador de un soborno que alegue que el pago fue exigido como el precio para tener acceso al mercado o para obtener un contrato "no puede alegar que no tuvo la intención de sobornar al funcionario público porque tomó la 'decisión consciente' de pagarle al funcionario".[179] Aunque el pagador del soborno en esta situación "podría haber dado la vuelta y haberse alejado," en el ejemplo de la plataforma petrolífera, este "no podía hacerlo".[180]

Las empresas que operan en ambientes de alto riesgo pueden enfrentarse con amenazas verdaderas de violencia o daños a sus empleados, y los pagos realizados en respuesta a amenazas inminentes a la salud o la seguridad no violan el FCPA.[181] Si surge una situación de ese tipo, y para resguardar la seguridad de sus empleados, las compañías deben ponerse en contacto inmediatamente con la embajada indicada de los EE. UU. y solicitar su ayuda.

Los principios de responsabilidad corporativa por violaciones antisoborno

Los principios generales de responsabilidad corporativa se aplican al FCPA. Por lo tanto, una compañía es responsable cuando sus directores, funcionarios, empleados o agentes, actuando dentro del alcance de su empleo, cometen violaciones del FCPA con la intención, al menos en parte, de beneficiar a la compañía.[182] Similarmente, al igual que con cualquier otro estatuto, el DOJ y la SEC consideran los principios de responsabilidad corporativa para evaluar la responsabilidad de la empresa matriz, subsidiaria y de la sucesora. Según descrito con mayor detalle a continuación, a diferencia de otras leyes, el DOJ ha instituido una Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA que se aplica a las resoluciones corporativas en el contexto del FCPA.

Responsabilidad matriz-subsidiaria

Hay dos maneras en las cuales se puede responsabilizar a una matriz de los sobornos pagados por su subsidiaria.

Primero, una empresa matriz puede haber participado suficientemente en la actividad para ser responsabilizada directamente por la conducta—por ejemplo, si dirigió la conducta indebida de la subsidiaria o de otra manera participó directamente en el esquema de soborno.

Segundo, una empresa matriz puede ser responsabilizada por la conducta de su subsidiaria conforme a los principios tradicionales que rigen a los agentes. La característica fundamental de la agencia es el control.[183] En este sentido, el DOJ y la SEC evalúan el control ejercido por la empresa matriz—incluyendo el conocimiento por parte de la matriz y su dirección de las acciones de la subsidiaria, tanto en términos generales como en el contexto de una transacción específica—cuando evalúan si la subsidiaria es un agente de la empresa matriz. Aunque la relación formal entre la empresa matriz y la subsidiaria es importante en este análisis, también importa la realidad práctica que caracteriza a la interacción entre la matriz y la subsidiaria.

Si existe una relación de agencia y la Subsidiaria actúa dentro del alcance de la autoridad conferida por la matriz, las acciones y el conocimiento de una subsidiaria son imputados a la matriz.[184] A mayor detalle, según los principios tradicionales de *respondeat superior*, una compañía es responsable de

los actos de sus agentes, incluidos a sus empleados que se realicen dentro del alcance de su empleo y con la intención, al menos en parte, de beneficiar a la compañía.[185] Por lo tanto, si una relación de agencia existe entre la empresa matriz y la subsidiaria, la matriz es responsable por los sobornos realizados por los empleados de la subsidiaria. Por ejemplo, la SEC inició una acción administrativa contra una empresa matriz por los sobornos pagados por el presidente de su subsidiaria indirecta de propiedad absoluta. En ese caso, el presidente de la subsidiaria respondía directamente al director ejecutivo de la empresa matriz emisora, y la emisora identificaba rutinariamente al presidente como miembro de su directiva senior en su informe anual a la SEC y en sus reportes anuales. Adicionalmente, el departamento legal de la empresa matriz aprobó la contratación de un agente externo a través del cual los sobornos fueron arreglados, a pesar de la falta de debida diligencia documentada y un contrato de agencia que violaba la política corporativa. Además, uno de los funcionarios de la matriz aprobó uno de los pagos al agente.[186] Bajo estas circunstancias, la matriz tenía suficiente conocimiento y control de las acciones de su subsidiaria para ser responsabilizada conforme al FCPA.

Responsabilidad del sucesor

Las compañías asumen una serie de responsabilidades cuando se fusionan con otra compañía o la adquieren, incluyendo las responsabilidades que surgen de los contratos, daños extracontractuales, regulaciones y leyes. En términos legales generales, cuando una compañía se fusiona con otra compañía o la adquiere, la compañía sucesora asume las responsabilidades de su antecesora.[187] La responsabilidad del sucesor es un componente integral del derecho corporativo y, entre otras cosas, impide a las compañías evadir responsabilidades a través de la reorganización.[188] Al mismo tiempo, el DOJ y la SEC reconocen los beneficios potenciales de las fusiones y adquisiciones corporativas, particularmente cuando la entidad adquirente cuenta con un programa de cumplimiento sólido e implementa dicho programa lo más rápidamente posible en la compañía fusionada o adquirida. La responsabilidad del sucesor se aplica a todo tipo de responsabilidad civil y penal,[189] y las violaciones del FCPA no son una excepción. La aplicabilidad de la responsabilidad del sucesor a una transacción corporativa en particular depende de los hechos y de las leyes estatales, federales o extranjeras aplicables. Sin embargo, la responsabilidad del sucesor no crea una responsabilidad donde no existía previamente. Por ejemplo, si una emisora adquiere una empresa extranjera que no hubiese estado sujeta a la jurisdicción del FCPA previamente, la mera adquisición de esa empresa extranjera no crea una responsabilidad retroactiva con respecto al FCPA a la emisora adquirente.

El DOJ y la SEC alientan a las compañías a conducir su debida diligencia previo a la adquisición y mejorar programas de cumplimiento y controles internos después de la adquisición por una variedad de razones.

Primero, la debida diligencia ayuda a una compañía adquirente a valorar con precisión a la empresa objetivo. Los contratos obtenidos a través de sobornos pueden ser legalmente inválidos, los negocios obtenidos de manera ilegal pueden perderse cuando se detenga el pago de sobornos, puede existir responsabilidad por conducta ilegal previa, y los actos corruptos previos pueden dañar la reputación de la compañía adquirente y sus futuros negocios prospectivos. La identificación de estos problemas antes de la adquisición permite a las compañías evaluar cualquier responsabilidad posterior a la adquisición y, por lo tanto, determinar adecuadamente el valor de la empresa objetivo.[190] Segundo, la debida diligencia reduce el riesgo de que la compañía adquirida continúe con el pago de sobornos. Una adecuada debida diligencia previa a la adquisición puede identificar los riesgos de negocios regionales y puede también sentar las bases para una integración luego de la adquisición rápida y exitosa al ambiente de control corporativo y al cumplimiento de la compañía adquirente. Tercero, las consecuencias de las violaciones potenciales descubiertas a través de la debida diligencia pueden ser manejadas por las partes de manera ordenada

y eficiente a través de la negociación de los costos y responsabilidades de la investigación y corrección. Finalmente, la debida diligencia integral demuestra un compromiso genuino con el descubrimiento y la prevención de violaciones del FCPA.

El DOJ y la SEC también reconocen que, en ciertos casos, puede no ser posible realizar una robusta debida diligencia previa a la adquisición. En tales casos, el DOJ y la SEC revisarán la puntualidad y la minuciosidad de los esfuerzos por parte de la empresa adquirente de integrar la debida diligencia y el cumplimiento posteriores a la adquisición.

En una cantidad de casos, el DOJ y la SEC han declinado entablar acciones contra compañías que divulgaron y remediaron cierta conducta voluntariamente y que han cooperado con el DOJ y la SEC en el contexto de la fusión y adquisición.[191] El DOJ y la SEC han actuado en contra de compañías sucesoras únicamente en circunstancias limitadas, generalmente en casos que comprenden violaciones flagrantes y sostenidas o cuando la compañía sucesora participó directamente en las violaciones o no puso fin la conducta indebida después de la adquisición. En un caso, una emisora con sede en los EE. UU. fue imputada por violaciones a las disposiciones de libros y registros y control interno por haber continuado con un esquema de comisiones ilícitas (*kickbacks*) originado por su predecesor.[192] Otro caso reciente fue asunto de una fusión entre dos compañías de petróleo y gas en la cual, antes de la fusión, ambas compañías predecesoras cometieron violaciones del FCPA en el transcurso de muchos años. Las dos compañías, una de las cuales era una emisora y la otra una ex emisora que operaba a través de una subsidiaria con sede en los EE. UU., se fusionaron para formar una nueva empresa que cotizaba en la bolsa. Bajo estas circunstancias— la fusión de dos compañías, que habían cada una realizado sobornos—tanto la nueva entidad como sus subsidiarias extranjeras estaban sujetas a responsabilidad conforme al FCPA. La nueva matriz entró en un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el DOJ y resolvió una acción civil con la SEC, mientras que la subsidiaria con sede en los EE. UU. de la compañía se declaró culpable.[193]

Más a menudo, el DOJ y la SEC han emprendido Facciones de cumplimiento contra la compañía predecesora (en lugar de la empresa adquirente), particularmente cuando la compañía adquirente divulgó y, de manera oportuna, remedió las violaciones o cuando la investigación del gobierno sobre la compañía predecesora precedió la adquisición. En uno de dichos casos, un conglomerado multinacional con sede en los EE. UU. adquirió el negocio de energía de una empresa francesa de energía y transporte que había pagado sobornos para obtener contratos antes de la adquisición. En ese caso el asunto fue resuelto con una declaración de culpabilidad por parte de la compañía francesa de energía y transporte, y acuerdos de enjuiciamiento diferido para dos de las subsidiarias recién adquiridas. No se persiguió responsabilizar a la entidad adquirente en calidad de sucesora.[194]

Consejos prácticos para reducir los riesgos de violaciones conforme al FCPA en las fusiones y adquisiciones

Las compañías en vías de fusión o adquisición pueden tomar ciertas medidas para identificar y posiblemente reducir los riesgos conforme al FCPA:

Solicitud de comunicado de procedimiento de opinión sobre fusiones y adquisición:

Una opción es solicitar una opinión del DOJ en previsión de una adquisición potencial, tal como ocurrió con el Comunicado de Opinión 08-02. Ese caso involucró circunstancias especiales, principalmente, la disponibilidad de debida diligencia previa a la adquisición fue severamente limitada para la adquirente prospectiva y, como era un comunicado de opinión

(sigue)

(es decir, en que el DOJ proporcionaba ciertas garantías sobre la conducta prospectiva), impuso necesariamente criterios exigentes y plazos prescriptivos a cambio de garantías específicas por parte del DOJ, garantías que la SEC, en una muestra de discreción otorgada, también respeta. Por lo tanto, la obtención de una opinión del DOJ puede ser una medida positiva para abordar retos específicos de diligencia debida, pero, dada la naturaleza de este tipo de opinión, es probable que contenga requisitos más estrictos que los que pueden ser necesarios en todas las circunstancias.

Debida diligencia y divulgación con base en el FCPA para fusiones y adquisiciones:

Como asunto práctico, la mayoría de las adquisiciones no requerirán el tipo de garantías prospectivas que las que contiene una opinión del DOJ. El DOJ y la SEC alientan a las compañías involucradas en fusiones y adquisiciones a: (1) conducir una debida diligencia de forma exhaustiva basada en riesgos conforme al FCPA y una debida diligencia anticorrupción sobre las potenciales adquisiciones de nuevas empresas; (2) asegurarse de que el código de conducta de la compañía adquirente y sus políticas y procedimientos de cumplimiento con el FCPA y otras leyes anticorrupción se apliquen tan pronto como sea practicable a las nuevas empresas adquiridas o entidades fusionadas; (3) capacitar a los directores, funcionarios y empleados de las nuevas empresas adquiridas o entidades fusionadas, y cuando sea apropiado, capacitar a los agentes y socios comerciales sobre el FCPA y demás leyes anticorrupción pertinentes y el código de conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento de la compañía; (4) conducir una auditoría especifica en materia del FCPA con respecto a todas las nuevas empresas adquiridas o fusionadas tan pronto como sea practicable; y (5) divulgar cualquier pago corrupto que sea descubierto como parte de su debida diligencia sobre las nuevas empresas adquiridas o entidades fusionadas. El DOJ y la SEC reconocerán el mérito significativo a las compañías que lleven a cabo estas acciones y, en las circunstancias apropiadas, el DOJ y la SEC podrían como consecuencia declinar presentar acciones de ejecución.

En otro caso, una emisora con sede en Pensilvania que proporcionaba productos y servicios de calefacción y aire acondicionado estuvo sujeta a una investigación continua por parte del DOJ y la SEC en el momento de su adquisición; el DOJ y la SEC resolvieron las acciones de cumplimiento únicamente en contra la compañía predecesora, la cual a esas alturas había llegado a ser una subsidiaria de propiedad absoluta de la compañía sucesora.[195]

En otro ejemplo, cuando una compañía estadounidense con sede en Florida descubrió en su debida diligencia después de la adquisición, que la compañía de telecomunicaciones que había adquirido (una persona jurídica doméstica) había realizado sobornos en el extranjero, la compañía sucesora divulgó las violaciones del FCPA al DOJ. Posteriormente, dicha empresa llevó a cabo una investigación interna, cooperó completamente con el DOJ y tomó medidas correctivas apropiadas—incluyendo el despido de los ejecutivos senior de la empresa adquirida. No se entabló ninguna acción de cumplimiento en contra de la entidad sucesora, pero la compañía predecesora se declaró culpable de un cargo de violación del FCPA y acordó pagar una multa de dos millones de dólares.[196] Más tarde, cuatro ejecutivos de la compañía predecesora fueron condenados por violaciones del FCPA; y tres de ellos recibieron penas de prisión.[197]

De vez en cuando, cuando una acción de cumplimiento se ha presentado en contra de una compañía predecesora, la sucesora busca garantías de que no estará sujeta a futuras acciones de cumplimiento. En uno de esos casos, una compañía predecesora holandesa resolvió cargos en materia del FCPA con el DOJ a través de un acuerdo de enjuiciamiento diferido.[198] Aunque tanto la predecesora como la sucesora firmaron el acuerdo, el cual incluyó un compromiso de cooperación continua y un programa de cumplimiento mejorado, solamente la compañía predecesora fue procesada; con la firma del acuerdo, la compañía sucesora obtuvo la certeza de una absolución condicionada de responsabilidad penal a pesar de no ser el objeto de enjuiciamiento por violaciones del FCPA.[199] En otro caso, después de que una compañía con sede en Connecticut descubrió violaciones del FCPA por parte de una compañía de California que buscaba adquirir, ambas compañías divulgaron voluntariamente la conducta al DOJ y a la SEC.[200]

La compañía predecesora resolvió su responsabilidad penal a través de un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ que incluyó una sanción monetaria de 800,000 dólares, y también resolvió con la SEC, pagando un total de 1.1 millones de dólares en devolución de ganancias, intereses previos al fallo, y sanciones civiles. La compañía sucesora procedió con la adquisición y entró por separado en un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ en el cual acordó, entre otras cosas, garantizar el cumplimiento a cabalidad del acuerdo de no enjuiciamiento de la compañía predecesora. Este acuerdo proporcionó certeza a la sucesora con respecto a su responsabilidad conforme al FCPA.[201]

Es importante notar que la divulgación voluntaria, la debida diligencia apropiada y la implementación de un programa de cumplimiento efectivo por parte de una empresa sucesora pueden disminuir también la probabilidad de una acción de ejecución de la ley con respecto a la conducta de una empresa adquirida posterior a la adquisición cuando la debida diligencia previa a la adquisición no es posible.[202] De hecho, según la *Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA* del DOJ, en ciertos casos apropiados, una empresa adquirente que divulgue voluntariamente una conducta indebida puede ser elegible para una declinación de una acción, incluso si existieran circunstancias agravantes en cuanto a la entidad adquirida.

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

La Compañía A es una empresa constituida en Delaware con sus oficinas principales en los EE. UU. y cuyas acciones cotizan en una bolsa nacional de los EE. UU. La Compañía A está considerando la adquisición de la Compañía Extranjera, que no es ni una emisora ni una persona natural o jurídica doméstica. La Compañía Extranjera no realiza ninguna acción dentro de los EE. UU. que la pueda hacer sujeta a la jurisdicción territorial. La adquisición propuesta por la Compañía A convertiría a la Compañía Extranjera en una subsidiaria de la Compañía A.

Supuesto 1:

Antes de adquirir la Compañía Extranjera, la Compañía A lleva a cabo una extensa debida diligencia de la Compañía Extranjera, incluyendo: (1) hacer que sus propios departamentos legal, contable y de cumplimiento revisen los datos financieros y de ventas de la Compañía Extranjera, sus contratos con clientes y sus acuerdos con terceros y distribuidores; (2) realizar un análisis basado en el riesgo de la base de clientes de la Compañía Extranjera; (3) realizar una auditoría de transacciones seleccionadas llevadas a cabo por la Compañía Extranjera; y (4) participar en conversaciones con el director jurídico, el vicepresidente de ventas y el jefe de auditoría interna de la Compañía Extranjera sobre todos los riesgos de corrupción, esfuerzos de cumplimiento y cualquier otro asunto relacionado con la corrupción que haya surgido en la Compañía Extranjera durante los últimos diez años. Esta debida diligencia tiene como objetivo determinar si la Compañía Extranjera tiene implementadas políticas anticorrupción y de cumplimiento adecuadas, si los empleados de la Compañía Extranjera han sido capacitados adecuadamente con respecto a esas políticas, cómo la Compañía Extranjera asegura que se sigan esas políticas, y qué medidas correctivas se toman si las políticas son violadas.

Durante el curso de su debida diligencia, la Compañía A se entera de que la Compañía Extranjera ha realizado varios pagos potencialmente indebidos en forma de una comisión inflada pagada a un agente externo en relación con un contrato gubernamental con el País Extranjero. Inmediatamente después de la adquisición, la Compañía A divulga la conducta al DOJ y a la SEC, suspende y despide a los empleados y al agente externo responsables de los pagos, y se asegura de que los pagos ilegales hayan cesado. Asimismo, la Compañía A integra rápidamente a la Compañía Extranjera a los controles internos sólidos de la Compañía A, incluyendo sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, las cuales comunica a sus nuevos empleados a través de capacitaciones obligatorias en línea y en persona en el idioma local. La Compañía A también requiere que los distribuidores externos y otros agentes de la Compañía Extranjera firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen declaraciones y garantías y derechos de auditoría en materia del FCPA y la anticorrupción.

(sigue)

Con base en estos hechos, ¿podrían el DOJ o la SEC procesar a la Compañía A?

No. Aunque el DOJ y la SEC tienen jurisdicción sobre la Compañía A porque es una emisora, ninguno de ellos podría perseguir a la Compañía A por conducta que ocurrió antes de su adquisición de la Compañía Extranjera. Puesto que la Compañía Extranjera no era ni emisora ni entidad doméstica y no estaba sujeta a la jurisdicción territorial de los EE. UU., el DOJ y la SEC no tienen jurisdicción sobre su conducta indebida previa a la adquisición. La adquisición de una empresa no crea jurisdicción donde antes no existía.

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

Supuesto 2:

La Compañía A realiza solo una debida diligencia mínima y pro forma antes de la adquisición. No lleva a cabo un análisis basado en riesgos, y su revisión de los datos, contratos y acuerdos con respecto a los terceros y distribuidores de la Compañía Extranjera es superficial. La Compañía A adquiere a la Compañía Extranjera y la convierte en una subsidiaria de propiedad absoluta. Si bien la Compañía A distribuye sus políticas de cumplimiento a todo el personal nuevo después de la adquisición, no traduce las políticas de cumplimiento al idioma local ni capacita a su nuevo personal o a los agentes externos sobre temas anticorrupción.

Unos meses después de la adquisición, un empleado de la oficina de ventas internacionales de la Compañía A (Empleado de Ventas) se entera por un empleado heredado de la Compañía Extranjera que durante años el contrato gubernamental que generó la mayoría de los ingresos de la Compañía Extranjera dependió de comisiones infladas pagadas a un agente externo "para hacer feliz a la persona adecuada en la Agencia Gubernamental Extranjera". Se le dice al Empleado de Ventas que el negocio probablemente se pierda a menos que continúen los pagos, lo que significaría que la nueva adquisición de la Compañía A se convertiría rápidamente en un fracaso financiero. Los pagos continúan durante dos años después de la adquisición. Después de que otro empleado de la Compañía A informa del esquema de sobornos de larga duración a un director de la Agencia Gubernamental Extranjera, la Compañía A detiene los pagos y el DOJ y la SEC investigan.

Con base en estos hechos, ¿el DOJ o la SEC acusaría a la Compañía A?

Sí. El DOJ y la SEC han procesado a compañías como la Compañía A en circunstancias similares. Sin embargo, cualquier cargo no se basaría en la responsabilidad del sucesor, sino más bien en los pagos de sobornos posteriores a la adquisición de la Compañía A, que en sí mismos crearon responsabilidad penal y civil para la Compañía A.

Supuesto 3:

Según la legislación local, la capacidad de la Compañía A para realizar la debida diligencia previa a la adquisición de la Compañía Extranjera es limitada. En la debida diligencia que realiza, la Compañía A determina que la Compañía Extranjera está haciendo negocios en países de alto riesgo y en industrias de alto riesgo, pero no encuentra señales de alerta específicas para las operaciones de la Compañía Extranjera. Después de la adquisición, la Compañía A lleva a cabo una extensa debida diligencia y determina que la Compañía Extranjera había pagado sobornos a funcionarios de la Agencia Gubernamental Extranjera. La Compañía A toma medidas inmediatas para remediar el problema, incluyendo la observación de las medidas establecidas en el Comunicado de Procedimiento de Opinión No. 08-02. Entre otras acciones, divulga voluntariamente la conducta indebida al DOJ y la SEC, asegura que todos los sobornos se detengan de inmediato, toma medidas correctivas contra todas las partes involucradas en la corrupción e integra rápidamente a la Compañía Extranjera en un programa de cumplimiento sólido y a los demás controles internos de la Compañía A.

Con base en estos hechos, ¿procesaría el DOJ o la SEC a la Compañía A?

El DOJ y la SEC se han negado a procesar a empresas como la Compañía A en circunstancias similares. Las empresas pueden seguir las medidas establecidas en el Comunicado de Procedimiento de Opinión No. 08-02, o buscar sus propias opiniones, cuando no sea posible la debida diligencia previa a la adquisición.

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

Tanto la Compañía A como la Compañía B son empresas constituidas en Delaware con sus oficinas principales en los EE. UU. Las acciones de ambas empresas cotizan en una bolsa nacional de los EE. UU.

Supuesto 1:

La Compañía A está considerando adquirir varias de las líneas de negocios de la Compañía B. Antes de la adquisición, la Compañía A realiza una extensa debida diligencia, incluyendo: (1) hacer que sus departamentos legal, contable y de cumplimiento revisen los datos financieros y de ventas de la Compañía B, sus contratos con clientes y sus acuerdos con terceros y distribuidores; (2) realizar un análisis basado en el riesgo de la base de clientes de la Compañía B; (3) realizar una auditoría de transacciones seleccionadas llevadas a cabo por la Compañía B; y (4) participar en conversaciones con el director jurídico de la Compañía B, el vicepresidente de ventas y el jefe de auditoría interna sobre todos los riesgos de corrupción, esfuerzos de cumplimiento y cualquier otro asunto importante relacionado con corrupción que haya surgido en la Compañía B durante los últimos diez años. Esta debida diligencia tiene como objetivo determinar si la Compañía B tiene implementadas políticas anticorrupción y de cumplimiento adecuadas, si los empleados de la Compañía B han sido capacitados adecuadamente con respecto a esas políticas, cómo la Compañía B asegura que se observen esas políticas y qué medidas correctivas se toman si las políticas son violadas. Durante el curso de su debida diligencia, la Compañía A se entera de que la Compañía B ha realizado varios pagos potencialmente indebidos en relación con un contrato gubernamental con un País Extranjero. Como condición para la adquisición, la Compañía A requiere que la Compañía B divulgue la conducta indebida al gobierno. La Compañía A se asegura de que los pagos ilegales hayan cesado e integra rápidamente las líneas de negocios de la Compañía B a los sólidos controles internos de la Compañía A, incluyendo sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, las cuales comunica a sus nuevos empleados a través de capacitaciones obligatorias en línea y en persona en el idioma local. La Compañía A también requiere que los distribuidores externos y otros agentes de la Compañía B firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen declaraciones y garantías y derechos de auditoría en materia del FCPA y la anticorrupción.

Con base en estos hechos, ¿procesaría el DOJ o la SEC?

El DOJ y la SEC se han negado a procesar a empresas como la Compañía A en circunstancias similares. El DOJ y la SEC alientan a las empresas como la Compañía A a realizar una extensa debida diligencia conforme al FCPA. Al destapar la corrupción, la Compañía A se colocó en una posición favorable y, debido a que los pagos corruptos han cesado, la Compañía A no tiene responsabilidad continua. La posibilidad de que el DOJ y la SEC acuse a la Compañía B depende de hechos y circunstancias más allá del alcance de este caso hipotético. El DOJ consideraría sus Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales y la SEC consideraría los factores contenidos en el Informe Seaboard, los cuales se analizan en el Capítulo 5. En general, cuanto más flagrante y duradera sea la corrupción, más probable es que el DOJ y la SEC procesarían a la Compañía B. En ciertas circunstancias limitadas, el DOJ y la SEC se han negado en el pasado a presentar cargos contra empresas adquiridas, reconociendo que las empresas adquirentes pueden asumir gran parte del daño reputacional y los costos asociados con dichos cargos.

Supuesto 2:

La Compañía A planea adquirir a la Compañía B. Aunque, como en el Supuesto 1, la Compañía A lleva a cabo una extensa debida diligencia, no descubre el soborno hasta después de la adquisición. Luego, la Compañía A se asegura de que se detengan los pagos ilegales y divulga voluntariamente la conducta indebida al DOJ y a la SEC. Integra rápidamente a la Compañía B a los sólidos controles internos de la Compañía A, incluyendo sus políticas anticorrupción y de cumplimiento, las cuales comunica a sus nuevos empleados a través de capacitaciones obligatorias en línea y en persona en el idioma local. La Compañía A también requiere que los distribuidores externos y otros agentes de la Compañía B firmen certificaciones anticorrupción, completen la capacitación y firmen nuevos contratos que incorporen declaraciones y garantías y derechos de auditoría en materia del FCPA y la anticorrupción.

(sigue)

Con base en estos hechos, ¿procesaría el DOJ o la SEC?

En ausencia de circunstancias inusuales no contempladas por este caso hipotético, es poco probable que el DOJ y la SEC procesen a la Compañía A por la conducta anterior a la adquisición de la Compañía B, siempre que la Compañía B todavía exista en una forma que permita procesarla por separado (por ejemplo, si la Compañía B es una subsidiaria de la Compañía A). El DOJ y la SEC entienden que ninguna debida diligencia es perfecta y que la sociedad se beneficia cuando las empresas con programas de cumplimiento sólidos adquieren y mejoran a las empresas con programas débiles. Al mismo tiempo, sin embargo, ni la responsabilidad por corrupción—ni los daños causados por ella—se eliminan cuando una empresa adquiere a otra. Si el DOJ y la SEC llevan un caso contra la Compañía B (o, en circunstancias inusuales, contra la Compañía A) dependerá de la consideración de todos los factores en los Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales y el Informe Seaboard, respectivamente.

Supuesto 3:

La Compañía A se fusiona con la Compañía B, que está en la misma línea de negocios e interactúa con los mismos clientes del Gobierno Extranjero, y forma la Compañía C. La debida diligencia antes de la fusión revela que tanto la Compañía A como la Compañía B han estado participando en sobornos similares. En ambos casos, el soborno fue extenso y conocido por la gerencia de alto nivel dentro de las empresas.

Con base en estos hechos, ¿procesaría el DOJ o la SEC?

Sí. El DOJ y la SEC han procesado a empresas como la Compañía C sobre la base de la responsabilidad del sucesor. La Compañía C es una combinación de dos compañías que violaron el FCPA y su fusión no elimina su responsabilidad. Además, dado que la Compañía C es una entidad continua, el DOJ y la SEC pueden imponer un monitoreo para garantizar que el soborno haya cesado y se desarrolle un programa de cumplimiento para prevenir futuras conductas indebidas.

Principios adicionales de responsabilidad penal por violaciones antisoborno: Complicidad y conspiración

Según las leyes federales estadounidenses, los individuos o empresas que ayudan o incitan a la comisión de un delito, incluyendo una violación del FCPA, son tan culpables como si hubieran cometido el delito directamente. El estatuto sobre complicidad establece que quien "cometa un delito contra los EE. UU. o que ayude, instigue, aconseje, ordene, induzca o procure su comisión", o "intencionalmente haga que se realice un acto que si lo realiza directamente él u otro sería un delito contra los EE. UU.", es castigable como autor principal.[203] La complicidad no es un delito independiente, y el gobierno debe demostrar que se cometió una violación subyacente del FCPA.[204]

Según los principios normales de responsabilidad por conspiración, los individuos y empresas, incluyendo las empresas y personas extranjeras, también pueden ser responsables de conspirar para violar el FCPA, es decir, por aceptar cometer una violación del FCPA—incluso si no son o no podrían ser acusados de forma independiente de una violación sustantiva del FCPA. Por ejemplo, una empresa extranjera no emisora podría ser condenada por conspirar con una persona natural o jurídica doméstica para violar el FCPA. Bajo ciertas circunstancias, también podría ser considerada responsable de las violaciones sustanciales del FCPA por parte de la persona natural o jurídica doméstica conforme al caso *Pinkerton v. United States*, que responsabiliza al acusado por delitos razonablemente previsibles cometidos por un cómplice en apoyo de una conspiración a la que se unió el acusado.[205]

Una empresa o individuo extranjero puede ser considerado responsable por ayudar e incitar a una violación del FCPA o por conspirar para violar el FCPA, incluso si la empresa o individuo extranjero

no tomó ningún acto para promover el pago corrupto mientras se encontraba en el territorio de los EE. UU. En los casos de conspiración, los EE. UU. generalmente tienen jurisdicción sobre todos los conspiradores cuando al menos un conspirador es una emisora, una persona natural o jurídica doméstica o comete un acto manifiesto razonablemente previsible dentro de los EE. UU.[206] Por ejemplo, si una empresa o individuo extranjero conspira para violar el FCPA con alguien que comete un acto manifiesto dentro de los EE. UU., los EE. UU. pueden procesar a la empresa o individuo extranjero por la conspiración. El mismo principio se aplica a violaciones por complicidad. Por ejemplo, a pesar de no tomar ninguna acción en los EE. UU., las empresas japonesas y europeas fueron acusadas de conspirar y de ayudar e incitar a las violaciones del FCPA por parte de una persona natural o jurídica doméstica.[207]

Sin embargo, en el caso *United States v. Hoskins*, el Segundo Circuito abordó la cuestión de si los individuos que no están directamente cubiertos por las disposiciones antisoborno del FCPA podrían, no obstante, ser culpables de conspirar para violar o de ayudar e incitar a la violación de las disposiciones antisoborno del FCPA, y concluyó que no podían.[208] Por lo tanto, al menos en el Segundo Circuito, un individuo puede ser procesado penalmente por conspiración para violar las disposiciones antisoborno del FCPA o por ayudar e incitar a una violación de las disposiciones antisoborno del FCPA solo si la conducta y el rol del individuo caen en una de las categorías específicamente enumeradas que consten expresamente en las disposiciones antisoborno del FCPA.

Al menos un tribunal de distrito de otro circuito ha rechazado el razonamiento de la decisión del caso *Hoskins* y ha concluido que los acusados podrían ser responsables penalmente por conspiración para violar las disposiciones antisoborno del FCPA, y de ayudar e incitar a una violación, aunque no "pertenezcan a la clase de individuos capaces de cometer una violación sustantiva del FCPA".[209]

Principios adicionales de responsabilidad civil por violaciones antisoborno: Complicidad y causalidad

Tanto las empresas como los individuos pueden ser considerados civilmente responsables por ayudar e incitar a violaciones antisoborno del FCPA si, a sabiendas o imprudentemente, brindan asistencia sustancial a un infractor.[210] De manera similar, en el contexto del procedimiento administrativo, las empresas e individuos pueden ser considerados responsables de causar violaciones del FCPA.[211] Esta responsabilidad se extiende a las subsidiarias y agentes de emisoras estadounidenses.

En un caso, la subsidiaria estadounidense de una empresa de transporte de carga suiza fue considerada civilmente responsable por el pago de sobornos en nombre de sus clientes en varios países.[212] Aunque la subsidiaria estadounidense no era una emisora para los fines del FCPA, era un "agente" de varias emisoras estadounidenses. Al pagar sobornos en nombre de los clientes de sus emisoras, la subsidiaria violó directamente el FCPA y ayudó e instigó a las violaciones del FCPA de las emisoras.

¿Cuál es el plazo de prescripción aplicable?

La prescripción en casos penales

Las disposiciones antisoborno y de contabilidad del FCPA no especifican una prescripción para acciones penales. En consecuencia, se aplican los períodos de prescripción generales. Para violaciones sustantivas de las disposiciones antisoborno del FCPA, se aplica el período de prescripción de cinco años establecido en 18 U.S.C. § 3282.[213] Para las violaciones de las disposiciones de contabilidad del FCPA, que se definen como "delito[s] de fraude de valores" conforme a 18 U.S.C. § 3301, hay un período de prescripción de seis años.[214]

En los casos que involucran conspiraciones en materia del FCPA, el gobierno puede alcanzar conductas que ocurran antes del período de prescripción general aplicable a conspiraciones conforme a 18 U.S.C. § 371. Para los delitos de conspiración, el gobierno generalmente necesita probar solo que un acto en apoyo de la conspiración ocurrió durante el período de prescripción, lo que permite al gobierno procesar los sobornos pagados o las violaciones de contabilidad que ocurran más de cinco o seis años, respectivamente, antes de la presentación de cargos formales.[215]

Hay al menos dos formas en las que se suele extender el período de prescripción aplicable. Primero, las empresas o individuos que cooperan con el DOJ pueden celebrar un acuerdo de suspensión que amplíe voluntariamente el período de prescripción. Las empresas e individuos pueden optar por hacer esto para que tengan tiempo adicional para hacer su propia investigación de la conducta, así como para darles la oportunidad de reunirse con el gobierno para hablar del caso e intentar llegar a una resolución negociada. En segundo lugar, conforme a 18 U.S.C. § 3292, el gobierno puede solicitar una orden judicial que suspenda el período de prescripción en un caso penal hasta por tres años para obtener pruebas de países extranjeros. Por lo general, el período de suspensión comienza cuando el gobierno de los EE. UU. realiza la solicitud oficial a la autoridad extranjera y finaliza el día en que la autoridad extranjera toma la acción final sobre la solicitud, o en tres años, el que ocurra primero.[216]

La prescripción en casos civiles

En los casos civiles presentados por la SEC, la prescripción está establecida por 28 U.S.C. § 2462, que establece una prescripción de cinco años en cualquier "demanda o procedimiento para el hacer cumplir cualquier multa, sanción o decomiso civil". El período de cinco años comienza a correr "cuando el reclamo se acumuló por primera vez". El período de prescripción de cinco años se aplica a las acciones de la SEC que buscan sanciones civiles, pero no impide que la SEC busque recursos equitativos, como una orden de prohibición, por conductas anteriores al período de cinco años. En el caso *Kokesh v. SEC*, la Corte Suprema de los EE. UU. dictaminó que, debido a que la medida de devolución de ganancias constituye una "sanción", por lo tanto, está sujeta a la prescripción de cinco años en 28 U.S.C. § 2462.[217]

Para los casos en contra de individuos que no son residentes de los EE. UU., la prescripción se suspende por cualquier período en el que los acusados no "se encuentren dentro de los EE. UU. para que se pueda realizar la notificación oficial adecuada".[218] Además, las empresas o individuos pueden celebrar acuerdos de suspensión que amplíen voluntariamente el período de prescripción.

EL FCPA: DISPOSICIONES DE CONTABILIDAD

Además de las disposiciones antisoborno, el FCPA contiene disposiciones de contabilidad aplicables a las empresas que cotizan en bolsa. Las disposiciones de contabilidad del FCPA operan en conjunto con las disposiciones antisoborno[219] y prohíben la contabilidad fuera de los libros. La administración de la empresa y los inversionistas confían en los estados financieros de la empresa y los controles internos contables para garantizar la transparencia en la salud financiera de la empresa, los riesgos asumidos y las transacciones entre la empresa y sus clientes y socios comerciales. Las disposiciones de contabilidad están diseñadas para "fortalecer la precisión de los libros y registros corporativos y la confiabilidad del proceso de auditoría que constituyen los cimientos de nuestro sistema de divulgación corporativa".[220]

Las disposiciones de contabilidad constan de dos componentes principales. En primer lugar, según la disposición de "libros y registros", las emisoras deben crear y mantener libros, registros y cuentas que, con un nivel de detalle razonable, reflejen de forma precisa y justa las transacciones de una emisora y las disposiciones de sus activos.[221] En segundo lugar, según la disposición de "controles internos", las emisoras deben diseñar y mantener un sistema de control interno contable suficiente para asegurar el control, la autoridad y la responsabilidad de la administración sobre los activos de la empresa.[222] Estos componentes, y otros aspectos de las disposiciones de contabilidad, se analizan con mayor detalle a continuación.

Aunque las disposiciones de contabilidad se promulgaron originalmente como parte del FCPA, no se aplican solo a violaciones relacionadas con el soborno. Más bien, las disposiciones de contabilidad requieren que todas las empresas que cotizan en bolsa contabilicen todos sus activos y pasivos con precisión y con un nivel de detalle razonable, y constituyen la columna vertebral de la mayoría de los casos de fraude contable y divulgación de la emisora presentados por el DOJ y la SEC.[223]

> En el pasado, "el soborno corporativo se ha ocultado mediante la falsificación de libros y registros corporativos" y las disposiciones de contabilidad "eliminan [] esta vía de encubrimiento".
>
> *Informe del Senado No. 95-114, at 3 (1977)*

¿Qué cubren las disposiciones de contabilidad?

Disposición de libros y registros

Los sobornos, tanto extranjeros como nacionales, a menudo se caracterizan incorrectamente en los libros y registros de las empresas. La sección 13(b)(2)(A) del Exchange Act (15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A)), comúnmente llamada la disposición de "libros y registros", requiere que las emisoras "hagan y mantengan libros, registros y cuentas que, con un nivel detalle razonable, reflejen de forma precisa y justa las transacciones y disposiciones de los activos de la emisora".[224] La calificación de "con un nivel de detalle razonable" fue adoptada por el Congreso "a la luz de la preocupación de que tal estándar, si no está calificado, podría connotar un grado de exactitud y precisión que no es realista".[225] La adición de esta frase tenía la intención de dejar en claro "que los registros de la emisora deben reflejar las transacciones de conformidad con los métodos aceptados de registrar eventos económicos y prevenir eficazmente los "fondos para sobornos" fuera de libros y los pagos de sobornos.[226]

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

Aunque el estándar es de un nivel de detalle razonable, nunca es apropiado caracterizar incorrectamente las transacciones en los libros y registros de una empresa.[229] Los sobornos a menudo se ocultan bajo la apariencia de pagos legítimos, como comisiones u honorarios de consultoría.

En los casos en los que no se cumplen todos los elementos de una violación de las disposiciones antisoborno—cuando, por ejemplo, no se utilizó el comercio interestatal—las empresas pueden ser en todo caso responsables si los pagos indebidos se registran de manera inexacta. De acuerdo con el enfoque del FCPA para prohibir pagos de cualquier valor que se realicen con un propósito corrupto, no existe un umbral de materialidad bajo la disposición de libros y registros. En combinación con la disposición de controles internos, el requisito de que las emisoras mantengan libros y registros que reflejen de manera precisa y justa las transacciones de la empresa "asegura, entre otras cosas, que los activos de la emisora se utilizan para fines corporativos adecuados".[230] Al igual que con las disposiciones antisoborno, la aplicación de la disposición de libros y registros por parte del DOJ y la SEC ha implicado típicamente informes erróneos de grandes pagos de sobornos o un registro inexacto generalizado de pagos más pequeños hechos como parte de un patrón sistemático de soborno, y tanto el DOJ como la SEC miran la naturaleza y la gravedad de la conducta para determinar si se debe emprender una acción de cumplimiento.

Los sobornos se han caracterizado incorrectamente como:

- Comisiones o regalías
- Honorarios de consultoría
- Gastos de ventas y mercadotecnia
- Incentivos o estudios científicos
- Gastos de viaje y entretenimiento
- Reembolsos o descuentos
- Honorarios por servicios posventa
- Gastos misceláneos
- Retiros de caja chica
- Bienes gratuitos
- Cuentas entre compañías
- Pagos a proveedores / vendedores
- Cancelaciones
- Pagos de "intervención aduanera"

Disposición de controles internos contables

El pago de sobornos a menudo ocurre en empresas que tienen entornos débiles del control interno contable. Los controles internos sobre la información financiera son los procesos utilizados por las empresas para proporcionar garantías razonables con respecto a la confiabilidad de la información financiera y la preparación de los estados financieros. Estos incluyen varios componentes, tales como: un ambiente de control que cubre el tono establecido por la organización en cuanto a la integridad y la ética; evaluaciones de riesgo; actividades de control que cubren las políticas y procedimientos diseñados para asegurar que se lleven a cabo las directivas administrativas (por ejemplo, aprobaciones, autorizaciones, conciliaciones y segregación de funciones); información y comunicación; y monitoreo. La sección 13(b)(2)(B) del Exchange Act (15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B)), comúnmente denominada la disposición de "controles internos", requiere a las emisoras: diseñar y mantener un sistema de control interno contable suficiente para proporcionar garantías razonables de que—

- (i) las transacciones son ejecutadas de acuerdo con la autorización general o específica de la administración;
- (ii) las transacciones se registran según sea necesario (I) para permitir la preparación de estados financieros de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados o cualquier otro criterio aplicable a dichos estados, y (II) para mantener la responsabilidad por los activos;
- (iii) el acceso a los activos está permitido solo de acuerdo con la autorización general o específica de la administración; y
- (iv) la contabilidad registrada de los activos se compara con los activos existentes a intervalos razonables y se toman las medidas adecuadas con respecto a cualquier diferencia....[231]

Al igual que el requisito de "detalle razonable" en la disposición de libros y registros, la Ley define "garantías razonables" como "el nivel de detalle y grado de garantía que puedan satisfacer a los ejecutivos prudentes en la conducción de sus propios asuntos".[232]

La Ley no especifica un conjunto particular de controles que las empresas deben implementar. Más bien, la disposición de control interno contable brinda a las empresas la flexibilidad para desarrollar y mantener un sistema de controles que sea apropiado para sus necesidades y circunstancias particulares.

Aunque los controles internos contables de una empresa no son sinónimos del programa de cumplimiento de una empresa, un programa de cumplimiento efectivo contiene una serie de componentes que pueden superponerse con un componente crítico de los controles internos contables de una emisora. Fundamentalmente, el diseño de los controles internos de una empresa debe tomar en cuenta las realidades operativas y los riesgos asociados al negocio de la empresa, tales como: la naturaleza de sus productos o servicios; cómo los productos o servicios llegan al mercado; la naturaleza de su fuerza laboral;

el grado de regulación; el alcance de su interacción con el gobierno; y el grado en que tiene operaciones en países con alto riesgo de corrupción. Así como los controles internos contables de una empresa se adaptan a sus operaciones, su programa de cumplimiento debe adaptarse a los riesgos específicos de sus operaciones. Las empresas cuyas operaciones las exponen a un alto riesgo de corrupción necesariamente diseñarán y emplearán programas de cumplimiento diferentes a los de empresas con una menor exposición a la corrupción, tal y como se esperaría que una empresa de servicios financieros diseñe y emplee controles internos contables diferentes a los de un fabricante.

Las empresas con controles internos ineficaces a menudo enfrentan riesgos de malversación y actos en interés propio por parte de los empleados, soborno comercial, problemas de control de exportaciones y violaciones de otras leyes estadounidenses y locales.

Un caso de 2008 contra un fabricante alemán de productos industriales y de consumo ilustra un problema sistémico de controles internos que involucra soborno, sin precedentes en escala y alcance geográfico.

Desde el 2001 hasta el 2007, la empresa creó esquemas de pago elaborados—incluidos "fondos para sobornos", cuentas no registradas en los libros y pagos sistemáticos a consultores empresariales y otros intermediarios—para facilitar el soborno. Los pagos se realizaron de manera que oscurecieron su propósito y los destinatarios finales del dinero. En algunos casos, los empleados obtuvieron grandes cantidades de efectivo de las cajas registradoras y luego lo transportaron en maletas a través de las fronteras internacionales. Las autorizaciones para algunos pagos se colocaron en notas adhesivas y luego se eliminaron para evitar cualquier registro permanente. La empresa realizó pagos por un total aproximado de 1.36 mil millones de dólares a través de varios mecanismos, incluidos 805.5 millones de dólares como sobornos y 554.5 millones de dólares con fines desconocidos.[233] La empresa fue acusada de violaciones de controles internos y de libros y registros, además de violaciones antisoborno, y tuvo que pagar más de 1.6 mil millones de dólares para resolver el caso con las autoridades de los EE. UU. y Alemania.[234]

Los tipos de fallas sobre control interno, identificados en el ejemplo anterior, existen en muchos otros casos en los que se acusó a las empresas de violaciones de controles internos.[235] Un caso de 2010 contra un fabricante multinacional de automóviles involucró sobornos que ocurrieron durante un largo período de tiempo en varios países.[236] En ese caso, la empresa utilizó docenas de cuentas contables, conocidas internamente como "cuentas internas de terceros", para mantener saldos acreedores en beneficio de los funcionarios gubernamentales.[237] Las cuentas se financiaron a través de varios mecanismos de fijación de precios falsos, tales como "recargos de precios", "inclusiones de precios" o comisiones excesivas.[238] La empresa también utilizó descuentos o rebajas artificiales en los contratos de venta para generar el dinero para pagar los sobornos.[239] Los sobornos también se realizaron a través de intermediarios de ventas falsos y socios comerciales corruptos, así como mediante el uso de cajas registradoras.[240] Los ejecutivos de ventas obtenían efectivo de la empresa en cantidades tan altas como cientos de miles de dólares, lo que permitía a la empresa ocultar el propósito y los destinatarios del dinero pagado a los funcionarios gubernamentales.[241] Además de los cargos de soborno, la empresa fue acusada de violaciones de controles internos y libros y registros.

Buenos controles internos contables pueden prevenir no solo violaciones del FCPA, sino también otras conductas ilegales o poco éticas por parte de la empresa, sus subsidiarias y sus empleados. El DOJ y la SEC han presentado repetidamente casos del FCPA que involucraron también otros tipos de

conducta indebida, tales como fraude financiero,[242] soborno comercial,[243] violaciones de controles de exportación[244] y malversación de fondos o actos en interés propio por parte de los empleados de la empresa.[245]

Violaciones potenciales sobre rendimiento de informes y antifraude

Las emisoras tienen obligaciones sobre rendimiento de informes conforme a la sección 13(a) del Exchange Act, que requiere que las emisoras presenten un informe anual que contenga información exhaustiva sobre la emisora. La falta de divulgación adecuada de información material sobre el negocio de la emisora, incluyendo los ingresos, gastos, ganancias, activos o pasivos materiales relacionados con el soborno de funcionarios de gobierno extranjeros, puede dar lugar a violaciones antifraude y sobre rendimiento de informes de conformidad con las secciones 10(b) y 13(a) del Exchange Act.

Por ejemplo, una empresa de tecnología con sede en California fue acusada de violaciones de la obligación de rendir informes, además de violaciones a las disposiciones antisoborno y de contabilidad del FCPA, cuando su esquema de soborno dio lugar a declaraciones erróneas sustantivas en sus presentaciones ante la SEC.[246] A la empresa se le adjudicaron contratos adquiridos a través del soborno de funcionarios chinos que generaron ingresos y ganancias sustantivos. Los ingresos y las ganancias ayudaron a la empresa a compensar las pérdidas que incurrieron para desarrollar nuevos productos que se esperaba que se convirtieran en la fuente futura de crecimiento de los ingresos de la empresa. La empresa registró indebidamente los pagos de sobornos como gastos de comisión de ventas en sus libros y registros.

Las empresas involucradas en sobornos también pueden estar involucradas en actividades que violen las disposiciones antifraude y sobre el rendimiento de informes. Por ejemplo, una empresa de oleoductos y gasoductos y sus empleados perpetraron unesquema de larga duración para utilizar las cuentas de caja chica de la empresa en Nigeria para realizar una variedad de pagos corruptos a funcionarios fiscales y judiciales nigerianos utilizando facturas falsas.[247] La empresa y sus empleados también participaron en un esquema fraudulento para minimizar las obligaciones fiscales de la empresa en Bolivia mediante el uso de facturas falsas para reclamar compensaciones falsas a sus obligaciones de impuesto al valor agregado. El esquema resultó en exageraciones sustanciales de los ingresos netos de la empresa en los estados financieros de la empresa, lo que violó las disposiciones antifraude y de rendimiento de informes del Exchange Act. Ambos esquemas también violaron las disposiciones de libros y registros y de controles internos.

¿Cuáles son las otras obligaciones de la administración?

Ley Sarbanes-Oxley de 2002

En 2002, en respuesta a una serie de escándalos sobre contabilidad que involucraron a empresas estadounidenses, el Congreso promulgó la Ley Sarbanes-Oxley (Sarbanes-Oxley o SOX),[248] que fortaleció los requisitos de contabilidad para las emisoras. Todas las emisoras deben cumplir con los requerimientos de Sarbanes-Oxley, varios de los cuales tienen implicaciones con respecto al FCPA.

Sección 302 de SOX (15 U.S.C. § 7241) — Responsabilidad de los funcionarios corporativos por la precisión y validez de los informes financieros corporativos

La sección 302 de Sarbanes-Oxley requiere que los "funcionarios principales" de una empresa (normalmente el director general (CEO) y el director financiero (CFO)) asuman la responsabilidad y certifiquen la integridad de los informes financieros de su empresa trimestralmente. Según la regla 13a-14 del Exchange Act, que comúnmente se denomina regla de la "certificación SOX", cada informe periódico presentado por una emisora debe incluir una certificación firmada por el director ejecutivo principal y el director financiero principal de la emisora que indique, entre otras cosas, que (i) con

base en el conocimiento del funcionario, el informe no contiene declaraciones erróneas u omisiones sustantivos; (ii) con base en el conocimiento del funcionario, los estados financieros pertinentes son precisos en todos los aspectos sustantivos; (iii) los controles internos están adecuadamente diseñados; y (iv) los funcionarios certificadores han divulgado al comité de auditoría de la emisora y a los auditores todas las deficiencias significativas de control interno.

Sección 404 de SOX (15 U.S.C. § 7262)—Informes sobre el estado de los controles internos de una empresa sobre los informes financieros

Sarbanes-Oxley también reforzó las divulgaciones requeridas por una empresa con respecto al estado de sus controles internos sobre los informes financieros. Según la sección 404, las emisoras deben presentar en sus informes anuales la conclusión de la administración con respecto a la efectividad de los controles internos de la empresa sobre los informes financieros. Esta declaración también debe evaluar la efectividad de dichos controles y procedimientos internos. Además, el auditor independiente de la empresa debe certificar e informar sobre su evaluación de la efectividad de los controles internos de la empresa sobre los informes financieros.

Como lo indica la sección 404, la SEC ha adoptado reglas que requieren que las emisoras y sus auditores independientes informen al público sobre la efectividad de los controles internos de la empresa sobre los informes financieros.[249] Estos controles internos incluyen aquellos relacionados con actos ilegales y fraude, incluyendo los actos de soborno—que podría resultar en una declaración errónea sustantiva de los estados financieros de la empresa.[250] En 2007, la SEC publicó directrices relativas a los controles sobre la presentación de información financiera.[251]

Sección 802 de SOX (18 U.S.C. §§ 1519 y 1520)—Sanciones penales por alterar documentos

La sección 802 de Sarbanes-Oxley prohíbe alterar, destruir, mutilar, ocultar o falsificar registros, documentos u objetos tangibles con la intención de obstruir, impedir o influir en una investigación federal potencial o real. Esta sección también se prohíbe a cualquier contador violar a sabiendas y deliberadamente el requisito de que todos los documentos de auditoría o revisión se mantengan por un período de cinco años.

¿Quién está cubierto por las disposiciones de contabilidad?

Responsabilidad civil de emisoras, subsidiarias y filiales

Las disposiciones de contabilidad del FCPA aplican a toda emisora que tenga registrada una clase de valores de conformidad con la sección 12 del Exchange Act o que esté obligada a presentar informes anuales u otros informes periódicos de conformidad con la sección 15(d) del Exchange Act.[252] Estas disposiciones aplican a cualquier emisora cuyos valores se coticen en una bolsa de valores nacional en los EE. UU., incluyendo las emisoras extranjeras con Recibos de Depósito expedido por un Banco Norteamericano[253] cotizados en bolsa. También aplican a las empresas cuyas acciones cotizan en el mercado extrabursátil (*over-the-counter*) en los EE. UU. y que presentan informes periódicos a la Comisión, tales como informes anuales y trimestrales. A diferencia de las disposiciones antisoborno del FCPA, las disposiciones de contabilidad no aplican a las empresas que no cotizan en bolsa.[254]

Aunque las disposiciones de contabilidad del FCPA están dirigidas a las "emisoras", los libros y registros de una emisora incluyen los de sus subsidiarias y filiales consolidadas. Por lo tanto, la responsabilidad de una emisora se extiende a asegurar que las subsidiarias o filiales bajo su control, incluyendo las subsidiarias extranjeras y sociedades conjuntas, cumplan con las disposiciones de contabilidad. Por ejemplo, el DOJ y la SEC

entablaron acciones de cumplimiento contra una empresa de California por violar las disposiciones de contabilidad del FCPA cuando dos sociedades conjuntas chinas en las que era socia pagaron más de 400 mil de dólares en concepto de sobornos durante un período de cuatro años para obtener negocios en China.[255] El personal de ventas en China realizó los pagos ilícitos obteniendo adelantos en efectivo del personal de contabilidad, quien registró los pagos en los libros como "honorarios comerciales" o gastos de "viajes y entretenimiento". Aunque los pagos fueron realizados exclusivamente en China por empleados chinos de la sociedad conjunta, la empresa de California no tuvo controles internos adecuados y no actuó ante las señales de alerta que indicaban que sus afiliadas estaban involucradas en sobornos. La empresa de California pagó 1.15 millones de dólares en concepto de devolución de ganancias y una sanción monetaria penal de 1.7 millones de dólares.

Es posible que las empresas no puedan ejercer el mismo nivel de control sobre una subsidiaria o afiliada de propiedad minoritaria que sobre una entidad de propiedad mayoritaria o total. Por lo tanto, si una empresa matriz es propietaria del 50% o menos de una subsidiaria o afiliada, la matriz solo está obligada a utilizar esfuerzos de buena fe para hacer que la subsidiaria o afiliada de propiedad minoritaria elabore y mantenga un sistema de controles contables internos consistente con las obligaciones propias de la emisora conforme al FCPA.[256] Al evaluar los esfuerzos de buena fe de una emisora, todas las circunstancias—incluyendo "el grado relativo de propiedad de la emisora de la empresa nacional o extranjera y las leyes y prácticas que rigen las operaciones comerciales del país en el que dicha empresa se encuentra localizada"—se toman en cuenta.[257]

Responsabilidad civil de personas naturales y otras entidades

Las empresas (incluyendo las subsidiarias de las emisoras) y los individuos también pueden enfrentar responsabilidad civil por ayudar, instigar o causar la violación de las disposiciones de contabilidad por parte de una emisora.[258] Por ejemplo, en abril de 2010, la SEC acusó a cuatro individuos–un gerente nacional, un vicepresidente senior de ventas, un director financiero regional y un contralor internacional de una emisora de los EE. UU.—por sus roles en los esquemas para sobornar a funcionarios gubernamentales de Kirguistán y Tailandia para comprar tabaco a su empleador. La demanda alegaba que, entre otras cosas, los individuos ayudaron e incitaron a las violaciones de las disposiciones de libros y registros y de controles internos por parte de la empresa emisora, al "proporcionar a sabiendas asistencia sustancial" a la empresa matriz.[259] Los cuatro ejecutivos resolvieron los cargos contra ellos, consintiendo a la emisión de sentencias definitivas que les prohíben permanentemente violar las disposiciones de contabilidad y antisoborno, y dos ejecutivos pagaron sanciones civiles.[260] Al igual que en otras áreas de las leyes federales de valores, los funcionarios corporativos también pueden ser considerados responsables como personas de control.[261]

De manera similar, en octubre de 2011, la SEC inició una acción contra un fabricante estadounidense de válvulas de agua y un ex empleado de la subsidiaria china de la empresa por violaciones a las disposiciones de contabilidad del FCPA.[262] La subsidiaria china había realizado pagos indebidos a empleados de ciertos institutos de diseño para crear especificaciones de diseño que favorecían los productos de válvulas de la empresa. Los pagos se disfrazaron como comisiones de venta en los libros y registros de la subsidiaria, causando así que los libros y registros de la emisora de los EE. UU. sean inexactos. Se ordenó al gerente general de la subsidiaria, que aprobó los pagos y que sabía o debería haber sabido que dichos pagos se habían registrados indebidamente, que cesara y desistiera de cometer o causar violaciones a las disposiciones de contabilidad, entre otros cargos.[263]

Además, los individuos y entidades pueden ser consideradas directa y civilmente responsables por falsificar los libros y registros de una emisora o por eludir los controles internos. La Regla 13b2-1 del Exchange Act establece: "Ninguna persona, directa o indirectamente, falsificará o hará que se falsifique, ningún libro, registro o cuenta sujeta a [la disposición de libros y registros] del Exchange Act".[264] Y la sección 13(b)(5) del Exchange Act (15 U.S.C. § 78m(b)(5)) establece que "[n]inguna persona eludirá a sabiendas u omitirá a sabiendas implementar un sistema de controles contables internos o falsificará a sabiendas cualquier libro, registro, o cuenta".[265] El Exchange Act define "persona" para incluir a una "persona natural, empresa, gobierno o subdivisión política, agencia o instrumentalidad de un gobierno".[266]

Los funcionarios y directores de una emisora también pueden ser considerados civilmente responsables por realizar declaraciones falsas al auditor de una empresa. La Regla 13b2-2 del Exchange Act prohíbe a los funcionarios y directores hacer (o hacer que se hagan) declaraciones falsas o engañosas en lo fundamental, incluyendo una omisión de hechos sustantivos, a un contador. Esta responsabilidad surge en relación con cualquier auditoría, revisión o examen de los estados financieros de una empresa o en relación con la presentación de cualquier documento con la SEC.[267]

Finalmente, el ejecutivo principal y el ejecutivo financiero principal, o las personas que desempeñen funciones similares, pueden ser considerados responsables por violar la Regla 13a-14 del Exchange Act si firman certificaciones personales falsas requeridas por SOX. Así, por ejemplo, en enero de 2011, la SEC acusó al ex director general de una emisora estadounidense por su participación en esquemas para sobornar a funcionarios gubernamentales iraquíes en relación con el Programa de Petróleo por Alimentos de las Naciones Unidas y para sobornar a funcionarios iraquíes e indonesios para comprar los aditivos de combustible de la empresa. Allí, la empresa utilizó facturas falsas y contratos de consultoría ficticios para respaldar grandes sobornos que se entregaron a funcionarios extranjeros a través de un agente, y los sobornos se caracterizaron erróneamente como comisiones legítimas y tarifas de viaje en los libros y registros de la empresa. El ejecutivo ordenó y autorizó los pagos del soborno y su registro falso en los libros y registros. También firmó certificaciones anuales y trimestrales de SOX en las que manifestó falsamente que los estados financieros de la empresa se presentaron de manera justa y que los controles internos de la empresa estaban diseñados adecuadamente, así como declaraciones anuales a los auditores externos de la empresa donde afirmó falsamente que cumplía con el código de ética de la empresa y desconocía cualquier violación del código de ética por parte de ninguna otra persona. El ejecutivo fue acusado de ser cómplice de violaciones de las disposiciones de los libros y registros y de controles internos, de eludir los controles internos, de falsificar libros y registros, de hacer declaraciones falsas a los contadores y de firmar certificaciones falsas.[268] Él consintió en la emisión de una orden de prohibición y la devolución de ganancias y una sanción civil.[269] Él también se declaró culpable más tarde, en el Reino Unido, de conspirar para corromper a funcionarios gubernamentales iraquíes e indonesios.[270]

Responsabilidad penal por violaciones de contabilidad

Se puede imponer responsabilidad penal a empresas e individuos por no cumplir a sabiendas y deliberadamente con las disposiciones de libros y registros y de controles internos del FCPA.[271]

Por ejemplo, un fondo de cobertura con sede en los EE. UU. fue acusado penalmente de violar las disposiciones de libros y registros y de controles contables internos del FCPA, entre otras cosas. Como parte de su acuerdo de enjuiciamiento diferido, la empresa admitió haber falsificado sus libros y registros mediante la falsificación de registros relacionados con la contratación y naturaleza de los servicios y pagos a un intermediario que utilizó en Libia con el fin de ocultar la verdadera

naturaleza de los pagos. Además, el fondo de cobertura admitió que no implementó un sistema de controles internos relacionados con la debida diligencia para la contratación de intermediarios de terceros, la autorización previa y la aprobación de acuerdos con terceros y agentes, la notificación a clientes y posibles clientes de acuerdos con terceros que tuviesen un impacto en los acuerdos del cliente, la documentación y la prueba de los servicios prestados por los terceros, la auditoría de activos y operaciones en áreas que presentaban un alto riesgo de corrupción, el aseguramiento de una justificación adecuada para el uso y el pago a las entidades nominadas, y la supervisión de los procesos de pago para garantizar que los pagos se hicieran de conformidad con los controles apropiados.[272] De manera similar, una empresa de electrónica con sede en los EE. UU. celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido para resolver los cargos de que, a sabiendas y deliberadamente, hizo que la emisora, su matriz japonesa, falsificara sus libros y registros en relación con la contratación indebida de consultores y el ocultamiento de pagos a agentes de ventas de terceros. Como parte de su acuerdo, la empresa admitió que contrató a ciertos supuestos consultores que realizaron poco o ningún trabajo de consultoría real, a través de un proveedor de servicios externo y pagó por esos servicios con un presupuesto sobre el cual un alto ejecutivo tenía total control y discreción, sin una supervisión significativa por parte de nadie en la empresa o la matriz. Al caracterizar erróneamente estos pagos como "pagos a consultores" en su libro mayor, la empresa hizo que su emisora-matriz los designara incorrectamente esos pagos como "gastos administrativos generales y de venta" en sus libros, registros y cuentas. Además, la empresa admitió que sus altos ejecutivos proporcionaron declaraciones falsas o incompletas sobre la efectividad de los controles internos de la empresa a la matriz en sus certificaciones de Sarbanes-Oxley.[273]

Los individuos pueden ser considerados responsables penalmente por violaciones de contabilidad. Por ejemplo, un exdirector gerente del negocio inmobiliario de un banco estadounidense en China se declaró culpable de conspirar para evadir los controles contables internos a fin de transferir una participación multimillonaria en dólares, en la propiedad de un edificio de Shanghái a él mismo y a un funcionario público chino con quien tenía una amistad personal. El exdirector gerente repetidamente hizo declaraciones falsas a su empleador sobre la transacción y los intereses de propiedad involucrados.[274]

Responsabilidad por conspiración y complicidad

Las empresas (incluyendo las subsidiarias de emisoras) y los individuos pueden enfrentar responsabilidad penal por conspirar para cometer violaciones a las disposiciones de contabilidad o por ayudar e incitar a dichas violaciones.

Por ejemplo, la subsidiaria de una empresa con sede en Houston se declaró culpable tanto de conspirar para cometer violaciones de los libros y registros de la empresa y antisoborno como de ayudar e incitar a dichas violaciones.[275] La subsidiaria pagó sobornos por más de 4 millones de dólares y caracterizó falsamente los pagos como "comisiones", "honorarios" o "servicios legales", causando por lo tanto que los libros y registros de la empresa sean inexactos. Aunque la subsidiaria no era una emisora y, por lo tanto, no podía ser acusada directamente de una violación de contabilidad, era responsable penalmente de su participación en la violación de contabilidad de la empresa matriz.

De manera similar, una subsidiaria estadounidense de una empresa suiza de transporte de carga que no era una emisora fue acusada de conspirar para cometer violaciones de libros y registros de sus clientes y de ayudar e incitar a dichas violaciones; los clientes eran emisoras y, por lo tanto, estaban sujetos a las disposiciones de contabilidad del FCPA.[276] La subsidiaria estadounidense ayudó sustancialmente a la cliente-emisora a violar la disposición de libros y registros del FCPA al enmascarar la verdadera naturaleza de los pagos de soborno en las facturas que presentó

a la cliente-emisora.[277] Así, la subsidiaria enfrentó responsabilidad, aunque no estaba sujeta a las disposiciones de contabilidad del FCPA.

A diferencia de las disposiciones antisoborno del FCPA, las disposiciones de contabilidad se aplican a "cualquier persona" y, por lo tanto, no están sujetas al razonamiento de la decisión del Segundo Circuito en el caso *United States v. Hoskins*, que limita la responsabilidad por conspiración y complicidad conforme a las disposiciones antisoborno del FCPA.[278]

Obligaciones del auditor

Todas las empresas que cotizan en bolsa en los EE. UU. deben presentar estados financieros anuales que hayan sido preparados de conformidad con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de los EE. UU. (US GAAP, por sus siglas en inglés). Estos principios de contabilidad se encuentran entre los más completos del mundo. Los US GAAP requieren una contabilidad de todos los activos, pasivos, ingresos y gastos, así como divulgaciones exhaustivas sobre las operaciones y la situación financiera de la empresa. Los estados financieros de una empresa deben estar completos y representar fielmente la situación financiera de la empresa.[279] Por lo tanto, según los US GAAP, cualquier pago a funcionarios de gobierno extranjeros debe contabilizarse adecuadamente en los libros, registros y estados financieros de la empresa.

Las leyes de los EE. UU., incluyendo las Reglas de la SEC, requieren que las emisoras se sometan a una auditoría externa anual de sus estados financieros y que los pongan a disposición del público al presentarlos ante la SEC. Las reglas de la SEC y las reglas y estándares emitidos por la Junta de Supervisión Contable de Empresas que Cotizan en Bolsa (PCAOB, por sus siglas en inglés) bajo la supervisión de la SEC, requieren que los auditores externos sean independientes de las compañías que auditan. Los auditores independientes deben cumplir con las reglas y estándares establecidos por la PCAOB cuando realizan una auditoría de una empresa que cotiza en bolsa. Las normas de auditoría rigen, por ejemplo, la responsabilidad del auditor con respecto a errores sustantivos, irregularidades o actos ilegales de un cliente y sus funcionarios, directores y empleados. Además, el auditor tiene la responsabilidad de obtener un entendimiento de los controles internos sobre la información financiera de una entidad como parte de su auditoría, y debe comunicar todas las deficiencias significativas y debilidades sustantivos identificadas durante la auditoría a la administración y al comité de auditoría.[280]

Conforme a la sección 10A del Exchange Act, los auditores independientes que descubren un acto ilegal, como el pago de sobornos a funcionarios gubernamentales nacionales o extranjeros, tienen ciertas obligaciones en relación con sus auditorías de las empresas que cotizan en bolsa.[281] En general, la sección 10A requiere a los auditores que obtengan conocimiento de actos ilegales informe de dichos actos a los niveles apropiados dentro de la empresa y, si la empresa no toma las medidas adecuadas, notificar a la SEC.

OTRAS LEYES DE LOS EE. UU. RELACIONADAS

Las empresas e individuos deben estar conscientes de que las conductas que violen las disposiciones antisoborno o de contabilidad del FCPA también pueden violar otras leyes o regulaciones. Además, los pagos a funcionarios de gobierno extranjeros e intermediarios pueden violar estas leyes incluso si no están presentes todos los elementos de una violación del FCPA.

Travel Act

El Travel Act, 18 U.S.C. § 1952, prohíbe los viajes en el comercio interestatal o extranjero o el uso del correo o cualquier dispositivo en el comercio interestatal o extranjero, con la intención de distribuir el producto de cualquier actividad ilegal o para promover, administrar, establecer o llevar a cabo cualquier actividad ilegal.[282] "Actividad ilegal" incluye violaciones no solo del FCPA, sino también de las leyes estatales contra el soborno comercial. Por lo tanto, el soborno entre empresas comerciales que no coticen en bolsa puede, en algunas circunstancias, estar cubierto por el Travel Act. Dicho de otra manera, si una empresa paga sobornos a un empleado de una empresa que no cotice en bolsa y que no sea un funcionario extranjero, tal soborno entre entes privados posiblemente podría imputarse en virtud del Travel Act.

El DOJ ha formulado cargos previamente contra acusados individuales y corporaciones en casos del FCPA por violaciones del Travel Act.[283] Por ejemplo, un inversionista individual fue condenado por conspiración para violar el FCPA y el Travel Act en 2009, donde la "actividad ilegal" pertinente conforme al Travel Act era una violación del FCPA que involucraba un esquema de soborno en Azerbaiyán.[284] También en 2009, una empresa de California que participó en el soborno de funcionarios extranjeros en violación del FCPA y el soborno comercial en violación de la ley estatal de California se declaró culpable de conspiración para violar el FCPA y el Travel Act, entre otros cargos.[285]

Lavado de dinero

Muchos casos del FCPA también involucran violaciones de los estatutos antilavado de dinero.[286] Por ejemplo, dos ejecutivos de Florida de una empresa de telecomunicaciones con sede en Miami

fueron condenados por conducta relativa al FCPA y el lavado de dinero cuando realizaron transacciones financieras que involucraron el producto de actividades ilegales específicas—violaciones del FCPA, las leyes penales haitianas contra el soborno y el fraude electrónico—con el fin de ocultar y disfrazar estos ingresos.

En particular, aunque los funcionarios extranjeros no pueden ser procesados por violaciones del FCPA,[287] pueden ser procesados por violaciones de lavado de dinero cuando la actividad ilegal especificada es una violación del FCPA.[288]

Fraude postal y electrónico

Las leyes sobre fraude postal y electrónico también pueden resultar aplicables. En 2006, por ejemplo, una subsidiaria extranjera de propiedad absoluta de una emisora estadounidense se declaró culpable de cargos relativos al FCPA y al fraude electrónico en los que el esquema incluía cobrar en exceso a los clientes de la subsidiaria, tanto gubernamentales como privados, y usar parte del dinero cobrado en exceso para pagar comisiones ilícitas (*kickbacks*) a empleados de los clientes. Los cargos de fraude electrónico alegaban que la subsidiaria hizo que se transfirieran fondos desde la cuenta bancaria de su matriz en Oregón a cuentas bancarias fuera de los libros en Corea del Sur que estaban controladas por la subsidiaria. Los fondos, que ascendían a casi 2 millones de dólares, se pagaron luego a gerentes de empresas de producción de acero de propiedad estatal y privada en China y Corea del Sur como pagos ilegales de comisiones y comisiones ilícitas (*kickbacks*) disfrazados como reembolsos, comisiones y otros gastos aparentemente legítimos.[289]

Violaciones de certificación y rendimiento de informes

Ciertos otros requisitos de licencia, certificación y rendimiento de informes impuestos por el gobierno de los EE. UU. también pueden estar implicados en el contexto del soborno extranjero. Por ejemplo, como condición para facilitar préstamos directos y garantías de préstamos a un comprador extranjero de bienes y servicios estadounidenses, el Banco de Exportaciones-Importaciones de los EE. UU. requiere que el proveedor estadounidense realice certificaciones sobre comisiones, honorarios u otros pagos hechos en relación con la asistencia financiera y que no ha violado ni violará el FCPA.[290] Una certificación falsa puede dar lugar a responsabilidad penal por declaraciones falsas.[291]

De manera similar, los fabricantes, exportadores y corredores de ciertos artículos y servicios de defensa están sujetos a requisitos de registro, licencias y rendimiento de informes en virtud del Arms Export Control Act (AECA), 22 U.S.C. § 2751, *et seq*., y su reglamento, los International Traffic in Arms Regulations (ITAR), 22 C.F.R. § 120, *et seq*. Por ejemplo, según AECA e ITAR, todos los fabricantes y exportadores de artículos y servicios de defensa deben registrarse en la Dirección de Controles Comerciales de Defensa (DDTC, por sus siglas en inglés). La venta de artículos y servicios de defensa valorados en 500 mil de dólares o más desencadena requisitos de divulgación relacionados con honorarios y comisiones, incluyendo sobornos, por un monto total de 100 mil de dólares o más.[292] Las violaciones de AECA e ITAR pueden resultar en sanciones civiles y penales.[293]

Violaciones tributarias

Los individuos y empresas que violen el FCPA también pueden violar la legislación tributaria de los EE. UU., que prohíbe explícitamente las deducciones fiscales por sobornos, como las deducciones de "comisiones" por ventas falsas destinadas a ocultar pagos corruptos.[294] El Servicio de Impuestos Internos – Investigación Penal ha estado involucrado en un número de investigaciones de FCPA que involucran violaciones tributarias, así como otros delitos financieros como lavado de dinero.

PRINCIPIOS RECTORES DE CUMPLIMIENTO

¿Qué considera el DOJ al decidir si iniciará una investigación o presentará cargos?

Si el DOJ comenzará, rechazará o de otra manera resolverá un asunto del FCPA y cómo lo hará, se rige por sus *Principios de Enjuiciamiento Federal* (*Principles of Federal Prosecution*) en el caso de individuos, *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) *y Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA* (*FCPA Corporate Enforcement Policy*) en el caso de empresas.

Principios de Enjuiciamiento Federal del DOJ

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecidos en el Capítulo 9-27.000 del Manual de Justicia,[295] brindan orientación a los fiscales del DOJ con respecto a iniciar o declinar un enjuiciamiento, seleccionar cargos y negociar la declaración de culpabilidad. Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecen que los fiscales deben recomendar o iniciar un enjuiciamiento federal si la conducta del acusado presunto constituye un delito federal y la evidencia admisible probablemente será suficiente para obtener y sostener una condena a menos que: (1) ningún interés federal sustancial sea atendido por enjuiciamiento; (2) la persona está sujeta a enjuiciamiento efectivo en otra jurisdicción; o (3) existe una alternativa adecuada no penal al enjuiciamiento. Al evaluar la existencia de un interés federal sustancial, se aconseja al fiscal que "sopese todas las consideraciones pertinentes", incluyendo la naturaleza y la gravedad del delito; el efecto disuasorio del enjuiciamiento; la culpabilidad de la persona en relación con el delito; los antecedentes de actividad delictiva de la persona; la voluntad de la persona de cooperar con la investigación o enjuiciamiento de otros; y la condena u otras consecuencias probables si la persona es declarada culpable.

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* también establecen las consideraciones que se deben sopesar al decidir si se debe celebrar un acuerdo de admisión de culpabilidad con un acusado individual, incluida la naturaleza y gravedad del delito y la disposición de la persona a cooperar, así como la conveniencia de una pronta y cierta disposición del caso y los gastos del juicio y la apelación.[296]

Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales*, establecidos en el Capítulo 9-28.000 del Manual de Justicia,[297] brindan orientación con respecto a la resolución de casos relacionados con mala conducta corporativa. Los *Principios de Enjuiciamiento Federal de*

Organizaciones Comerciales reconocen que la resolución de casos penales corporativos por medios distintos a la acusación formal, incluyendo los acuerdos de no enjuiciamiento y enjuiciamiento diferido, puede ser apropiada en determinadas circunstancias. Se consideran diez factores al realizar una investigación, determinando si se debe acusar a una corporación y negociando una declaración de culpabilidad u otros acuerdos:

- la naturaleza y gravedad del delito, incluyendo el riesgo de daño al público;
- la omnipresencia de mala conducta dentro de la corporación, incluyendo la complicidad o la condonación de la mala conducta por parte de la administración corporativa;
- el historial de conducta indebida similar de la empresa, incluyendo las acciones judiciales penales, civiles y de cumplimiento regulatorio anteriores en su contra;
- la voluntad de la empresa de cooperar con la investigación del gobierno, incluyendo con respecto a posible mala conducta por parte de los agentes de la empresa;
- la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa en el momento de la violación, así como al momento de una decisión de acusación o resolución;
- la divulgación voluntaria y oportuna de la mala conducta por parte de la empresa;
- las acciones correctivas de la empresa, incluyendo cualquier esfuerzo para implementar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y efectivo o para mejorar uno existente, para reemplazar la administración responsable, para disciplinar o despedir a los malhechores, o para pagar restituciones;
- las consecuencias colaterales, incluyendo si existe un daño desproporcionado a los accionistas, titulares de pensiones, empleados y otras personas de quienes no se demuestre su culpabilidad personal, así como el impacto en el público, si alguno, derivado del enjuiciamiento;
- la idoneidad de los remedios, como las acciones de aplicación civil o regulatoria, incluyendo remedios resultantes de la cooperación de la empresa con las agencias gubernamentales pertinentes; y
- la idoneidad del enjuiciamiento de los individuos responsables de la mala conducta de la empresa.

Como lo ilustran estos factores, en muchas investigaciones será apropiado que un fiscal considere la conducta previa a la acusación de una empresa, incluida la divulgación voluntaria, cooperación y reparación, para determinar si debe solicitar una acusación. Al evaluar la cooperación de una empresa, los fiscales tienen prohibido solicitar materiales privilegiados entre abogado y cliente, con dos excepciones: cuando una corporación o su empleado afirma que actuó en virtud del asesoramiento de un abogado y cuando las comunicaciones entre el abogado y el cliente fueron en apoyo de un delito o fraude. De lo contrario, la cooperación de una organización solo puede evaluarse sobre la base de si divulgó los hechos pertinentes que subyacen a una investigación, y no sobre la base de si ha renunciado al secreto profesional entre abogado y cliente o la protección del producto del trabajo.[298]

Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA expedida por el DOJ

La *Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA* (*CEP*, por sus siglas en inglés), contenida en el Manual de Justicia, establece que, cuando una empresa divulga voluntariamente su conducta indebida, coopera plenamente y remedia oportuna y adecuadamente, se presumirá que el DOJ declinará el enjuiciamiento de la empresa en ausencia de circunstancias agravantes.[299] Las declinaciones del enjuiciamiento conforme a la *CEP* son públicas y están disponibles en la página web de la Unidad de Fraude en https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy/declinations. Las circunstancias agravantes que pueden justificar una resolución penal en lugar de declinar el enjuiciamiento incluyen, sin limitación: la participación de la dirección ejecutiva de la empresa en la conducta indebida; una ganancia significativa para la empresa por la conducta indebida; la propagación de la conducta indebida dentro de la empresa; y la reincidencia delictiva.[300] Incluso cuando existan circunstancias agravantes, el DOJ aún puede declinar el enjuiciamiento, como lo hizo en varios casos en los que la alta dirección participó en el esquema de soborno.[301]

Si una resolución penal es apropiada, mediante la cual una empresa divulga voluntariamente, coopera plenamente e instituye remedios oportunos y apropiados, el DOJ otorgará, o recomendará a un tribunal de condenas, una rebaja del 50% del límite inferior de la escala de multas de las Pautas de Sentencia de los EE. UU. (*U.S. Sentencing Guidelines*), excepto en el caso de un delincuente reincidente; y generalmente no requerirá la designación de un monitor si una empresa, en el momento de la resolución, ha implementado un programa de cumplimiento efectivo.[302]

La *CEP* también reconoce los beneficios potenciales de las fusiones y adquisiciones corporativas, particularmente cuando la entidad adquirente cuenta con un sólido programa de cumplimiento e implementa ese programa tan pronto como sea posible en la entidad fusionada o adquirida. En consecuencia, cuando una empresa lleva a cabo una fusión o adquisición, descubre conductas indebidas por parte de la entidad fusionada o adquirida a través de una debida diligencia exhaustiva y oportuna o, en los casos apropiados, mediante auditorías posteriores a la adquisición o esfuerzos de integración de cumplimiento, y divulga voluntariamente la conducta indebida y de otra manera toma medidas consistentes con la *CEP*, habrá una presunción de declinación del enjuiciamiento de acuerdo con los demás requisitos de la *CEP* y sujeto a los mismos. En los casos apropiados, una empresa adquirente que divulgue una conducta indebida puede ser elegible para una declinación del enjuiciamiento, incluso si existieran circunstancias agravantes en la entidad adquirida.

Cuando una empresa no divulga voluntariamente la conducta indebida, pero no obstante coopera plenamente y remedia oportuna y adecuadamente, la empresa recibirá, o el Departamento recomendará a un tribunal de condenas una rebaja de hasta el 25% del límite inferior de la escala de multas de las Pautas de Sentencia de los EE. UU.[303]

Para ser elegible a los beneficios de la *CEP*, incluida una declinación del enjuiciamiento, la empresa debe devolver todas las ganancias, aceptar el decomiso y/o pagar toda restitución que resulten de la conducta indebida en cuestión.[304]

La *CEP* también proporciona definiciones de los términos "divulgación voluntaria", "cooperación plena" y "remediación oportuna y adecuada". Al describir en el Manual de Justicia cómo el DOJ define estos términos y los beneficios que se acumularán a favor de una empresa que se involucre en tal comportamiento, las empresas pueden tomar una decisión informada sobre si creen que dicho comportamiento es lo que más conviene a sus intereses. Por supuesto, si una empresa elige no participar en tal comportamiento, y el DOJ se entera de la conducta indebida y establece pruebas suficientes para el enjuiciamiento, la empresa no debe esperar recibir ningún beneficio descrito en la *CEP* ni recibir ninguna otra clase de indulgencia.[305]

La *CEP* aplica solo al DOJ, y no vincula ni se aplica a la SEC.[306] La *CEP* y las declinaciones del enjuiciamiento que se han anunciado de conformidad con éste, se publican en la página web del DOJ.[307] Tres de esos casos son los siguientes:

Ejemplo 1 de declinación del enjuiciamiento conforme a la CEP

En 2018, el DOJ declinó el enjuiciamiento de una empresa que no cotizaba en bolsa con sede en el Reino Unido que fabrica y vende equipos utilizados para detectar terremotos y otros eventos sísmicos. La empresa había divulgado voluntariamente al DOJ que había realizado numerosos pagos por valor de casi un millón de dólares al director de un centro de investigación financiado por el gobierno coreano. Tras la divulgación de estos pagos, el DOJ acusó formalmente al director y en julio de 2017 lo juzgó y lo condenó en el Distrito Central de California por un cargo de lavado de dinero en violación de 18 U.S.C. § 1957. El director fue posteriormente condenado a 14 meses de prisión en octubre de 2017.

La compañía se benefició de una declinación del enjuiciamiento conforme a la *CEP* porque divulgó voluntariamente, cooperó plenamente y remedió oportuna y adecuadamente de conformidad con la *CEP*. Además, la empresa fue objeto de una investigación paralela por parte de la Oficina de Fraudes Graves (SFO, por sus siglas en inglés) del Reino Unido por violaciones legales relacionadas con la misma conducta y se comprometió a aceptar responsabilidad con la SFO (la empresa posteriormente celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido con la SFO y acordó pagar aproximadamente £2.07M de ganancias brutas derivadas de los pagos al director).

Ejemplo 2 de declinación del enjuiciamiento conforme a la CEP

En 2018, el DOJ declinó el enjuiciamiento de una compañía de seguros constituida y con sede en Barbados. La investigación del DOJ encontró que la empresa, a través de sus empleados y agentes, pagó aproximadamente 36 mil de dólares en sobornos a un funcionario del gobierno de Barbados a cambio de contratos de seguro que resultaron en aproximadamente 686,827 de dólares en primas totales para los contratos y aproximadamente 93,940 de dólares en ganancias netas. Específicamente, en agosto de 2015 y abril de 2016, o alrededor de esas fechas, empleados de alto nivel de la empresa participaron en un esquema para pagar aproximadamente 36 mil de dólares en sobornos al Ministro de Industria en Barbados y para lavar los pagos de sobornos en los EE. UU.

A pesar de la participación de alto nivel de los funcionarios corporativos en la conducta indebida, el DOJ declinó el enjuiciamiento basándose en una serie de factores, incluyendo, sin limitación: (1) la divulgación oportuna y voluntaria de la conducta por parte de la empresa; (2) la investigación exhaustiva y completa de la empresa; (3) la cooperación de la empresa (incluida su provisión de todos los hechos relevantes conocidos sobre la conducta indebida) y su acuerdo de continuar cooperando en las investigaciones y/o enjuiciamientos en curso del DOJ; (4) el acuerdo de la empresa de devolver al DOJ todas las ganancias que obtuvo de la conducta ilegal, que equivalía a 93,940 de dólares; (5) los pasos que la empresa había tomado para mejorar su programa de cumplimiento y sus controles internos contables; (6) la reparación de la empresa, incluyendo, sin limitación, el despido de todos los ejecutivos y empleados que participaron en la conducta indebida; y (7) el hecho de que el DOJ pudo identificar y acusar a los individuos culpables.

Ejemplo 3 de declinación del enjuiciamiento conforme a la CEP

En 2019, el DOJ declinó el enjuiciamiento de una empresa de servicios de tecnología que cotiza en bolsa. La investigación del DOJ encontró que la empresa, a través de sus empleados, autorizó a sus agentes a pagar un soborno de aproximadamente 2 millones de dólares a uno o más funcionarios gubernamentales en la India a cambio de asegurar y obtener un permiso de planificación requerido por ley en relación con el desarrollo de un parque de oficinas, así como otros pagos indebidos en relación con otros proyectos en la India. A pesar de que ciertos miembros de la alta dirección participaron en y dirigieron la conducta delictiva en cuestión, el DOJ declinó el enjuiciamiento de la empresa con base en una evaluación de los factores establecidos en la *CEP* y los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales*, incluyendo, sin limitación: (1) la divulgación voluntaria de la empresa dentro de las dos semanas posteriores a que el Consejo se enteró de la conducta delictiva; (2) la investigación exhaustiva y completa de la empresa; (3) la cooperación plena y proactiva de la empresa en el asunto (incluida su provisión de todos los hechos relevantes conocidos sobre la conducta indebida) y su acuerdo de continuar cooperando en las investigaciones en curso del DOJ y cualquier enjuiciamiento que pueda resultar; (4) la naturaleza y gravedad del delito; (5) la falta de antecedentes penales de la empresa; (6) la existencia y eficacia del programa de cumplimiento preexistente de la empresa, así como los pasos que había tomado

para mejorar su programa de cumplimiento y controles internos contables; (7) la reparación total de la empresa, incluyendo, sin limitación, el despido y medidas disciplinarias con respecto a los empleados y contratistas involucrados en la conducta indebida; (8) la idoneidad de los recursos, tales como acciones de aplicación civil o reglamentaria, incluida la resolución de la empresa con la SEC y el acuerdo de pagar una multa civil de 6 millones de dólares y devolver las ganancias; (9) el acuerdo de la empresa de devolver el monto total de sus ahorros de costos del soborno; y (10) el hecho de que, como resultado de la divulgación oportuna y voluntaria de la empresa, el DOJ pudo realizar una investigación independiente e identificar a los individuos culpables de la conducta indebida de la empresa.

¿Qué considera el personal de la SEC al decidir si abrirá una investigación o recomendará cargos?

El *Manual de Cumplimiento* de la SEC, publicado por la División de Cumplimiento de la SEC y disponible en la página web de la SEC,[308] establece información sobre cómo la SEC realiza las investigaciones, así como los principios rectores que el personal de la SEC considera al determinar si abrir o cerrar una investigación y si se ameritan cargos civiles. Hay varias formas en que las posibles violaciones del FCPA llaman la atención del personal de la SEC, incluyendo: consejos de informantes o denunciantes; información desarrollada en otras investigaciones; informes por cuenta propia o divulgaciones públicas de empresas; referencias de otras oficinas o agencias; fuentes públicas, como informes de los medios y publicaciones comerciales; y técnicas de investigación proactivas, incluyendo las iniciativas basadas en riesgo. Las investigaciones pueden ser formales, como cuando la SEC ha emitido una orden formal de investigación que autoriza a su personal a emitir citaciones de investigación para testimonios y documentos, o informales, como cuando el personal procede con la investigación sin el uso de citaciones de investigación.

Para determinar si se abre una investigación y, de ser así, si se justifica una acción de cumplimiento, el personal de la SEC considera una serie de factores, incluyendo: las leyes o reglas potencialmente violadas; la gravedad de la posible violación; la magnitud potencial de la violación; si el grupo potencialmente afectado es particularmente vulnerable o está en riesgo; si la conducta está en curso; si la conducta puede ser investigada de manera eficiente y dentro del período de prescripción; y si otras autoridades, incluidas las agencias o reguladores federales o estatales, podrían ser más adecuadas para investigar la conducta. El personal de la SEC también puede considerar si el caso involucra una práctica industrial posiblemente generalizada que debería abordarse, si el caso involucra a un reincidente y si el asunto le da a la SEC la oportunidad de ser visible en una comunidad que de otra manera no estaría familiarizada con la SEC o las protecciones otorgadas por las leyes de valores.

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

Informes voluntarios, cooperación y esfuerzos correctivos

Si bien la conducta subyacente a cualquier investigación del FCPA es obviamente una consideración fundamental y de umbral para decidir qué acción tomar, si es que hay alguna, tanto el DOJ como la SEC otorgan una gran importancia al informe voluntario, junto con la cooperación y los esfuerzos de corrección, para determinar la resolución adecuada en materia del FCPA.

Casos penales

Conforme a los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* del DOJ y la

CEP, los fiscales federales consideran si la empresa realizó una divulgación voluntaria y oportuna, así como la voluntad de la empresa de proporcionar información y pruebas pertinentes e identificar a los actores pertinentes dentro y fuera de la empresa, incluidos los altos ejecutivos.

Además, los fiscales pueden considerar las acciones de corrección de una empresa, incluyendo los esfuerzos para mejorar un programa de cumplimiento existente o medidas de disciplina apropiadas para los infractores.[309] Las medidas de corrección de una empresa deben ser significativas e ilustrar su reconocimiento de la gravedad de la conducta indebida, por ejemplo, al tomar pasos para implementar los cambios de personal, operativos y organizacionales necesarios para crear conciencia entre los empleados de que no se tolerará la conducta delictiva.[310]

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecen de manera similar que los fiscales pueden considerar la voluntad de un individuo de cooperar para decidir si debe iniciarse un enjuiciamiento y cómo debe resolverse. Aunque la voluntad de cooperar, por sí sola, generalmente no exime a una persona de la responsabilidad penal, se le puede dar una "consideración seria" al evaluar si celebrar un acuerdo de admisión de culpabilidad con un acusado, dependiendo de la naturaleza y el valor de la cooperación ofrecida.[311]

Las Pautas de Sentencia de los EE. UU. toman en cuenta de manera similar la cooperación y la divulgación voluntaria de un acusado individual. Conforme a § 5K1.1, la cooperación de un acusado, si es suficientemente sustancial, puede justificar que el gobierno presente una moción para una condena reducida. Y conforme a § 5K2.16, la divulgación voluntaria de un acusado de un delito antes de su descubrimiento—si es poco probable que el delito se hubiera descubierto de otra manera—puede justificar una desviación hacia abajo en ciertas circunstancias. El Capítulo 8 de las Pautas de Sentencia de los EE. UU. que rige las condenas impuestas a las organizaciones, toma en cuenta la corrección emprendida por una organización como parte de un "programa efectivo de cumplimiento y ética". Uno de los siete elementos de dicho programa establece que después de la detección de una conducta delictiva, "la organización tomará pasos razonables para responder de manera adecuada a la conducta delictiva y para prevenir más conductas delictivas similares, incluyendo la realización de las modificaciones necesarias al programa de cumplimiento y ética de la organización".[312] Tener un programa de cumplimiento y ética efectivo puede llevar a una rebaja de tres puntos en el puntaje de culpabilidad de una organización conforme a § 8C2.5, lo que incide en el cálculo de multas en las Pautas de Sentencia de los EE. UU. De manera similar, los informes voluntarios, la cooperación y la aceptación de responsabilidad de una organización pueden conducir a reducciones de multas conforme a § 8C2.5(g) al disminuir la puntuación de la culpabilidad. Por el contrario, una organización no calificará para la rebaja de puntos por su programa de cumplimiento cuando retrasó injustificadamente el informe del delito.[313] De manera similar a § 5K1.1 para individuos, las organizaciones pueden calificar para desviaciones de conformidad con § 8C4.1 de las Pautas de Sentencia de los EE. UU. por su cooperación con el enjuiciamiento de otros.

Casos civiles

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

El marco de la SEC para evaluar la cooperación de las empresas se establece en su Informe de investigación de 2001 de conformidad con la sección 21(a) del Securities Exchange Act de 1934 y la Declaración de la Comisión sobre la Relación de Cooperación con las Decisiones de Cumplimiento de la Agencia, que se conoce comúnmente como el Informe Seaboard.[314] El informe, que explica la decisión de la Comisión de no tomar acciones ejecutivas contra una empresa que cotiza en bolsa por determinadas violaciones de contabilidad causadas por su subsidiaria, detalla los muchos

factores que la SEC considera para determinar si concede clemencia a las empresas, y en qué medida, por cooperar en sus investigaciones y por buena ciudadanía corporativa relacionada. Específicamente, el informe identifica cuatro medidas generales de cooperación de una empresa:

- la aplicación de controles internos antes de descubrir la conducta indebida, incluyendo el establecimiento de procedimientos efectivos de cumplimiento y un tono apropiado desde la cúpula;
- informar voluntariamente de la conducta indebida desde que se descubrió, incluyendo la realización de una revisión exhaustiva de la naturaleza, el alcance, los orígenes y las consecuencias de la conducta indebida, y la divulgación rápida, completa y eficaz de la conducta indebida al público, a las agencias reguladoras y a las organizaciones autorreguladoras;
- medidas de corrección, incluyendo la destitución o la disciplina adecuada de los infractores, la modificación y mejora de los controles y procedimientos internos para evitar que se repita la conducta indebida y la compensación adecuada de los afectados negativamente; y
- cooperación con las autoridades policiales, incluyendo el suministro al personal de la SEC de toda la información relevante a las violaciones subyacentes y los esfuerzos de corrección de la empresa.

Dado que cada asunto de cumplimiento con la ley es diferente, este marco analítico establece principios generales, pero no limita la amplia discreción de la SEC para evaluar cada caso individualmente con base en sus propios y únicos hechos y circunstancias. Al igual que el trato de la SEC a los individuos que cooperan, el reconocimiento otorgado a la cooperación de las empresas puede variar desde no tomar acciones de cumplimiento hasta buscar sanciones reducidas en relación con las acciones de cumplimiento.

Marco analítico de la SEC para evaluarla cooperación de individuos

En 2010, la SEC anunció un nuevo programa de cooperación para individuos.[315] El personal de la SEC tiene una amplia gama de herramientas para facilitar y recompensar la cooperación de los individuos, desde no tomar acciones de aplicación de la ley hasta buscar sanciones reducidas en relación con las acciones de aplicación. Aunque la evaluación de la cooperación depende de las circunstancias específicas, la SEC generalmente evalúa cuatro factores para determinar si, en qué medida y de qué manera otorgar reconocimiento a la cooperación de los individuos:

- la asistencia proporcionada por el individuo que coopera en la investigación de la SEC o las acciones de aplicación relacionadas, incluyendo, entre otras cosas: el valor y la oportunidad de la cooperación, incluyendo si la persona fue la primera en denunciar la conducta indebida a la SEC o en ofrecer su cooperación; si la investigación se inició sobre la base de la información u otra cooperación por el individuo; la calidad de la cooperación, incluyendo si el individuo fue sincero y la cooperación fue completa; el tiempo y los recursos conservados como resultado de la cooperación del individuo; y la naturaleza de la cooperación, como el tipo de asistencia brindada;
- la importancia del asunto en el que el individuo brindó cooperación;
- el interés social en asegurar que el individuo que coopera sea considerado responsable de su conducta indebida, incluyendo la gravedad de la conducta indebida del individuo, la culpabilidad del individuo y los esfuerzos realizados por el individuo para remediar el daño; y
- la idoneidad de otorgar reconocimiento por su cooperación a la luz del perfil del individuo cooperante.

Programa de cumplimiento corporativo

En un mercado global, un programa efectivo de cumplimiento refuerza los controles internos de una empresa y es esencial para detectar y prevenir violaciones del FCPA.[316] Los programas efectivos de cumplimiento se adaptan al negocio específico de la empresa y a los riesgos asociados con ese negocio. Son dinámicos y evolucionan a medida que cambian el negocio y los mercados.

Un programa efectivo de cumplimiento promueve "una cultura organizacional que fomenta la conducta ética y el compromiso con el cumplimiento de la ley".[317] Dicho programa protege la reputación de una empresa, asegura el valor y la

confianza del inversionista, reduce la incertidumbre en las transacciones comerciales y asegura los activos de la empresa.[318] El programa de cumplimiento y ética de una empresa puede ayudar a prevenir, detectar, remediar y denunciar conductas indebidas, incluyendo violaciones del FCPA, siempre que esté bien construido, se implemente de manera efectiva, cuente con los recursos adecuados y se cumpla consistentemente. Además de considerar si una empresa ha informado voluntariamente, cooperado y tomado las acciones correctivas apropiadas, el DOJ y la SEC también consideran la idoneidad y efectividad del programa de cumplimiento de una empresa en el momento de la conducta indebida y en el momento de la resolución al decidir qué acción tomar, si corresponde. En las resoluciones penales, el programa de cumplimiento se toma en cuenta en tres áreas clave de decisión: (1) la forma de resolución o enjuiciamiento, si alguno; (2) la sanción monetaria, si alguna; y (3) las obligaciones de cumplimiento que se incluirán en cualquier resolución penal corporativa (por ejemplo, si un monitor de cumplimiento es apropiado y la duración y naturaleza de cualquier obligación de rendir informes).[319] Por ejemplo, la idoneidad del programa de cumplimiento puede influir en si los cargos deben o no ser resuelto a través de una declaración de culpabilidad, un acuerdo de enjuiciamiento diferido (DPA, por sus siglas en inglés) o un acuerdo de no enjuiciamiento (NPA, por sus siglas en inglés), así como la duración apropiada de cualquier DPA o NPA, o el término de la libertad condicional corporativa.[320] Conforme a lo expuesto anteriormente, el Informe Seaboard de la SEC se enfoca, entre otras cosas, en la vigilancia interna de una empresa antes del descubrimiento de la conducta indebida, incluyendo si había establecido procedimientos efectivos de cumplimiento.[321] Asimismo, tres de los diez factores establecidos en los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* del DOJ se relacionan, ya sea directamente o indirectamente, al diseño, implementación y efectividad de un programa de cumplimiento, incluyendo la omnipresencia de mala conducta dentro de la empresa, la idoneidad y efectividad del programa de cumplimiento de la empresa, y la naturaleza de las acciones correctivas de la empresa.[322] El DOJ también considera los elementos de un programa efectivo de cumplimiento de las Pautas de Sentencia de los EE. UU., como se establece en la § 8B2.1 de las Pautas de Sentencia de los EE. UU.

Estas consideraciones reflejan el reconocimiento de que, si una empresa no logra prevenir todas y cada una de las violaciones, no significa necesariamente que el programa de cumplimiento de una empresa en particular no haya sido generalmente efectivo. El DOJ y la SEC entienden que "ningún programa de cumplimiento puede prevenir todas las actividades delictivas de los empleados de una empresa",[323] y no exigen a las empresas un estándar de perfección. Una evaluación del programa de cumplimiento de una empresa, incluyendo su diseño y la implementación y cumplimiento de buena fe, es una parte importante de la evaluación del gobierno sobre si ocurrió una violación y, de ser así, qué acción debe tomarse. En ciertas circunstancias apropiadas, el DOJ y la SEC pueden renunciar a presentar cargos contra una empresa en función del programa efectivo de cumplimiento de la empresa, o pueden buscar recompensar a una empresa por su programa, incluso cuando ese programa no evitó la violación subyacente del FCPA que dio lugar a la investigación.[324]

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

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

Esta guía contiene información sobre algunos de los elementos básicos que el DOJ y la SEC consideran al evaluar los programas de cumplimiento. Si bien la atención se centra en el cumplimiento con el FCPA, dada la existencia de leyes anticorrupción en muchos otros países, los negocios deberían considerar diseñar programas centrados en el cumplimiento anticorrupción de manera más amplia.[326]

Características distintivas de programas efectivos de cumplimiento

Las empresas individuales pueden tener diferentes necesidades de cumplimiento según su tamaño y los riesgos particulares asociados con sus negocios, entre otros factores. Cuando se trata de cumplimiento, no existe un programa único para todos. Por lo tanto, la exposición a continuación está destinada a proporcionar perspectivas sobre los aspectos de los programas de cumplimiento que evalúan el DOJ y la SEC, reconociendo que las empresas pueden considerar una variedad de factores al tomar su propia determinación de lo que es apropiado para sus necesidades comerciales específicas.[327] En efecto, las empresas pequeñas y medianas probablemente tendrán programas de cumplimiento diferentes a los de las grandes empresas multinacionales, un hecho que el DOJ y la SEC toman en cuenta al evaluar los programas de cumplimiento de las empresas.

Los programas de cumplimiento que emplean un enfoque de "marcar la casilla" pueden ser ineficientes y, lo que es más importante, ineficaces. Debido a que cada programa de cumplimiento debe adaptarse a las necesidades, riesgos y desafíos específicos de una organización, la información proporcionada a continuación no debe considerarse un sustituto de la evaluación propia por parte de una empresa del programa de cumplimiento corporativo más apropiado para esa organización comercial en particular. Al final, si se diseña con cuidado, se implementa con seriedad y se ejecuta de manera justa, el programa de cumplimiento de una empresa—sin importar cuán grande o pequeña sea la organización—le permitirá a la empresa en general prevenir violaciones, detectar aquellas que ocurren y remediarlas de manera rápida y adecuada.

Compromiso de la alta dirección y una política claramente formulada contra la corrupción

Dentro de una organización empresarial, el cumplimiento comienza cuando la junta de directores y los altos ejecutivos establecen el tono adecuado para el resto de la empresa. Los gerentes y empleados se inspiran en estos líderes corporativos. Por lo tanto, el DOJ y la SEC consideran el compromiso de los líderes corporativos con una "cultura de cumplimiento"[328] y buscan ver si este compromiso de alto nivel también es reforzado e implementado por los gerentes medios y los empleados en todos los niveles de un negocio. Un programa de cumplimiento bien diseñado que no se ejecuta de buena fe, como cuando la gerencia corporativa alienta explícita o implícitamente a los empleados a incurrir en conductas indebidas para lograr los objetivos comerciales, será ineficaz. El DOJ y la SEC a menudo se han encontrado con empresas con programas de cumplimiento que son sólidos en papel pero que, sin embargo, exhiben violaciones significativas del FCPA porque la administración no ha implementado el programa de manera efectiva, incluso frente a signos obvios de corrupción. Esto puede ser el resultado de personal de ventas agresivo que impide que el personal de cumplimiento haga su trabajo de manera efectiva, y de la alta gerencia, más preocupada por asegurar una oportunidad comercial valiosa que por imponer una cultura de cumplimiento, poniéndose del lado del equipo de ventas. Cuanto mayor sea el interés financiero de la transacción, mayor será la tentación para la administración de elegir las ganancias sobre cumplimiento.

Una cultura ética sólida constituye un apoyo directo para un programa de cumplimiento sólido. Al adherirse a estándares éticos, los altos directivos inspirarán a los gerentes medios a reforzar esos estándares. Los gerentes medios cumplidores, a su vez, alentarán a los empleados a esforzarse

por alcanzar esos estándares en toda la estructura organizacional.[329]

En resumen, el cumplimiento con el FCPA y las reglas éticas debe comenzar desde la cúpula. El DOJ y la SEC evalúan así si la alta dirección ha articulado claramente los estándares de la empresa, los ha comunicado en términos inequívocos, se ha adherido a ellos escrupulosamente y los ha difundido en toda la organización.

Código de conducta y políticas y procedimientos de cumplimiento

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

El DOJ y la SEC también considerarán si una empresa tiene políticas y procedimientos que describen las responsabilidades de cumplimiento dentro de la empresa, detallan los controles internos adecuados, las prácticas de auditoría y las políticas de documentación, y establecen los procedimientos disciplinarios. Estos tipos de políticas y procedimientos dependerán del tamaño y la naturaleza del negocio y de los riesgos asociados con el negocio. Las políticas y los procedimientos efectivos requieren una comprensión profunda del modelo comercial de la empresa, incluyendo sus productos y servicios, agentes externos, clientes, interacciones gubernamentales y riesgos de la industria y geográficos. Los riesgos que una empresa puede necesitar abordar incluyen la naturaleza y el alcance de las transacciones con gobiernos extranjeros, incluyendo pagos a funcionarios extranjeros; el uso de terceros; gastos de obsequios, viajes y entretenimiento; donaciones caritativas y políticas; y pagos de facilitación y agilización. Por ejemplo, algunas empresas con operaciones globales han creado procesos de aprobación basados en la web para revisar y aprobar obsequios, viajes y entretenimiento de rutina que involucran a funcionarios extranjeros y clientes privados con límites monetarios claros y limitaciones anuales. Muchos de estos sistemas tienen una flexibilidad incorporada para que la alta dirección, o el asesor legal interno, puedan estar informados y, en circunstancias apropiadas, aprobar solicitudes únicas. Estos tipos de sistemas pueden ser una buena manera de conservar los recursos corporativos mientras, si se implementan correctamente, se previenen y detectan posibles violaciones del FCPA.

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

Supervisión, autonomía y recursos

Al evaluar un programa de cumplimiento, el DOJ y la SEC también consideran si una empresa ha asignado responsabilidad de la supervisión e implementación del programa de cumplimiento de una empresa a uno o más altos ejecutivos específicos dentro de una organización.[330] Esos individuos deben tener la autoridad adecuada dentro de la organización, un grado adecuado de autonomía de la administración y los recursos suficientes para garantizar que el programa de cumplimiento de la empresa se implemente de manera efectiva.[331] La autonomía adecuada generalmente incluye acceso directo a la autoridad de gobierno de una organización, así como la junta de directores y los comités de la junta de directores (por ejemplo, el comité de auditoría).[332] Dependiendo del tamaño y la estructura de una organización, puede ser

apropiado que la responsabilidad operativa diaria se delegue a otras personas específicas dentro de una empresa.[333] El DOJ y la SEC reconocen que la estructura de rendimiento de informes dependerá del tamaño y complejidad de una organización. Además, la cantidad de recursos dedicados al cumplimiento dependerá del tamaño, la complejidad, la industria, el alcance geográfico y los riesgos asociados con el negocio de la empresa. Al evaluar si una empresa tiene controles internos razonables, el DOJ y la SEC suelen considerar si la empresa dedicó el personal y los recursos adecuados al programa de cumplimiento a la luz del tamaño, la estructura y el perfil de riesgo del negocio.

Evaluación de riesgo

La evaluación de riesgo es fundamental para desarrollar un programa de cumplimiento sólido, y forma parte de los factores que el DOJ y la SEC analizan al evaluar el programa de cumplimiento de una empresa.[334] Los programas de cumplimiento de "talle único" generalmente están mal concebidos y son ineficaces ya que los recursos inevitablemente se dispersan demasiado, con un enfoque excesivo en mercados y transacciones de bajo riesgo, en detrimento de las áreas de alto riesgo. Dedicar una cantidad desproporcionada de tiempo a vigilar el entretenimiento modesto y la entrega de obsequios, en lugar de centrarse en licitaciones gubernamentales grandes, pagos cuestionables a consultores externos o en los descuentos excesivos a revendedores y distribuidores, podría indicar que el programa de cumplimiento de una empresa es ineficaz. Un contrato de 50 millones de dólares con una agencia gubernamental en un país de alto riesgo justifica un mayor escrutinio que los obsequios y entretenimiento modestos y rutinarios. De manera similar, realizar una debida diligencia de forma idéntica para todos los agentes externos, independientemente de los factores de riesgo, es a menudo contraproducente, pues desvía la atención y los recursos de aquellos terceros que representan riesgos más significativos. El DOJ y la SEC otorgarán un reconocimiento significativo a una empresa que implemente de buena fe un programa de cumplimiento integral basado en el riesgo, incluso si ese programa no previene una infracción en un área de bajo riesgo por haberse dedicado mayor atención y recursos a un área de mayor riesgo. Por el contrario, una empresa que falla en prevenir una violación del FCPA en una transacción económicamente significativa y de alto riesgo, porque no ejerció un nivel de debida diligencia acorde con el tamaño y el riesgo de la transacción, probablemente recibirá menos reconocimiento en función de la calidad y efectividad de su programa de cumplimiento.

A medida que aumente el riesgo de una empresa de cometer violaciones del FCPA, esa empresa debe considerar aumentar sus procedimientos de cumplimiento, incluyendo la debida diligencia y las auditorías internas periódicas. El grado adecuado de debida diligencia depende de los hechos específicos y debe variar según la industria, el país, el tamaño y la naturaleza de la transacción, y el método y el monto de la compensación de terceros. Los factores para considerar, por ejemplo, incluyen los riesgos presentados por: el país y el sector industrial, la oportunidad comercial, los socios comerciales potenciales, el nivel de participación con los gobiernos, la cantidad de regulación y supervisión gubernamental y la exposición a aduanas e inmigración en la conducción de asuntos comerciales. Al evaluar el programa de cumplimiento de una empresa, el DOJ y la SEC toman en consideración si, y en qué grado, la empresa analiza y aborda los riesgos particulares que enfrenta.

Capacitación y asesoría continua

Las políticas de cumplimiento no pueden funcionar a menos que se comuniquen efectivamente en toda la empresa. En consecuencia, el DOJ y la SEC evaluarán si la empresa tomó medidas para garantizar que las políticas y procedimientos pertinentes se hayan comunicado en toda la organización, incluyendo mediante la capacitación y certificación periódicas para todos los directores, funcionarios, empleados pertinentes y, cuando

corresponda, agentes y socios comerciales.[335] Por ejemplo, muchas empresas de mayor tamaño implementaron una combinación de capacitaciones virtuales y presenciales que se llevan a cabo en diferentes intervalos. Dichas capacitaciones generalmente cubren las políticas y procedimientos de la empresa, instrucción sobre las leyes aplicables, consejos prácticos para abordar supuestos de la vida real y estudios de caso. Sin embargo, independientemente de cómo una empresa elija llevar a cabo su capacitación, la información debe presentarse de una manera apropiada para el público al que va dirigida, lo que incluye proporcionar capacitación y materiales de capacitación en el idioma local. Por ejemplo, las empresas podrían considerar ofrecer diferentes tipos de capacitación a su personal de ventas y personal de contabilidad con situaciones hipotéticas o de muestra que sean similares a las situaciones que podrían enfrentar. Además de la existencia y alcance del programa de capacitación de una empresa, una empresa debe desarrollar medidas adecuadas, dependiendo del tamaño y la sofisticación de la empresa en particular, para proporcionar orientación y asesoramiento sobre la observancia de su programa de ética y cumplimiento, incluso cuando dicho asesoramiento se necesita con urgencia. Estas medidas ayudarán a garantizar que el programa de cumplimiento sea comprendido y se siga adecuadamente en todos los niveles de la empresa.

Incentivos y medidas disciplinarias

Además de evaluar el diseño y la implementación de un programa de cumplimiento en toda la organización, el cumplimiento de ese programa es fundamental para su efectividad.[336] Un programa de cumplimiento debe aplicarse desde la sala de juntas hasta la sala de suministros; nadie debe estar fuera de su alcance. Por lo tanto, el DOJ y la SEC considerarán si la empresa, al hacer cumplir su programa de cumplimiento, tiene procedimientos disciplinarios apropiados y claros, si esos procedimientos se aplican de manera confiable y rápida y si son proporcionales a la infracción. Muchas empresas han descubierto que la publicidad interna de las acciones disciplinarias, cuando corresponda según las leyes locales, puede tener un efecto disuasorio importante, lo que demuestra que las acciones no éticas e ilegales tienen consecuencias rápidas y seguras.

El DOJ y la SEC reconocen que los incentivos positivos también pueden fomentar un comportamiento de cumplimiento. Los incentivos pueden adoptar muchas formas, como evaluaciones y ascensos del personal, recompensas por participar en el mejoramiento y desarrollo del programa de cumplimiento de la empresa y recompensas por el liderazgo en ética y cumplimiento.[337] Algunas organizaciones, por ejemplo, han hecho que la adherencia al cumplimiento sea una métrica significativa para las bonificaciones de la gerencia, de modo que el cumplimiento se convierta en una parte integral de la preocupación diaria de la gerencia. Más allá de los incentivos financieros, algunas empresas han destacado el cumplimiento dentro de sus organizaciones al reconocer a los profesionales de cumplimiento y al personal de auditoría interna. Otras han hecho que el trabajar en la organización de cumplimiento de la empresa sea una forma de avanzar la carrera de un empleado.

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

> [H]az la integridad, la ética y el cumplimiento parte de los procesos de promoción, compensación y evaluación también. A fin de cuentas, la forma más efectiva de comunicar que "hacer lo correcto" es una prioridad, es recompensarlo. Por el contrario, si a los empleados se les hace creer que, cuando se trata de compensación y avance profesional, lo único que cuenta es la rentabilidad a corto plazo, y que tomar atajos éticos es una forma aceptable de llegar allí, se desempeñarán en esa medida. Para citar un ejemplo de un camino de vida diferente: a un entrenador de fútbol americano universitario se le puede decir que lo que importa son las tasas de graduación de sus jugadores, pero sabrá de manera diferente si el único enfoque de la negociación de la prórroga de su contrato o la decisión de despedirlo es su récord de victorias y derrotas.[338]

No importa cuál sea el esquema disciplinario o los incentivos potenciales que una empresa decida adoptar, el DOJ y la SEC considerarán si son aplicados de manera justa y consistente a través de toda la organización. Ningún ejecutivo debe estar por encima del cumplimiento, ningún empleado por debajo del cumplimiento y ninguna persona dentro de una organización debe considerarse demasiado valiosa para ser disciplinada, si se justifica. Premiar el buen comportamiento y sancionar el mal comportamiento refuerza una cultura de cumplimiento y ética en toda la organización.

Debida diligencia y pagos a terceros

Las acciones de cumplimiento sobre el FCPA por parte del DOJ y la SEC demuestran que los terceros, incluyendo los agentes, consultores y distribuidores, son utilizados comúnmente para ocultar el pago de sobornos a funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales. La debida diligencia basada en los riesgos es particularmente importante con terceros y también será considerada por el DOJ y la SEC al evaluar la efectividad del programa de cumplimiento de una empresa.

Aunque el grado adecuado de debida diligencia puede variar según la industria, el país, el tamaño y la naturaleza de la transacción y la relación histórica con el tercero, siempre aplicarán algunos principios rectores.

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

En segundo lugar, las empresas deben comprender el razonamiento empresarial para incluir al tercero en la transacción. Entre otras cosas, la empresa debe comprender el rol y la necesidad del tercero y asegurarse de que los términos del contrato describan específicamente los servicios a realizar. Las consideraciones adicionales incluyen los términos de pago y cómo se comparan esos términos de pago con los términos típicos en esa industria y país, así como el momento de la introducción del tercero al negocio. Además, las empresas podrían querer confirmar y documentar que el tercero realmente está realizando el trabajo por el que se le paga y que su compensación es proporcional al trabajo que se le proporciona.

En tercer lugar, las empresas deben realizar algún tipo de monitoreo continuo de las relaciones con terceros.[339] Cuando sea apropiado, esto puede incluir actualizar la debida diligencia periódicamente, ejercer los derechos de auditoría, brindar capacitación periódica y solicitar certificaciones anuales de cumplimiento por parte del tercero.

Además de considerar la debida diligencia de una empresa sobre terceros, el DOJ y la SEC también evalúan si la empresa informó a terceros sobre el programa de cumplimiento de la empresa y su compromiso con las prácticas comerciales éticas y legales y, cuando corresponda, si procuró garantías de los terceros, mediante certificaciones y de otro modo, de compromisos recíprocos. Estas pueden ser formas significativas de mitigar el riesgo de terceros.

Caso hipotético: Evaluación de terceros

Parte 1: Consultores

La Compañía A, una emisora de los EE. UU. con sede en Delaware, quiere comenzar a realizar negocios en un país que representa altos riesgos de corrupción. La Compañía A tiene conocimiento de un contrato potencial de 50 millones de dólares con el Ministerio de Inmigración del país. Esta es una oportunidad muy atractiva para la Compañía A, tanto por la rentabilidad, como para abrir la puerta a futuros proyectos con el gobierno. A sugerencia del vicepresidente de ventas internacionales de la compañía (Ejecutivo de Ventas), la Compañía A contrata a un empresario local que les asegura que tiene fuertes lazos con los líderes políticos y gubernamentales en el país y que puede ayudarlos a obtener el contrato. La Compañía A suscribe un contrato de consultoría con el empresario local (Consultor). El contrato requiere que el Consultor realice sus mejores esfuerzos para ayudar a la compañía a ganar el negocio y establece que el Consultor recibirá un anticipo mensual considerable, así como una cuota por éxito del 3% sobre el valor de cualquier contrato que obtenga la empresa.

¿Qué pasos debería considerar tomar la Compañía A antes de contratar al Consultor?

Hay varios factores aquí que pueden motivar a la Compañía A a realizar una debida diligencia más rigurosa en materia del FCPA, antes de contratar al Consultor: (1) el mercado (país de alto riesgo); (2) el tamaño e importancia del trato para la compañía; (3) es la primera vez que la compañía utiliza a este Consultor en particular; (4) los fuertes lazos entre el Consultor y los líderes políticos y gubernamentales; (5) la estructura del incentivo por éxito en el contrato; y (6) la vaguedad en la definición de los servicios a ser proporcionados. Para minimizar la probabilidad de incurrir en responsabilidad en términos del FCPA, la Compañía A debe examinar cuidadosamente al Consultor y su rol en la transacción, incluido un escrutinio de la relación entre el Consultor y los funcionarios del Ministerio de Inmigración u otros funcionarios gubernamentales. Aunque no hay nada inherentemente ilegal en la contratación de un tercero que tenga conexiones cercanas con políticos y funcionarios gubernamentales para llevar a cabo servicios legítimos relacionados con una transacción, este tipo de relaciones pueden ser susceptibles de corrupción. Entre otras cosas, la Compañía A debe considerar conducir una debida diligencia al Consultor, incluyendo el chequeo de sus antecedentes y referencias; asegurar que el contrato defina de manera exacta los servicios y entregas (como informes de estatus por escrito u otra documentación) que el Consultor va a proporcionar; capacitar al Consultor sobre el FCPA y otras leyes anticorrupción; exigir al Consultor que manifieste que cumplirá con el FCPA y demás leyes anticorrupción; incluir derechos de auditoría en el contrato (y ejercer esos derechos); y asegurar que los pagos solicitados por el Consultor estén sustentados en una adecuada documentación antes de ser autorizados para su pago

.

Parte 2: Distribuidores y socios locales

Suponga los siguientes hechos alternativos:

En lugar de contratar al Consultor, la Compañía A contrata a un distribuidor local a quien utiliza frecuentemente (Distribuidor) para vender los productos de la Compañía A al Ministerio de Inmigración. En la negociación de la estructura de precios, el Distribuidor, quien introdujo el proyecto a la Compañía A, argumenta que el precio de descuento estándar para el Distribuidor crea un margen insuficiente para que el Distribuidor cubra los costos de almacenamiento, distribución, instalación, publicidad y capacitación, y solicita un descuento o reembolso adicional o, en la alternativa, una contribución a sus esfuerzos de publicidad, ya sea en forma de una suma global o como un porcentaje sobre el total del contrato. El descuento/asignación solicitada es significativamente mayor que lo usual, aunque hay un precedente en la Compañía para otorgar este nivel de descuento en circunstancias únicas. El Distribuidor también informa a la Compañía A que los funcionarios de adquisiciones del Ministerio responsables de adjudicar el contrato han manifestado una fuerte preferencia por incluir una empresa local específica (Socio Local) en la transacción, en calidad de subcontratista de la Compañía A, para realizar la instalación, capacitación y otros servicios que normalmente serían realizados por el Distribuidor de la Compañía A. Según el Distribuidor, el Ministerio

(sigue)

tiene una sólida relación de trabajo con el Socio Local, y causaría una menor disrupción si el Socio Local llevara a cabo la mayoría del trabajo en el sitio del Ministerio. Uno de los directores (Director 1) del Socio Local es un funcionario de otro ministerio del gobierno.

¿Qué consideraciones adicionales de cumplimiento sugieren estos hechos alternativos?

Al igual que con el Consultor en el primer supuesto, la Compañía A debe examinar cuidadosamente al Distribuidor y al Socio Local y sus roles en la transacción para minimizar la posibilidad de incurrir en responsabilidades en materia del FCPA. Aunque la Compañía A tiene una relación establecida con el Distribuidor, el hecho de que el Distribuidor haya solicitado un descuento adicional merece una mayor investigación sobre la justificación económica del cambio, particularmente donde, como en este caso, la estructura de transacción propuesta contempla pagar al Socio Local para proporcionar muchos de los mismos servicios que el Distribuidor proporcionaría. En muchos casos, podría ser apropiado que los distribuidores reciban mayores descuentos para tener que dar cuenta de circunstancias únicas en transacciones particulares. Dicho eso, un mecanismo común para crear un margen adicional para los pagos de soborno es a través de descuentos o reembolsos excesivos a los distribuidores. En consecuencia, cuando una compañía tiene relaciones prexistentes con distribuidores y otros terceros, una debida diligencia específica para la transacción—incluyendo un análisis de los términos de pago para confirmar si el pago es conmensurado con el trabajo a ser realizado—puede ser crítica, incluso en circunstancias donde la debida diligencia del distribuidor o de otros terceros no levante alertas iniciales.

La Compañía A debe examinar minuciosamente la relación entre el Socio Local, el Distribuidor y los funcionarios del Ministerio de Inmigración. Aunque no hay nada inherentemente ilegal sobre la contratación con terceros que han sido recomendados por el usuario final, o incluso contratar a un funcionario público para llevar a cabo servicios legítimos en una transacción no relacionada con su trabajo gubernamental, estos factores levantan alertas adicionales que justifican una revisión significativa. Entre otras cosas, la Compañía A haría bien en exigir al Director 1 que confirme que él no tendrá un rol en la decisión del Ministerio de Inmigración de otorgar el contrato a la Compañía A, notificar al Ministerio de Inmigración y su propio ministerio sobre su involucramiento propuesto en la transacción, y certificar que cumplirá con el FCPA y otras leyes anticorrupción y que su involucramiento en la transacción está permitido conforme a las leyes locales.

Suponga los siguientes hechos adicionales:

Según la política de la compañía, aplicable a una transacción de este tamaño con el gobierno, la Compañía A requiere aprobación tanto financiera como de cumplimiento. A la ejecutiva de finanzas le preocupa que los descuentos al Distribuidor sean significativamente mayores a los que ellos han aprobado por trabajo similar y que afectará muy profundamente el margen de ganancias de la Compañía A. La ejecutiva de finanzas también se muestra escéptica sobre incluir al Socio Local para realizar algunos de los mismos servicios que la Compañía A paga al Distribuidor para realizar. Inconforme con la explicación del Ejecutivo de Ventas, solicita una reunión con el Distribuidor y con el Director 1. En la reunión, el Distribuidor y el Director 1 ofrecen justificaciones vagas e inconsistentes sobre los pagos y no proporcionan ningún análisis de soporte, y el Director 1 parece no tener una experiencia verdadera en la industria. Durante el receso de café, el Distribuidor comenta al Ejecutivo de Ventas que la ejecutiva de finanzas es ingenua sobre "como los negocios se realizan en mi país". Después de la reunión, el Ejecutivo de Ventas descarta las inquietudes de la ejecutiva de finanzas, asegurándole que la estructura de la transacción propuesta es razonable y legítima. El Ejecutivo de Ventas también le recuerda a la ejecutiva de finanzas que "el acuerdo es clave para su crecimiento en la industria".

El ejecutivo de cumplimiento enfoca su debida diligencia en evaluar al Distribuidor y al Socio Local y contrata a una firma de investigación comercial para que realice la verificación de antecedentes. El Distribuidor parece respetable, capaz y financieramente estable y está dispuesto a tomar un riesgo real en el proyecto, ya sea financiero o de otro tipo. No obstante, el ejecutivo de cumplimiento se entera de que el Distribuidor ha establecido una cuenta de banco en el extranjero para la transacción. El ejecutivo de cumplimiento se entera además de que el negocio del Socio Local fue organizado dos años atrás y parece financieramente estable pero no tiene experiencia en la industria y ha establecido una empresa fantasma y una cuenta bancaria en el extranjero para conducir la transacción. La verificación de antecedentes también

(sigue)

revela que el Director 1 fue compañero de habitación en la universidad de un alto funcionario del Ministerio de Inmigración. El Ejecutivo de Ventas descarta las inquietudes del ejecutivo de cumplimiento, comentando que lo que haga el Socio Local con los pagos "no es nuestro problema". El Ejecutivo de Ventas también objeta fuertemente a la solicitud del ejecutivo de cumplimiento de reunirse con el Director 1 para abordar la compañía y cuenta en el extranjero, asegurándole que eso se realiza con propósitos fiscales legítimos y quejándose que, si la Compañía A continúa "acosando" al Socio Local y al Distribuidor, ellos se asociarán con el principal competidor de la Compañía A. El ejecutivo de cumplimiento y la ejecutiva de finanzas hablan de sus inquietudes entre ellos, pero al final dan su visto bueno al trato a pesar de que sus dudas no fueron resueltas. Su decisión es motivada en gran medida por su conversación con el Ejecutivo de Ventas, quien les dijo que este era el contrato más importante de la región y que los cuestionarios detallados de FCPA y las robustas declaraciones anticorrupción en los contratos asignaron al Distribuidor y al Socio Local la responsabilidad de actuar de manera ética.

La Compañía A sigue adelante con los contratos con el Distribuidor y el Socio Local y gana el contrato después de seis meses. La ejecutiva de finanzas aprueba los pagos de la Compañía A al Socio Local a través de la cuenta en el extranjero, a pesar de que las facturas del Socio Local no contienen el detalle o documentación de soporte de los servicios proporcionados. La Compañía A registró los pagos como gastos operativos legítimos en sus libros y registros. El Ejecutivo de Ventas recibió una bonificación de fin de año considerable gracias a la adjudicación del contrato. De hecho, el Socio Local y el Distribuidor utilizaron una parte de los pagos y el margen de descuento, respectivamente, para canalizar pagos de sobornos a varios funcionarios del Ministerio de Inmigración, incluido al ex compañero de habitación en la universidad del Director 1, a cambio de otorgar el contrato a la Compañía A. Miles de dólares también son transferidos a la cuenta personal en el extranjero del Ejecutivo de Ventas.

¿Cómo el DOJ y la SEC evaluarían la posible responsabilidad de la Compañía A y sus empleados en términos del FCPA?

Esto no es un caso único de "empleado deshonesto" que eludió un programa de cumplimiento que de otro modo era sólido. Aunque la ejecutiva de finanzas y el ejecutivo de cumplimiento de la Compañía A tuvieron los instintos correctos para examinar la estructura y el análisis económico de la transacción y el rol de los terceros, su debida diligencia fue incompleta. Cuando en la investigación inicial se identificaron alertas significativas, ellos aprobaron la transacción a pesar de saber que sus dudas no fueron resueltas o que las respuestas que recibieron levantaron inquietudes y alertas adicionales. Basarse en cuestionarios de debida diligencia y declaraciones anticorrupción es insuficiente, particularmente cuando los riesgos son fácilmente evidentes. Tampoco puede la Compañía A o sus empleados eximirse de responsabilidad porque fueron el Distribuidor y el Socio Local—en lugar de la Compañía A—quienes realizaron los pagos.

Los hechos sugieren que el Ejecutivo de Ventas tuvo conocimiento real o tenía una ceguera deliberada con respecto al pago de los sobornos por parte del consultor. También se benefició personalmente del esquema (tanto del soborno como de la bonificación recibida de parte de la compañía) e intencionalmente intentó evitar que la ejecutiva de finanzas y al ejecutivo de cumplimiento conocieran la historia completa. Como consecuencia, el Ejecutivo de Ventas está sujeto a responsabilidad conforme a las disposiciones del FCPA sobre sobornos, libros y registros y controles internos, y otros podrían estar sujetos de manera igual. La Compañía A podría también ser responsable por violación de las disposiciones del FCPA sobre sobornos, libros y registros y controles internos dado el número y la importancia de las alertas que establecieron una alta probabilidad de soborno y el rol de los empleados y agentes actuando en representación de la compañía.

Mecanismo de denuncias confidenciales e investigación interna

Un programa de cumplimiento efectivo debe incluir un mecanismo para que los empleados de la organización y otras personas puedan denunciar conductas indebidas, ya sean sospechadas o reales, o violaciones a las políticas de la compañía de manera confidencial y sin miedo a represalias.[340] Las compañías pueden designar, por ejemplo, líneas directas anónimas o representantes (*ombudsmen*) Además, una vez que se realiza una denuncia, las compañías deben contar con un proceso eficiente, confiable y con financiamiento adecuado para investigar la denuncia y documentar la respuesta de la compañía, incluyendo cualquier medida disciplinaria o correctiva tomada. Las compañías querrán considerar las "lecciones aprendidas" de cualquier violación denunciada y el resultado de cualquier investigación para actualizar sus controles internos y su programa de cumplimiento y enfocar futuras sesiones de capacitación sobre la problemática correspondiente, según el caso.

Mejora continua: Pruebas y revisiones periódicas

Finalmente, un buen programa de cumplimiento debe evolucionar constantemente. El negocio de una compañía cambia a través del tiempo, al igual que los ambientes en que opera, la naturaleza de sus clientes, las leyes que rigen sus acciones y los estándares de su industria. Además, los programas de cumplimiento que no solamente existen en papel, sino que son también observados en la práctica, inevitablemente revelarán debilidades en el cumplimiento y requerirán medidas de fortalecimiento. Consecuentemente, el DOJ y la SEC evalúan si las compañías revisan y mejoran con regularidad sus programas de cumplimiento y no permiten que se vuelvan obsoletos.

Una organización debe tomarse el tiempo para revisar y probar sus controles, y debe pensar críticamente sobre sus potenciales debilidades y áreas de riesgo. Por ejemplo, algunas compañías han realizado encuestas a sus empleados para medir su cultura de cumplimiento y la solidez de los controles internos, identificar las mejores prácticas y detectar nuevas áreas de riesgo. Otras compañías periódicamente prueban sus controles internos con auditorías enfocadas para asegurarse de que los controles en papel operen en la práctica. El DOJ y la SEC otorgarán un reconocimiento considerable a los esfuerzos sinceros para crear un programa de cumplimiento sustentable si se descubre un problema posteriormente. Similarmente, realizar evaluaciones proactivas antes de que surja un problema puede disminuir la escala de sanciones aplicable conforme a las Pautas de Sentencia de los EE. UU.[341] Aunque la naturaleza y frecuencia de las evaluaciones proactivas pueden variar dependiendo del tamaño y complejidad de la organización, la idea detrás de dichos esfuerzos es la misma: mejoras continuas y sustentabilidad.[342]

Fusiones y Adquisiciones: Debida diligencia previo a la adquisición e integración luego de la adquisición

En el contexto del FCPA, las fusiones y adquisiciones presentan tanto riesgos como oportunidades. Una compañía que no lleva a cabo una adecuada debida diligencia en materia del FCPA antes de una fusión o adquisición puede enfrentarse tanto a riesgos legales como comerciales.[343] Tal vez lo más común es que una debida diligencia inadecuada puede permitir que continúe un curso de sobornos—con todos los daños consecuentes para la rentabilidad y reputación del negocio, así como el potencial de responsabilidad civil y penal.

En contraste, las compañías que llevan a cabo una debida diligencia efectiva en materia del FCPA sobre sus objetivos de adquisición, pueden evaluar con mayor precisión el valor de cada objetivo y negociar para que los costos del soborno sean asumidos por el objetivo. Además, dichas acciones demuestran al DOJ y a la SEC el compromiso de la compañía con el cumplimiento y son tomadas en cuenta a la hora de evaluar cualquier posible acción de cumplimiento. Por ejemplo, el DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento en contra de una emisora adquirente cuando la emisora, entre otras cosas, descubrió la corrupción en la compañía que estaba adquiriendo como parte de la debida diligencia, se aseguró de que la corrupción fuera divulgada voluntariamente

al gobierno, cooperó con la investigación, e incorporó a la empresa adquirida a su programa de cumplimiento y controles internos. Por otro lado, la SEC tomó acciones en contra de la empresa adquirida y el DOJ tomó acciones en contra de una subsidiaria de la empresa adquirida.[344] Cuando no es posible realizar la debida diligencia previo a la adquisición, el DOJ ha descrito los procedimientos, contenidos en el Comunicado de Procedimiento de Opinión No. 08-02, según el cual las compañías pueden, no obstante, ser recompensadas si optan por realizar una debida diligencia completa en materia del FCPA posterior a la adquisición.[345]

Sin embargo, una debida diligencia en materia del FCPA representa normalmente solo una parte del proceso de cumplimiento para las fusiones y adquisiciones. El DOJ y la SEC evalúan si la compañía adquirente incorporó rápidamente a la empresa adquirida a todos sus controles internos, incluyendo su programa de cumplimiento. Las compañías deben considerar capacitar a los nuevos empleados, reevaluar a terceros conforme a los estándares de la compañía y, cuando sea apropiado, realizar auditorías de las nuevas unidades de negocios.

Por ejemplo, como resultado de la debida diligencia conducida por una emisora con sede en California antes de adquirir la participación mayoritaria en una empresa conjunta, la emisora se enteró de pagos corruptos realizados para obtener negocios. Sin embargo, la emisora solo implementó sus controles internos "a medias" para no "ahogar la maquinaria de ventas y causar distracciones al equipo de ventas". Como resultado, los pagos indebidos continuaron, y la emisora fue declarada responsable de infringir las disposiciones de controles internos, libros y registros del FCPA.[346]

Investigación, análisis y medidas correctivas para conductas indebidas

La medida más genuina para un programa de cumplimiento efectivo es la manera en que responde ante conductas indebidas. En consecuencia, para que un programa de cumplimiento sea verdaderamente efectivo, debe tener un mecanismo que funcione correctamente y que cuente con el financiamiento adecuado para llevar a cabo investigaciones oportunas y exhaustivas de cualquier denuncia o sospecha de conductas indebidas por parte de la compañía, sus empleados o agentes. Una estructura de investigaciones efectiva también contará con medios establecidos para documentar la respuesta de la compañía, incluyendo la implementación de cualquier medida disciplinaria o correctiva.

Además de contar con mecanismos para responder ante un incidente de conducta indebida, el programa de cumplimiento de la compañía también debe incorporar las lecciones aprendidas de conductas indebidas a las políticas, capacitaciones y controles de la compañía. Para realizar eso, una compañía tendrá que analizar las causas fundamentales de cualquier conducta indebida para remediar dichas causas a tiempo y de manera apropiada y así prevenir futuras violaciones en materia de cumplimiento.

Otras guías de cumplimiento y mejores prácticas internacionales

Además de esta guía, el DOJ publicó una guía sobre la Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo.[347] La Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo tiene como objetivo ayudar a los fiscales a tomar decisiones informadas sobre si, y en qué medida, el programa de cumplimiento de una corporación fue efectivo al momento del incumplimiento, y si es efectivo al momento de una decisión de formular o resolver cargos, para fines de determinar la apropiada: (1) forma de cualquier resolución o enjuiciamiento; (2) sanción monetaria, si la hubiera; y (3) obligaciones de cumplimiento contenidas en cualquier resolución de la responsabilidad penal corporativa (por ejemplo, obligaciones de monitoreo o de rendimiento de informes). La guía de cumplimiento del DOJ brinda a las compañías información sobre los tipos de preguntas que los fiscales hacen para evaluar y analizar los programas de cumplimiento de las compañías.

Además, los Departamentos de Comercio y Estado de los EE. UU. han emitido publicaciones que contienen guías sobre los programas de cumplimiento. La Administración de Comercio Internacional del Departamento de Comercio publicó

Business Ethics: *A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies [Ética comercial: Un manual para administrar una empresa comercial responsable en economías de mercado emergentes]*[348] y el Departamento de Estado publicó *Fighting Global Corruption: Business Risk Management [Lucha contra la corrupción global: Gestión de riesgos empresariales].*[349]

También se cuenta con el desarrollo de un consenso internacional sobre mejores prácticas de cumplimiento, y una serie de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales han emitido guías sobre las mejores prácticas de cumplimiento.[350] Entre las más notables, la Anti-Bribery Recommendation [*Recomendación anticohecho*] publicada por la OECD en 2009, y su Anexo II, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance [*Guía de buenas prácticas sobre control interno, ética y cumplimiento de normas*],[351] publicado en febrero de 2010, fueron redactados basados en consultas con el sector privado y la sociedad civil y establecen buenas prácticas específicas para asegurar programas de cumplimiento efectivos y medidas para prevenir y detectar el soborno a nivel internacional. Además, las empresas pueden revisar los siguientes recursos:

- Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico—Anti-Corruption Code of Conduct for Business [*Código de Conducta Anticorrupción de APEC para empresas*][352]
- Cámara de Comercio Internacional—ICC Rules on Combating Corruption [*Reglas de la ICC para combatir la corrupción*][353]
- Transparencia Internacional—Business Principles for Countering Bribery [*Principios empresariales para contrarrestar el soborno*][354]
- Pacto Mundial de las Naciones Unidas—The Ten Principles [*Los Diez Principios*][355]
- Banco Mundial—Integrity Compliance Guidelines [*Directrices sobre el cumplimiento con las normas de integridad*][356]
- Foro Económico Mundial—Partnering Against Corruption–Principles for Countering Bribery [*Iniciativa de Alianza conjunta contra la corrupción–Principios para hacer frente al soborno*][357]

Estudio de caso sobre un programa de cumplimiento

Las acciones del DOJ y de la SEC, relacionadas con las transacciones inmobiliarias de una institución financiera con una agencia de gobierno en China, ilustran los beneficios de implementar y hacer cumplir un programa de cumplimiento integral basado en los riesgos. El caso involucró una inversión en una empresa conjunta de bienes raíces en el Distrito de Luwan en Shanghái, China, entre una institución financiera con sede en los EE. UU. y una entidad estatal que funcionaba como el brazo inmobiliario del Distrito. La entidad gubernamental condujo las transacciones a través de dos vehículos de propósito especial ("SPV", por sus siglas en inglés); y el segundo SPV compró una participación del 12% en un proyecto inmobiliario.

La institución financiera, a través de un robusto programa de cumplimiento, capacitó con frecuencia a sus empleados, impuso un proceso integral de aprobación de pagos diseñado para prevenir el soborno y dotó de personal a un departamento de cumplimiento con una línea directa de rendimiento de informes a la junta directiva. Según correspondiera, dada la industria, el mercado y el tamaño y la estructura de las transacciones, la institución financiera: (1) brindó capacitación exhaustiva sobre el FCPA al ejecutivo senior responsable de las transacciones, y (2) realizó una debida diligencia exhaustiva sobre las transacciones, la entidad del gobierno local y los SPV. La debida diligencia sobre la entidad incluyó la revisión de registros del gobierno chino; conversaciones con fuentes familiarizadas con el mercado inmobiliario de Shanghái; revisión de los registros de pago y las referencias crediticias de la entidad gubernamental; una visita in situ y una llamada telefónica de pretexto a las oficinas de la entidad; consultas entre fuentes de medios de comunicación; y verificaciones de los antecedentes de los directores de la entidad. La institución financiera examinó los SPV mediante la obtención de una carta con los datos de la cuenta bancaria designada de un funcionario chino asociado con la entidad gubernamental (el "Funcionario Chino"); el uso de un bufete de abogados internacional para solicitar y revisar 50 documentos del abogado canadiense de los SPV; una entrevista al abogado; y entrevistas a la gerencia de los SPV. A pesar del sólido programa de cumplimiento de la institución financiera y sus medidas de buena fe de hacer cumplir dicho programa, la empresa no se enteró de que el funcionario chino poseía personalmente casi el 50% del segundo SPV (y, por lo tanto, una participación de casi el 6% en la empresa conjunta) y que el SPV era utilizado como vehículo para pagos corruptos. Esta falla se debió, en gran parte, a las tergiversaciones por el Funcionario Chino, del ejecutivo de la institución financiera a cargo del proyecto y del abogado del SPV en el sentido de que el SPV era propiedad absoluta de y estaba totalmente controlado por la entidad gubernamental. El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones contra la institución financiera, y su ejecutivo se declaró culpable de conspirar para violar las disposiciones de controles internos del FCPA y también llegó a un acuerdo con la SEC.

PENALIDADES, SANCIONES Y REMEDIACIÓN CONFORME AL FCPA

¿Cuáles son las consecuencias potenciales por violaciones del FCPA?

El FCPA establece diferentes sanciones penales y civiles para compañías e individuos.

Sanciones penales

Por cada violación a las disposiciones anticorrupción, el FCPA establece que las corporaciones y otras entidades empresariales están sujetas a una multa de hasta dos millones de dólares.[358] Los individuos, incluyendo a ejecutivos, directores, accionistas y agentes de compañías, están sujetos a una multa de hasta 250 mil de dólares y una pena de prisión de hasta cinco años.[359]

Por cada violación a las disposiciones de contabilidad, el FCPA establece que las corporaciones y otras entidades empresariales están sujetas a una multa de hasta 25 millones de dólares.[360] Los individuos están sujetos a una multa de hasta cinco millones de dólares y una pena de prisión de hasta 20 años.[361]

Conforme al Alternative Fines Act, 18 U.S.C. § 3571(d), los tribunales pueden imponer multas significantemente más altas que las previstas en el FCPA—hasta el doble del beneficio que el acusado obtuviera por el pago corrupto, siempre y cuando los hechos que fundamentan el incremento de las multas sean incluidos en la acusación y probados ante un jurado más allá de una duda razonable o sean admitidos en un procedimiento de declaración de culpabilidad.[362] Las multas impuestas a los individuos no pueden ser pagadas por su empleador ni el ejecutivo principal.[363]

Pautas de Sentencia de los EE. UU.

Al calcular las sanciones por violaciones del FCPA, el DOJ enfoca el análisis en las Pautas de Sentencia de los EE. UU.[364] en todas sus resoluciones, incluyendo las declaraciones de culpabilidad, DPA y NPA. Las Pautas de Sentencia de los EE. UU. proporcionan una estructura muy detallada y predecible para calcular las penas correspondientes a todos los delitos federales, incluidas violaciones del FCPA. Para determinar la pena apropiada, el "nivel de infracción" es calculado inicialmente al examinar tanto la gravedad del delito como los hechos relacionados con el delito, otorgando rebajas apropiadas por la cooperación y aceptación de responsabilidad y, para entidades empresariales, factores adicionales tales como la divulgación voluntaria, programas de cumplimiento prexistentes y medidas correctivas.

Las Pautas de Sentencia de los EE. UU. establecen diferentes sanciones correspondientes a las diferentes disposiciones del FCPA. El nivel de infracción inicial por violaciones a las disposiciones antisoborno es determinado conforme a § 2C1.1, mientras que las violaciones a las disposiciones de contabilidad son determinadas conforme a § 2B1.1. Para los individuos, el nivel de infracción inicial es modificado por factores establecidos en los capítulos 3, 4 y 5 de las Pautas de Sentencia de los EE. UU.[365] para identificar un nivel de infracción final. Este nivel de infracción final, combinado con otros factores, es utilizado para determinar cuándo las Pautas de Sentencia de los EE. UU. recomendarían el encarcelamiento como sanción apropiada, la duración del encarcelamiento y el monto apropiado de cualquier multa. Para las corporaciones, el nivel de infracción es modificado por factores particulares de las organizaciones conforme a lo expuesto en el Capítulo 8 para determinar la sanción aplicable.

Por ejemplo, las violaciones de las disposiciones antisoborno son calculadas de conformidad con § 2C1.1. El nivel de infracción es determinado primero al identificar un nivel de infracción base;[366] agregando niveles adicionales basados en características específicas del delito, incluyendo si el delito comprendió más de un solo soborno, el valor del soborno o el beneficio conferido, y el nivel del servidor público;[367] ajustando el nivel de infracción a base del papel del acusado en el delito;[368] y utilizando el nivel de infracción total así como la categoría de antecedentes penales del acusado para determinar la escala recomendada.[369] Para las violaciones de las disposiciones de contabilidad establecidas conforme a § 2B1.1, el procedimiento es generalmente el mismo, excepto que las características específicas de la infracción difieren. Por ejemplo, para violaciones de las disposiciones de contabilidad del FCPA, el nivel de infracción puede ser incrementado si una parte importante del esquema ocurrió fuera de los EE. UU. o si el acusado era un ejecutivo o director de una empresa cotizada en bolsa en el momento del delito.[370]

Para las empresas, el nivel de infracción se calcula de conformidad con §§ 2C1.1 o 2B1.1 de la misma manera que para un individuo, comenzando con el nivel de infracción base y aumentándolo según lo justifique cualquier característica del delito específica aplicable. Sin embargo, las pautas organizacionales que se encuentran en el Capítulo 8 proporcionan la estructura para determinar la escala final de las multas para las organizaciones. La multa base consiste en el mayor de los importes correspondientes al nivel total de infracción, calculado de conformidad con las Pautas de Sentencia de los EE. UU., o la ganancia o pérdida monetaria de la infracción.[371] Esta multa base se multiplica por una puntuación de culpabilidad que puede reducir la multa a tan solo un cinco por ciento de la multa base o aumentar la multa recomendada a hasta cuatro veces el monto de la multa base.[372] Según descrito en § 8C2.5, este nivel de culpabilidad es calculado teniendo en cuenta numerosos factores tales como el tamaño de la organización que cometió los actos delictivos; la participación en la actividad delictiva por parte de personal de alto nivel dentro de la organización o su tolerancia de la misma; y sus antecedentes de conducta indebida o comportamiento obstructivo. La puntuación de culpabilidad se reduce si la organización tenía un programa de cumplimiento preexistente y eficaz para prevenir las conductas indebidas y si la organización divulgó voluntariamente el delito, cooperó en la investigación y aceptó responsabilidad por la conducta criminal.[373]

Sanciones civiles

Aunque solo el DOJ tiene la autoridad para entablar acciones penales, tanto el DOJ como la SEC tienen la autoridad civil para hacer cumplir el FCPA. El DOJ puede entablar acciones civiles por violaciones antisoborno por personas naturales o jurídicas domésticas (y sus ejecutivos, directores, empleados, agentes, o accionistas) y por ciudadanos y empresas extranjeras por violaciones cuando estén en los EE. UU., mientras que la SEC puede entablar acciones civiles contra las emisoras y sus ejecutivos, directores, empleados, agentes o accionistas por

violaciones a las disposiciones antisoborno y de contabilidad.[374]

En el caso de violaciones a las disposiciones antisoborno, las corporaciones y otras entidades comerciales están sujetas a una pena civil de hasta 21,410 de dólares por infracción.[375] Los individuos, incluyendo a los ejecutivos, directores, accionistas y agentes de las empresas, estás sujetos similarmente a una pena civil de hasta 21,410 de dólares por infracción,[376] la cual no puede ser pagada por su empleador ni el ejecutivo principal.[377]

En el caso de violaciones a las disposiciones de contabilidad en las acciones judiciales ante los tribunales de distrito, la SEC puede obtener una pena civil que no exceda el mayor de (a) el monto bruto de la ganancia pecuniaria percibida por el demandado como resultado de las violaciones o (b) un límite específico en dólares. Los límites específicos en dólares se basan en la naturaleza de la infracción y el riesgo potencial para los inversionistas, que van desde 9,639 de dólares hasta 192,768 de dólares para un individuo y desde 96,384 de dólares hasta 963,837 de dólares para una empresa.[378] La SEC puede imponer penas civiles tanto en acciones presentadas ante tribunales federales como en procedimientos administrativos.[379]

Decomiso y devolución de ganancias

Además de las sanciones penales y civiles, las compañías pueden estar sujetas al decomiso del producto de sus delitos o la restitución de las ganancias generadas por dichos delitos. Mientras que el propósito de una pena o multa es castigar y disuadir el incumplimiento, el propósito del decomiso y de la devolución de ganancias es principalmente regresar al autor a la misma posición en que se encontraba antes de cometer el delito, asegurando que el autor no se beneficie de su conducta indebida. No obstante, en el caso *Kokesh v. SEC*, la Corte Suprema dictaminó que el remedio civil de la devolución de ganancias está sujeto al mismo plazo de prescripción de cinco años que la sanción conforme a 28 U.S.C.§ 2462. Después del caso *Kokesh*, en el caso *SEC v. Liu*, el tribunal nuevamente abordó la devolución de ganancias al declarar, "[l]os tribunales de remedios han privado rutinariamente a los infractores de las ganancias netas de las actividades ilegales", y sostuvo que la devolución de ganancias es una solución equitativa permisible cuando no excede las ganancias netas del infractor y se otorgue para beneficio de las víctimas.[380]

Resoluciones coordinadas y la prevención de la acumulación de sanciones

En la resolución de casos contra compañías, el DOJ y la SEC buscan evitar la duplicación de sanciones, decomisos o devolución de ganancias por una misma conducta. El DOJ y la SEC intentan de manera similar atribuir multas, sanciones, decomisos y devolución de ganancias impuestas por autoridades extranjeras que resuelvan casos con la misma compañía por la misma conducta. En un caso que involucró una empresa brasileña de petroquímicos que cotizaba en bolsa, el DOJ, la SEC, las autoridades brasileñas y las autoridades suizas se compensaron mutuamente en la imposición de multas y devolución de ganancias.[381]

El DOJ ha coordinado resoluciones con autoridades extranjeras en más de 10 casos, y la SEC ha coordinado resoluciones con autoridades extranjeras en por lo menos cinco.[382] El DOJ ha consagrado esta práctica de coordinar resoluciones para evitar la acumulación de sanciones en su Manual de Justicia, el cual indica a los fiscales que "se esfuercen, como sea apropiado, en coordinar y considerar el monto de las multas, sanciones, y/o decomisos pagadas a otras autoridades federales, estatales, locales o extranjeras que buscan resolver un caso con una compañía por la misma conducta indebida".[383] En la determinación de cuándo y cuánto atribuir a otra autoridad, los fiscales deben considerar, entre otros factores, "la notoriedad de la conducta indebida de una empresa; los mandatos legales sobre las sanciones, multas, y/o

decomisos; el riesgo de retrasos injustificados en el logro de una resolución final; y la idoneidad y puntualidad de la divulgación realizada por una compañía y su cooperación con el Departamento, independientemente de las divulgaciones a otras autoridades relevantes y su cooperación con estas".[384]

Consecuencias colaterales

Además de las sanciones penales y civiles descritas anteriormente, los individuos y compañías que violen el FCPA pueden enfrentar consecuencias colaterales significativas, incluida la suspensión o inhabilitación para celebrar contratos con el gobierno federal, la inhabilitación cruzada por los bancos multilaterales de desarrollo y la suspensión o revocación de ciertos privilegios de exportación.

Inhabilitación

Conforme a las directrices federales aplicables a las adquisiciones, un individuo o compañía que viole el FCPA u otras leyes penales puede ser inhabilitado de hacer negocios con el gobierno federal. El Federal Acquisition Regulations (*Reglamento Federal de Adquisiciones*) (FAR, por sus siglas en inglés) establece la potencial suspensión o inhabilitación de compañías que contraten con el gobierno en caso de un fallo condenatorio o sentencia civil por soborno, falsificación o destrucción de registros, declaraciones falsas o "[l]a comisión de cualquier otra infracción que indique la falta de integridad empresarial o de honestidad empresarial que afecte grave y directamente la responsabilidad actual de un contratista o subcontratista del gobierno".[385] Estas medidas no tienen la intención de ser punitivas y pueden imponerse solo "en el interés público para la protección del Gobierno".[386]

Conforme al FAR, una decisión de inhabilitar o suspender es discrecional. La decisión no es tomada por los fiscales del DOJ o el personal de la SEC, sino por autoridades independientes de inhabilitación dentro de cada agencia, como el Departamento de Defensa o la Administración General de Servicios, que analizan una serie de factores para determinar cuándo una compañía debe ser suspendida, inhabilitada o determinada inelegible de alguna manera con respecto a contratos con el gobierno. Dichos factores incluyen si el contratista cuenta con sistemas de controles internos efectivos, si ha informado sobre la conducta indebida voluntaria y oportunamente y si ha tomado medidas correctivas.[387] Si existe una causa para la inhabilitación, el contratista tiene la carga de demostrar, a criterio del funcionario competente de inhabilitaciones, que se conduce actualmente de manera responsable y que la inhabilitación no es necesaria.[388] Cada departamento y agencia federal determina la elegibilidad de los contratistas con quienes tenga negocios. No obstante, si un departamento o agencia inhabilita o suspende a un contratista, la inhabilitación o suspensión se aplica a través de todo el poder ejecutivo del gobierno federal, a menos que un departamento o agencia presente argumentos sólidos para que no se inhabilite o suspenda al contratista.[389]

Aunque las declaraciones de culpabilidad, DPA y NPA no resultan en la inhabilitación automática de contratar con el gobierno de los EE. UU., la comisión de un delito federal y las admisiones fácticas subyacentes a una resolución son factores que las autoridades de inhabilitación independientes pueden considerar. Además, la acusación formal por sí sola puede llevar a la suspensión del derecho a hacer negocios con el gobierno.[390] El Manual de Justicia establece también que cuando una compañía participa en fraudes contra el gobierno, el fiscal no puede negociar el derecho de la agencia de inhabilitar o eliminar a la compañía como parte del procedimiento de negociación de los cargos.[391] En la realización de determinaciones de inhabilitación, las agencias contratantes, incluso a nivel estatal o federal, pueden consultar con el DOJ antes de otorgar un contrato. Dependiendo de las circunstancias, el DOJ puede proporcionar información a las autoridades contratantes en el contexto de resoluciones con corporaciones sobre los hechos y circunstancias que fundamentan la conducta delictiva y las medidas

correctivas instituidas por la compañía, si alguna. Este intercambio de información no constituye promoción, y las decisiones de inhabilitación quedan en última instancia directamente dentro del ámbito de las autoridades de inhabilitación independientes. En algunas situaciones, la agencia contratante puede imponer sus propios requisitos de supervisión para que una empresa que haya admitido violaciones de las leyes federales pueda obtener contratos federales, como los Acuerdos de Integridad Corporativa que a menudo exige el Departamento de Salud y Servicios Humanos.

Inhabilitación cruzada por los Bancos Multilaterales de Desarrollo

Los Bancos Multilaterales de Desarrollo (BMD), como el Banco Mundial, también tienen la facultad de inhabilitar a compañías e individuos por prácticas corruptas.[392] Cada BMD tiene su propio proceso para evaluar presuntos casos de corrupción en relación con proyectos financiados por los BMD. Cuando corresponda, el DOJ y la SEC trabajan con los BMD para compartir evidencias y remitir casos. El 9 de abril de 2010, el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo y el Grupo del Banco Mundial celebraron un acuerdo según el cual las entidades inhabilitadas por un BMD serán sancionadas por la misma conducta indebida por otros BMD signatarios.[393] Este acuerdo de inhabilitación cruzada significa que si una compañía es inhabilitada por un BMD, será inhabilitada por todos.[394]

Pérdida de privilegios de exportación

Las compañías e individuos que violen el FCPA pueden enfrentar consecuencias conforme a otros regímenes regulatorios, como la Ley de Control de las Exportaciones de Armas (AECA, por sus siglas en inglés), 22 U.S.C. § 2751, *et seq.*, y sus regulaciones aplicables, el Reglamento Internacional de Tráfico de Armas (ITAR, por sus siglas en inglés), 22 C.F.R. § 120, *et seq.* AECA e ITAR establecen la suspensión, revocación, reforma o denegación de una licencia de exportación de armas si el solicitante ha sido acusado o condenado por violaciones del FCPA.[395] También establecen ciertos factores para la Dirección de Controles Comerciales de Defensa del Departamento de Estado[396] para considerar al determinar si se otorgan, deniegan o devuelven sin trámite las solicitudes de licencias para ciertos tipos de materiales de defensa. Uno de esos factores es cuando hay motivo razonable para creer que el solicitante de una licencia ha violado (o ha conspirado para violar) el FCPA; en caso afirmativo, el Departamento de Estado "puede denegar la solicitud".[397] Además, es política del Departamento de Estado no considerar solicitudes de licencias que incluyan a cualquier persona que haya sido condenada por violar la AECA o condenada por conspirar para violar la AECA.[398] En una acción relacionada con una resolución penal contra un fabricante de productos militares de Reino Unido, el DDTC impuso una "política de negación" de licencias de exportación a tres subsidiarias de la compañía que estaban involucradas en violaciones de AECA e ITAR.[399]

¿Cuándo es apropiado designar a un monitor de cumplimiento o un asesor independiente?

Uno de los objetivos principales tanto de los enjuiciamientos penales como de las acciones civiles contra las empresas que violan el FCPA es garantizar que dicha conducta no vuelva a ocurrir. Como consecuencia, requerimientos más estrictos para el cumplimiento y la presentación de informes pueden formar parte de las resoluciones penales y civiles en asuntos del FCPA. Los términos de los requerimientos para el cumplimiento y el tipo de informe requerido dependen de los hechos y las circunstancias de los casos individuales.

En los casos penales, la condena impuesta a una compañía, o un DPA o NPA con una compañía, puede requerir la designación de un monitor corporativo independiente. Si un monitor es o no es apropiado depende de los hechos y las circunstancias específicas del caso. En el 2008, el

DOJ emitió una guía interna sobre la selección y el uso de monitores corporativos en los DPA y NPA con las empresas.[400] Guías adicionales se han emitido desde entonces.[401] Un monitor es un tercero independiente que evalúa y monitorea la adherencia de una compañía a los requisitos de cumplimiento de un acuerdo que fue diseñado para reducir el riesgo de reincidencia de la conducta indebida de la compañía. La designación de un monitor no es lo apropiado en todas las circunstancias, y el monitor nunca debe ser impuesto con propósitos punitivos, pero puede ser apropiado, por ejemplo, cuando una compañía no tiene todavía un programa interno de cumplimiento que sea efectivo o necesita establecer los controles internos necesarios. La guía del DOJ establece que, en la determinación de la imposición de un monitor como parte de una resolución corporativa, los fiscales deben considerar (1) los beneficios potenciales para la corporación y el público que puede tener el empleo de un monitor, y (2) el costo de un monitor y su impacto en las operaciones de una corporación.[402] Al evaluar los beneficios potenciales del monitor, los fiscales consideran, entre otros factores: (a) si la conducta indebida subyacente incluyó la manipulación de libros y registros corporativos o la explotación de un programa de cumplimiento inadecuado o de los sistemas de control interno; (b) si la conducta indebida en cuestión fue generalizada en toda la organización empresarial o si fue aprobada o facilitada por la alta dirección; (c) si la corporación ha realizado inversiones significativas y mejoras en su programa de cumplimiento corporativo y sistemas de control interno; y (d) si se han probado las mejoras correctivas al programa de cumplimiento y los controles internos para demostrar que evitarían o detectarían una conducta indebida similar en el futuro.[403] "Cuando se demuestre que el programa y los controles de cumplimiento de una corporación son efectivos y cuentan con los recursos adecuados en el momento de resolución, es probable que no sea necesario un monitor".[404]

En los casos civiles, similarmente se puede exigir a una empresa que contrate a un asesor o monitor de cumplimiento independiente para ejercer una revisión independiente por parte de un tercero de los controles internos de la empresa. El asesor recomienda mejoras, en la medida de lo necesario, que la empresa debe adoptar. Cuando tanto el DOJ como la SEC requieren que una empresa contrate a un monitor, las dos agencias han podido coordinar sus requisitos para que la empresa pueda contratar a un monitor que cumpla con ambos conjuntos de requisitos.

Las relaciones de monitoreo más exitosas son aquellas en que la empresa recibe bien al monitor o asesor. Si la empresa toma en serio las recomendaciones y sugerencias y utiliza el periodo de monitoreo como un momento para encontrar y solucionar cualquier problema de cumplimiento pendiente, la empresa puede salir del monitoreo con un programa de cumplimiento más sólido y duradero.

Los factores que el DOJ y la SEC consideran para determinar si un monitor de cumplimiento es apropiado incluyen:

- La naturaleza y gravedad del delito
- La duración de la conducta indebida
- La omnipresencia de la conducta indebida, incluido si la conducta atraviesa líneas geográficas y/o de productos
- El perfil de riesgo de la empresa, incluida su naturaleza, tamaño, alcance geográfico y modelo de negocio
- La calidad del programa de cumplimiento de la empresa al momento de la conducta indebida
- Los esfuerzos subsiguientes de corrección y la calidad del programa de cumplimiento de la empresa al momento de la resolución
- Si el programa actual de cumplimiento de la empresa se ha implementado y probado por completo

RESOLUCIONES

¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones del DOJ?

Denuncias, acusaciones por el fiscal y pliegos acusatorios

Los cargos contra individuos y empresas se presentan de tres maneras diferentes según las Reglas Federales de Procedimiento Penal: denuncias, acusaciones por el fiscal y pliegos acusatorios.

El DOJ puede acordar resolver asuntos penales del FCPA contra las empresas, ya sea mediante una declinación del enjuiciamiento o, en los casos apropiados, una resolución negociada que resulte en un acuerdo de culpabilidad, un acuerdo de enjuiciamiento diferido o un acuerdo de no enjuiciamiento. Para los individuos, una resolución negociada generalmente tomará la forma de un acuerdo de culpabilidad, que puede incluir cláusulas relacionadas con la cooperación, o un acuerdo de cooperación sin enjuiciamiento. Cuando no se puede llegar a un acuerdo negociado con empresas o individuos, el asunto puede proceder a juicio.

Acuerdos de admisión de culpabilidad

Los acuerdos de culpabilidad—ya sea con empresas o con individuos—son regulados por la Regla 11 de las Reglas Federales de Procedimiento Penal. El acusado generalmente admite los hechos que fundamentan los cargos, admite su culpabilidad y es declarado culpable de los delitos imputados cuando el acuerdo de culpabilidad es presentado al tribunal y aceptado.

En el acuerdo de culpabilidad las partes pueden recomendar conjuntamente una condena o multa, recomendar conjuntamente un análisis de acuerdo con las Pautas de Sentencia de los EE. UU. o dejar tales elementos abiertos para los alegatos en el momento de la imposición de la condena.

Acuerdos de enjuiciamiento diferido

En los acuerdos de enjuiciamiento diferido, o DPA según se conoce comúnmente, el DOJ presenta un documento de cargo ante el tribunal,[405] pero solicita simultáneamente que el enjuiciamiento sea diferido, es decir, pospuesto con el propósito de permitir a la compañía demostrar su buena conducta. Los DPA requieren generalmente que el acusado esté de acuerdo con el pago de una sanción monetaria, renunciar al plazo de prescripción, cooperar con el gobierno, admitir los hechos pertinentes y adoptar ciertos compromisos de cumplimiento y corrección, incluyendo posiblemente a un monitor corporativo de cumplimiento. Los DPA

describen la conducta, cooperación y remediación, en su caso, de la compañía, y proporcionan un cálculo de la sanción conforme a lo establecido en las Pautas de Sentencia de los EE. UU. Además de presentarse públicamente, el DOJ publica todos sus DPA en su página web. Si la empresa cumple con éxito sus obligaciones durante la vigencia del acuerdo (normalmente tres años), el DOJ procederá a desestimar los cargos presentados. La finalización exitosa de un DPA por parte de una empresa es calificada como una sentencia condenatoria. Otros países, tales como el Reino Unido y Francia, también han instituido marcos similares a los DPA para resolver asuntos corporativos mediante los cuales una empresa puede evitar el enjuiciamiento si se apega a las condiciones que se le imponen durante un período de tiempo determinado.

Acuerdos de no enjuiciamiento

En los acuerdos de no enjuiciamiento, o NPA según se conoce comúnmente, el DOJ conserva el derecho de presentar cargos, pero se abstiene de hacerlo para permitir a la compañía demostrar su buena conducta durante el término de un NPA. A diferencia de un DPA, un NPA no es presentado ante un tribunal, sino que es conservado entre las partes. En el caso de un NPA con una compañía por delitos relacionados con el FCPA, el acuerdo está disponible al público en la página web del DOJ. Los requisitos de un NPA son similares a los de un DPA, y generalmente se requiere la renuncia al plazo de prescripción, la cooperación continua, la admisión de los hechos sustantivos y compromisos de cumplimiento y corrección, además del pago de una sanción monetaria. Si la compañía cumple con el acuerdo durante toda la vigencia del mismo, el DOJ no presenta cargos penales. Si un individuo cumple con los términos de su NPA, a saber, a través de su cooperación verdadera y completa y conducta continua de cumplimiento con la ley, el DOJ no presentará cargos penales.

Declinaciones de enjuiciamiento

Conforme a lo expuesto arriba, la decisión del DOJ de iniciar o declinar una acción de aplicación del FCPA se toma conforme a lo establecido en los *Principios de Enjuiciamiento Federal*, en el caso de individuos, y en los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* y la *CEP*, en el caso de compañías. Según se describió, en el caso de individuos, los *Principios de Enjuiciamiento Federal* recomiendan que los fiscales sopesen todas las consideraciones pertinentes, incluyendo:

- las prioridades de aplicación de la ley federal;
- la naturaleza y gravedad del delito;
- el efecto disuasorio del enjuiciamiento;
- la culpabilidad de la persona en relación con el delito;
- los antecedentes de actividad delictiva de la persona;
- la voluntad de la persona de cooperar con la investigación o enjuiciamiento de otros; y
- la condena u otras consecuencias probables si la persona es declarada culpable.[406]

Los *Principios de Enjuiciamiento Federal* establecen comentarios adicionales sobre cada uno de estos factores. Por ejemplo, explican que los fiscales deben tener en cuenta las prioridades de la aplicación de las leyes federales porque las leyes federales y los recursos judiciales no son suficientes para permitir el enjuiciamiento de toda infracción alegada dentro de la jurisdicción federal. El efecto disuasorio del enjuiciamiento debe ser tomada en cuenta también porque algunos delitos, "a pesar de carecer aparentemente de gran importancia por ellas mismas, si son cometidos comúnmente pueden tener un impacto acumulativo considerable en la comunidad".[407]

Conforme a lo expuesto arriba, los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* requieren a los fiscales considerar diez factores para determinar si procesarán a una entidad corporativa por violaciones del FCPA, incluyendo la naturaleza y gravedad del delito; la omnipresencia de mala conducta dentro de la compañía; los antecedentes de conductas similares en la compañía; la existencia y efectividad del programa de cumplimiento prexistente; si la compañía voluntariamente divulgó la conducta indebida; el alcance de la cooperación

de la compañía con la investigación del gobierno; las medidas correctivas tomadas por la compañía; las consecuencias colaterales que emanarán de la resolución; la idoneidad de enjuiciamientos de individuos; y la idoneidad de los remedios, tales como acciones civiles o regulatorias de cumplimiento.

De conformidad con estas directrices, el DOJ ha declinado el enjuiciamiento tanto de individuos como de entidades corporativas en numerosos casos con base en ciertos hechos y circunstancias que se han presentado en esos asuntos, tomando en cuenta la evidencia disponible.[408] Para proteger los derechos de privacidad y otros intereses de las partes no implicadas y de otras partes potencialmente interesadas, el DOJ tiene una política de larga data de no proporcionar, sin el consentimiento de la parte, información que no sea pública sobre los asuntos en los cuales ha declinado el enjuiciamiento. Sin embargo, para situar las declinaciones del DOJ en su contexto, el DOJ ha declinado recientemente varias docenas de casos contra compañías en las cuales ha habido alegatos de violaciones potenciales del FCPA.

Además de los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales*, según lo expuesto arriba, el DOJ ha implementado la *CEP* para proporcionar incentivos y beneficios adicionales para las compañías que voluntariamente divulguen conductas indebidas, cooperen completamente, instituyan remedios completos, incluyendo la presunción de una declinación (con la devolución de las ganancias ilícitas), a menos que existan circunstancias agravantes. Una declinación de conformidad con la *CEP* es un caso que habría sido procesado o resuelto penalmente a menos que la compañía no hubiere divulgado voluntariamente, cooperado completamente, instituido remedios y pagado la devolución de ganancias, el decomiso y/o la restitución. Si un caso hubiere sido declinado en ausencia de dichas circunstancias, no es considerado como una declinación de conformidad con la *CEP*. Las declinaciones otorgadas conforme a la *CEP* son públicas en la página web de DOJ/FCPA.

¿Cuáles son los diferentes tipos de resoluciones de la SEC?

Acciones cautelares civiles y remedios

En una acción civil de prohibición, la SEC solicita una orden judicial ordenando al acusado que no cometa futuras violaciones de las leyes que dieron lugar a la acción. Las sanciones por desacato civil presentadas por la SEC son de índole correctiva más que punitiva y sirven uno de dos propósitos: compensar a la parte afectada como resultado de la violación de la orden de prohibición u obligar al cumplimiento de los términos de la orden de prohibición.

Cuando un acusado se ha beneficiado de una violación de la ley, la SEC puede obtener una solución equitativa de devolución de ganancias ilícitas e intereses devengados previo al fallo, y puede también imponer sanciones monetarias conforme a lo establecido en las secciones 21(d)(3) y 32(c) del Exchange Act. La SEC puede también solicitar una medida adicional (como la rendición de cuentas por parte del acusado). Conforme a la sección 21(d)(5), la SEC puede también solicitar cualquier otra solución equitativa que sea apropiada o necesaria para el beneficio de inversionistas, como medidas correctivas fortalecidas o la imposición de un asesor o monitor independiente de cumplimiento, y cualquier tribunal federal puede conceder dicha solución.

Acciones civiles administrativas y remedios

La SEC tiene la facultad de instituir varios tipos de procedimientos administrativos en contra de un individuo o entidad que presuntamente ha violado la ley. Este tipo de acción de cumplimiento es llevada por la División de Cumplimiento de la SEC y es litigado ante un juez de derecho administrativo de la SEC (ALJ, por sus siglas en inglés). La decisión del ALJ está sujeta a una apelación directa ante la misma Comisión de Bolsa y Valores, y la decisión de la Comisión está sujeta a su vez a una revisión por el Tribunal de Apelaciones de los EE. UU.

Los procedimientos administrativos prevén una variedad de mecanismos de remedio. Para los individuos y entidades reguladas, tales como corredores-vendedores y asesores de inversiones y las personas asociadas con estos, las sanciones incluyen la censura, límites impuestos a sus actividades, la suspensión por hasta doce meses, y la prohibición a la asociación o la revocación de su registro. Para los profesionales tales como los abogados o contadores, la SEC puede ordenar, mediante los procedimientos conforme a la Regla 102(e), que los profesionales sean censurados, suspendidos o inhabilitados de presentarse o ejercer sus cargos ante la SEC.[409] El personal de la SEC puede solicitar una orden de un juez de derecho administrativo que obligue al imputado a cesar y desistirse de cualquier violación actual o futura de las leyes de valores. Además, la SEC puede obtener la devolución de ganancias, los intereses devengados previo al fallo y sanciones civiles monetarias a través de procedimientos administrativos celebrados conforme a la sección 21B del Exchange Act, y puede también ordenar otros remedios para cumplir con las leyes federales de valores, tales como medidas correctivas fortalecidas o la contratación de un asesor o monitor independiente de cumplimiento.

Acuerdos de enjuiciamiento diferido

Un acuerdo de enjuiciamiento diferido es un acuerdo escrito entre la SEC y un individuo o compañía en vías de cooperar, según el cual la SEC acuerde renunciar a una acción de cumplimiento contra la persona o la empresa si la persona o la empresa acuerda, entre otras cosas: (1) cooperar honesta y plenamente con la investigación de la SEC y las acciones de aplicación relacionadas; (2) celebrar un acuerdo de suspensión de la prescripción durante un plazo largo; (3) cumplir con prohibiciones expresas y/o compromisos durante un período de enjuiciamiento diferido; y (4) bajo ciertas circunstancias, aceptar admitir o no disputar los hechos subyacentes que la SEC pueda alegar para establecer una violación de las leyes federales de valores.

Si el acuerdo es violado durante el período de enjuiciamiento diferido, el personal de la SEC puede recomendar que la Comisión entable una acción de cumplimiento contra el individuo o empresa por la conducta indebida original, así como por cualquier otra conducta indebida adicional. Además, si la Comisión autoriza la acción de aplicación, el personal de la SEC puede utilizar cualquier admisión fáctica realizada por el individuo cooperante o compañía en apoyo a una moción de juicio resumido, mientras se mantenga la facultad para imponer una acción de cumplimiento por cualquier conducta indebida adicional en una fecha posterior.

En mayo de 2011, la SEC celebró su primer acuerdo de enjuiciamiento diferido contra una compañía por violaciones del FCPA.[410] En ese caso, un fabricante global de productos de tubos de acero violó el FCPA al sobornar a funcionarios del gobierno de Uzbekistán durante un proceso de licitación para suministrar tuberías para el transporte de petróleo y gas natural. La compañía percibió ganancias de más de 5 millones de dólares cuando le fue adjudicado posteriormente diversos contratos por el gobierno de Uzbekistán. La compañía descubrió la conducta indebida durante una revisión global de sus operaciones y lo llevó ante el gobierno. Además de la divulgación voluntaria, la compañía condujo una profunda investigación interna; cooperó plenamente y en tiempo real con el personal de la SEC y el DOJ, y llevó a cabo un programa amplio de corrección, incluyendo mejores procedimientos y capacitaciones anticorrupción. Según los términos del DPA, la compañía pago 5.4 millones de dólares en devolución de ganancias e intereses devengados previo al fallo. La compañía también pagó 3.5 millones de dólares en sanciones monetarias para resolver una investigación penal entablada por el DOJ a través de un NPA.[411]

Para más información sobre acuerdos de enjuiciamiento diferido ver el *Manual de Cumplimiento* de la SEC.[412]

Acuerdos de no enjuiciamiento

Un acuerdo de no enjuiciamiento es un acuerdo escrito entre la SEC y un individuo o compañía con potencial de cooperar, celebrada bajo circunstancias limitadas y apropiadas, que establece que la SEC no va a entablar una acción en contra de un individuo o compañía si el individuo o compañía acuerda, entre otras cosas: (1) cooperar honesta y plenamente con la investigación de la SEC y acciones de cumplimiento relacionadas; y (2) cumplir, bajo ciertas circunstancias, ciertos compromisos expresos. Si el acuerdo es violado, el personal de la SEC conserva su facultad para recomendar una acción de cumplimiento a la Comisión en contra del individuo o compañía.

Para más información sobre los acuerdos de no enjuiciamiento ver el *Manual de Cumplimiento* de la SEC.[413]

Cartas de terminación y declinaciones de enjuiciamiento

Conforme a lo expuesto arriba, la decisión de la SEC de entablar o declinar una acción de cumplimiento conforme al FCPA es realizada de acuerdo con los principios rectores establecidos en el *Manual de Cumplimiento* de la SEC. Los mismos hechos que se aplican al personal de la SEC para determinar si recomendarán una acción de cumplimiento en contra de un individuo o entidad se aplican a la decisión de cerrar una investigación sin recomendar una acción de cumplimiento.[414] Generalmente, el personal de la SEC considera, entre otras cosas:

- la gravedad de la conducta y las posibles violaciones;
- los recursos disponibles al personal de la SEC para promover la investigación;
- la suficiencia y solidez de la evidencia;
- el alcance del daño potencial a los inversionistas si no se inicia una acción; y
- la antigüedad de la conducta subyacente a las posibles violaciones.

La SEC ha declinado acciones de cumplimiento en contra de individuos, así como compañías con base en los hechos y circunstancias presentes en esos asuntos, por ejemplo, si la conducta no fue de gran magnitud, la compañía cooperó plenamente y la compañía identificó y remedió la conducta indebida rápidamente. La política de la División de Cumplimiento de la SEC es notificar a los individuos y entidades lo más pronto posible cuando el personal ha determinado no recomendar acciones de cumplimiento contra ellos por la Comisión. Esta notificación se realiza a través de una carta de terminación.

Para proteger los derechos de privacidad y otros intereses de las partes no implicadas y de otras partes potencialmente interesadas, la SEC no divulga información no pública relacionada con el cierre de investigaciones a menos que la ley lo requiera.

¿Cuáles son algunos ejemplos de declinaciones pasadas del DOJ y la SEC?

Conforme a lo expuesto arriba, con respecto a la *CEP*, el DOJ ha anunciado declinaciones del enjuiciamiento de compañías que divulgaron voluntariamente, cooperaron plenamente y remediaron oportuna y apropiadamente. Aparte de los casos conforme a la *CEP*, ni el DOJ ni la SEC típicamente hace públicas sus declinaciones, pero, para ilustrar cómo funciona el proceso, a continuación presentamos algunos ejemplos anonimizados de asuntos en los que el DOJ y la SEC han realizado declinaciones:

Ejemplo 1: Declinación con respecto a una empresa que cotiza en bolsa

El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento contra una empresa estadounidense que cotiza en bolsa. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- **La compañía descubrió que sus empleados habían recibido información sobre la licitación de un competidor de un tercero con conexiones con el gobierno extranjero.**

(sigue)

- La compañía inició una investigación interna, retiró su oferta en la licitación, despidió a los empleados involucrados, cortó su relación con el agente externo y divulgó voluntariamente la conducta a la División Antimonopolio del DOJ, quien también declinó el enjuiciamiento.
- Durante la investigación interna, la compañía descubrió varias alertas en materia del FCPA, incluyendo inquietudes previas sobre el agente externo, todo lo cual fue divulgado voluntariamente al DOJ y a la SEC.
- La compañía tomó medidas substanciales inmediatamente para mejorar su programa de cumplimiento.

Ejemplo 2: Declinación con respecto a una empresa que cotiza en bolsa

El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento contra una empresa pública estadounidense que cotiza en bolsa. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- Con conocimiento de los empleados de una subsidiaria de la compañía, una empresa de construcción contratada pagó sobornos relativamente pequeños, los cuales fueron aprobados indebidamente por la firma de abogados local de la compañía, a inspectores del código de construcción en el extranjero.
- Cuando el departamento de cumplimiento de la compañía tuvo conocimiento de los sobornos, terminó inmediatamente con la conducta, cortó su relación con la compañía de construcción y la firma de abogados y despidió o disciplinó a los empleados involucrados.
- La compañía realizó una profunda investigación interna y divulgó voluntariamente lo ocurrido al DOJ y a la SEC.
- La compañía reorganizó su departamento de cumplimiento, nombró a un nuevo ejecutivo de cumplimiento dedicado a temas anticorrupción, mejoró el programa de capacitación y cumplimiento y llevó a cabo una revisión de todas las relaciones internacionales de la compañía con terceros.

Ejemplo 3: Declinación con respecto a una empresa que cotiza en bolsa

El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento contra una empresa estadounidense de servicios industriales que cotiza en bolsa por sobornos pagados por parte de una pequeña subsidiaria extranjera. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- La compañía divulgó voluntariamente la conducta al DOJ y a la SEC.
- El monto total de los pagos impropios era relativamente pequeño, y la actividad parecía ser un incidente aislado de un solo empleado de la subsidiaria.
- Las ganancias potencialmente obtenidas de los pagos impropios eran muy pequeñas.
- Los pagos fueron detectados por los controles internos existentes en la compañía. El comité de auditoría de la compañía condujo una profunda e independiente investigación interna. Los resultados de la investigación fueron proporcionados al gobierno.
- La compañía cooperó plenamente con las investigaciones del DOJ y de la SEC.
- La compañía implementó acciones correctivas significativas y fortaleció la estructura de sus controles internos.

Ejemplo 4: Declinación con respecto a una empresa que cotiza en bolsa

El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento contra una empresa estadounidense de servicios de petróleo y gas que cotiza en bolsa por pequeños sobornos pagados por el agente aduanero de una subsidiaria extranjera. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- Los controles internos de la compañía detectaron a tiempo un soborno potencial antes de que el pago se hubiera realizado.
- Cuando la administración de la compañía tuvo conocimiento del soborno potencial, la administración inmediatamente informó del problema al director de asesoría legal de la compañía y al Comité de Auditoría e impidieron el pago.
- Dentro de unas semanas después de enterarse de la tentativa de soborno, la compañía proporcionó

(sigue)

capacitación presencial en materia del FCPA a los empleados de la subsidiaria y llevó a cabo una extensa investigación interna para determinar si alguna de las subsidiarias en la misma región había realizado este tipo de conducta indebida.

- La compañía divulgó voluntariamente la conducta indebida y los resultados de su investigación interna al DOJ y la SEC.
- La compañía cooperó plenamente en las investigaciones del DOJ y la SEC.
- Además de la capacitación inmediata en la subsidiaria involucrada, la compañía proporcionó capacitación amplia en materia del FCPA a todos sus empleados y condujo una revisión exhaustiva de su programa de cumplimiento anticorrupción.
- La compañía fortaleció sus controles internos y sus políticas y procedimientos de administración de registros, incluyendo el requisito de auditorías internas periódicas de los pagos aduanales.
- Como parte de sus medidas correctivas, la compañía determinó que se usaría a los abogados locales en lugar de agentes aduaneros para tramitar los permisos, con instrucciones de "pase lo que pase, no pagamos sobornos"—una política que resultó en trámites más largos y costosos para la obtención de permisos.

Ejemplo 5: Declinación con respecto a una empresa que cotiza en bolsa

El DOJ y la SEC declinaron tomar acciones de cumplimiento contra una empresa estadounidense de productos de consumo que cotiza en bolsa en relación con su adquisición de una empresa extranjera. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- La compañía identificó los potenciales pagos impropios a funcionarios del gobierno local como parte de su debida diligencia previa a la adquisición.
- La compañía desarrolló rápidamente un plan integral para investigar, corregir y remediar cualquier problema en materia del FCPA después de la adquisición.
- La compañía divulgó los problemas voluntariamente y rápidamente antes de la adquisición y proporcionó los resultados de su investigación al gobierno en tiempo real.
- Los controles internos existentes de la compañía adquirente y el programa de cumplimiento eran robustos.
- Después del cierre de la adquisición, la compañía implementó un plan correctivo integral, aseguró la suspensión de todos los pagos impropios, proporcionó capacitación amplia a los empleados de la nueva subsidiaria en materia del FCPA e incorporó a la nueva subsidiaria rápidamente a los controles internos y ambiente de cumplimiento de la compañía.

Ejemplo 6: Declinación con respecto a una empresa que no cotiza en bolsa

En el 2011, el DOJ declinó el enjuiciamiento de una empresa estadounidense que no cotiza en bolsa y su subsidiaria extranjera. Los factores tomados en cuenta incluyeron:

- La compañía divulgó voluntariamente los sobornos pagados a funcionarios de seguridad social en un país extranjero. El monto total de los sobornos fue pequeño.
- Cuando fueron descubiertas, las prácticas corruptas fueron inmediatamente terminadas.
- La conducta fue investigada a profundidad y los resultados de la investigación fueron proporcionados inmediatamente al DOJ.
- Todos los individuos involucrados fueron despedidos o disciplinados. La compañía también cortó su relación con su firma de abogados extranjera.
- La compañía instituyó programas mejorados de capacitación y cumplimiento en proporción con su tamaño y exposición al riesgo.

DISPOSICIONES Y PROTECCIONES PARA DENUNCIANTES

La asistencia e información brindada por un denunciante o delator (*whistleblower*) con conocimiento de violaciones posibles de las leyes de valores pueden representar una de las armas más poderosas del arsenal de las fuerzas del orden público. A través de su conocimiento de las circunstancias e individuos involucrados, los denunciantes pueden ayudar a la SEC y al DOJ a identificar violaciones posibles mucho antes de lo que hubiera sido posible de otra manera, permitiendo así a la SEC y al DOJ minimizar el daño a los inversionistas, conservar mejor la integridad de los mercados de capitales estadounidenses y hacer responder rápidamente a los responsables de conductas ilícitas.

La Ley Sarbanes-Oxley de 2002 y la Ley Dodd-Frank de 2010 contienen disposiciones aplicables a denunciantes que informen sobre violaciones del FCPA. Sarbanes-Oxley prohíbe a las emisoras tomar represalias contra los denunciantes y establece que empleados que sufren represalias por informar sobre posibles violaciones a las leyes de valores pueden presentar una demanda ante el Departamento de Trabajo, por la cual serían elegibles para el reintegro a su cargo, pagos atrasados y otras compensaciones.[415] Sarbanes-Oxley también prohíbe las represalias contra los empleados denunciantes bajo el estatuto de obstrucción a la justicia.[416]

En 2010, la Ley Dodd-Frank agregó la sección 21F al Exchange Act, que aborda los incentivos y protecciones para los denunciantes. La sección 21F autoriza a la SEC a otorgar compensación monetaria a las personas elegibles que voluntariamente presenten información original de alta calidad que conduzca a acciones de cumplimiento en las que se ordenen sanciones por más de 1 millón de dólares.[417] La Comisión otorga indemnizaciones por un valor total igual a no menos del 10 por ciento, y no más del 30 por ciento, de las sanciones monetarias que han sido recaudadas mediante las acciones. La Ley Dodd-Frank también prohíbe a los empleadores a tomar represalias contra los denunciantes y crea un derecho de acción privado para los empleados que sufren represalias.[418]

Asimismo, los negocios deben tener en cuenta que las represalias contra un denunciante también puede violar las leyes estatales, locales o extranjeras que protegen a los denunciantes.

El 12 de agosto de 2011, la versión final de las reglas del Programa de Denunciantes de la SEC entró en vigor. Estas reglas establecen los requisitos para que un denunciante sea elegible para una indemnización, los factores que la SEC usará para determinar el total de la compensación, las categorías de individuos que están excluidos de la posibilidad de una indemnización y las categorías de individuos que están sujetos a límites en la consideración de una indemnización.[419] La versión final de las reglas fortalece los incentivos para que los empleados denuncien sospechas de violaciones a través de los programas internos de cumplimiento cuando sea apropiado, a pesar de que no se requiere que un empleado proceda por este canal para calificar para una indemnización.[420]

Las personas con información sobre una posible violación a las leyes federales de valores, incluidas violaciones del FCPA, deben presentar la información a la SEC ya sea en línea a través del sistema de pistas, denuncias y referencias (*Tips, Complaints, and Referrals*) (TCR, por sus siglas en inglés) de la SEC y el formulario de denuncias (disponible en https://www.sec.gov/tcr) o mediante el envío del formulario TCR por correo o fax a la Oficina del Denunciante de la Comisión.

Los denunciantes pueden presentar información anónimamente. Sin embargo, para ser considerado elegible para una indemnización conforme al programa de denunciantes de la SEC, la información debe ser proporcionado por un abogado en representación de un denunciante anónimo.[421] Independientemente de que un denunciante presente su informe de manera anónima o no, la SEC se compromete a proteger la identidad de un denunciante en la mayor medida posible bajo la ley.[422] La Oficina del Denunciante de la SEC administra el Programa de Denunciantes de la SEC y responde a preguntas del público acerca del programa. Hay más información disponible sobre el Programa de Denunciantes de la SEC, incluyendo respuesta a preguntas frecuentes, en http://www.sec.gov/whistleblower.

Oficina del Denunciante de la SEC

100 F Street NE, Mail Stop 5971
Washington, DC 20549

Facsímile: (703) 813-9322

Formulario de denuncias en línea:
http://www.sec.gov/whistleblower

PROCEDIMIENTO DE OPINIÓN DEL DOJ

El procedimiento de opinión del DOJ sigue siendo un mecanismo útil para las compañías e individuos para determinar si una conducta propuesta podría ser procesada por el DOJ conforme al FCPA.[423] En términos generales, conforme al procedimiento de opinión, las partes presentan información al DOJ, después de lo cual el DOJ emite una opinión sobre si la conducta propuesta estaría sujeta a su política de aplicación de la ley. Todas las opiniones previas del DOJ están disponibles en línea.[424] Las partes interesadas en obtener una opinión deben seguir estos pasos:[425]

Primero, los que buscan una opinión deben evaluar si su pregunta se relaciona con una conducta prospectiva real.[426] El procedimiento de opinión no puede ser utilizado para obtener dictámenes sobre conductas puramente históricas o sobre preguntas hipotéticas. El DOJ no considerará una solicitud a menos que aquella parte de la transacción sobre la cual se busca una opinión involucre exclusivamente una conducta prospectiva, aunque la transacción en su conjunto tenga componentes que ya hubieran ocurrido. Un contrato suscrito no es un prerrequisito y, en casi todas las instancias—o quizás en todas—una solicitud de opinión debe presentarse antes de que el solicitante se comprometa a proceder con una transacción.[427] Los que busquen solicitudes deben estar conscientes que la opinión de FCPA solo se relaciona con provisiones antisoborno del FCPA.[428]

Segundo, antes de realizar la solicitud, la compañía o el individuo debe averiguar si constituye una emisora o una persona natural o jurídica doméstica, como solamente esas categorías pueden recibir una opinión.[429] Si la transacción involucra a más de una emisora o persona natural o jurídica doméstica, se debe considerar solicitar una opinión conjunta, como los dictámenes se aplican únicamente a las partes que los soliciten.[430]

Tercero, los que buscan una opinión deben presentar su solicitud por escrito. La solicitud debe ser específica y acompañada de toda la información pertinente y sustantiva relacionada con la conducta y las circunstancias sobre las cuales se solicita

la opinión. La información sustantiva incluye información sobre el contexto, copias completas de todos los documentos operativos y declaraciones detalladas de todos los entendimientos colaterales u orales, si los hay. Los que buscan opiniones tienen una obligación afirmativa de realizar divulgaciones completas y verdaderas.[431] Los materiales divulgados al DOJ no se harán públicos sin el consentimiento de la parte que los proporcione.[432]

Cuarto, la solicitud debe firmarse. En el caso de los solicitantes corporativos, el signatario debe ser un ejecutivo superior apropiado con responsabilidad operativa de la conducta sujeta a la solicitud y que haya sido nombrado por el director ejecutivo de la corporación. En ciertos casos, el DOJ puede exigir que el director ejecutivo firme también la solicitud. Los que firmen la solicitud deben certificar que contiene una divulgación verdadera, correcta y completa en relación con la conducta propuesta y las circunstancias de la conducta.[433]

Quinto, un original y cinco copias de la solicitud deben ser enviados a: Assistant Attorney General in charge of the Criminal Division [Fiscal General Auxiliar a cargo de la División Penal], Attention: FCPA Opinion Group.[434] La dirección postal es: P.O. Box 28188 Central Station, Washington, D.C. 20038. El DOJ también requiere que se envíe una copia electrónica de cortesía a: FCPA.Fraud@usdoj.gov.

El DOJ evaluará la solicitud de opinión en materia del FCPA.[435] Una parte puede retirar una solicitud de opinión en cualquier momento previo a la emisión de la opinión.[436] Si la solicitud se encuentra completa y toda la información pertinente se ha presentado, el DOJ responderá a la solicitud mediante la emisión de una opinión dentro de 30 días.[437] Si la solicitud se encuentra incompleta, el DOJ indicará al solicitante la información adicional o documentos que requiere el DOJ para revisar la solicitud. Dicha información deberá ser proporcionada al DOJ sin demora. Una vez que la información adicional ha sido recibida, el DOJ emitirá una opinión dentro de 30 días de haber recibido dicha información adicional.[438] Las opiniones en materia del FCPA del DOJ señalan si, para fines de la política de cumplimiento actual del DOJ, la conducta prospectiva violaría las disposiciones antisoborno de la emisora o de la persona natural o jurídica doméstica.[439] El DOJ también puede adoptar otras posiciones en la opinión según lo considere apropiado.[440] En la medida en que la opinión concluya que la conducta propuesta no viola el FCPA, se crea una presunción refutable de que la conducta del solicitante que formó la base de la opinión cumple con el FCPA.[441] Con el objetivo de proporcionar orientaciones no vinculantes a la comunidad empresarial, el DOJ publica versiones de sus opiniones en la página web.[442]

Si, después de recibir una opinión, una parte siente preocupaciones acerca de una conducta prospectiva que se encuentre fuera del alcance de la conducta descrita en una solicitud anterior, la parte puede presentar una solicitud adicional de opinión siguiendo el procedimiento descrito anteriormente.[443]

CONCLUSIÓN

El FCPA fue diseñado para impedir prácticas corruptas, proteger a inversionistas y proporcionar condiciones equivalentes para las compañías honestas que tratan de ganar negocios con base en calidad y el precio en lugar de sobornos. Siguiendo el liderazgo del Congreso con la promulgación del FCPA hace 45 años, y a través de la persistencia de los esfuerzos diplomáticos internacionales y del orden público desde ese tiempo, leyes similares al FCPA para prohibir el soborno internacional han sido promulgadas por la mayoría de los socios comerciales importantes de los EE. UU.

Esta guía es diseñada para brindar consejos prácticos sobre nuestras consideraciones con respecto al cumplimiento, así como un entendimiento más profundo de las mismas. Para las empresas que deseen competir honestamente en los mercados extranjeros, es nuestro objetivo maximizar la capacidad de esas empresas para cumplir con el FCPA de la manera más eficaz y eficiente posible de acuerdo con su giro de negocios y los mercados en los que operan. A través de nuestros esfuerzos continuos con las comunidades empresariales y legales estadounidenses e internacionales y las organizaciones no gubernamentales, el DOJ y la SEC pueden continuar protegiendo efectivamente la integridad de nuestros mercados y reducir la corrupción alrededor del mundo.

LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO

15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3, 78m, 78ff

15 U.S.C. § 78dd-1 Prácticas de comercio exterior prohibidas a las emisoras [sección 30A del Securities Exchange Act (Ley de Bolsa de Valores) de 1934]

(a) Prohibición

Será ilegal para cualquier emisora que tenga una clase de valores registrada conforme a la sección 78*l* de este título o que esté sujeta a la presentación de informes conforme a la sección 78*o*(d) de este título, o para cualquier ejecutivo, director, empleado o agente de dicha emisora o cualquier accionista de la misma actuando en representación de dicha emisora, hacer uso de los correos o de cualquier medio o instrumento del comercio interestatal de manera corrupta o realice algún otro acto de manera corrupta para promover una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, u oferta, obsequio, promesa de entrega o autorización de entrega de cualquier cosa de valor a—

(1) cualquier funcionario extranjero con el propósito de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho funcionario extranjero a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación de su deber legal, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida, o

(B) inducir a dicho funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha emisora en la obtención o retención de negocios para o con cualquier persona o para dirigir negocios a cualquier persona;

(2) cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o cualquier candidato a cargo político en el extranjero con el propósito de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación del deber legal de dicho partido, funcionario o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha emisora en la obtención o retención de negocios para o con cualquier persona o para dirigir negocios a cualquier persona; o

(3) cualquier persona, a sabiendas de que todo o una parte de dicho dinero o cosa de valor será ofrecida, entregada o prometida, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o a cualquier candidato a cargo político en el extranjero, con el propósito de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad, con el objetivo de ayudar a dicha emisora a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a cualquier persona.

(b) Excepción para acciones gubernamentales de rutina

Las subsecciones (a) y (g) no serán aplicables a los pagos de facilitación o agilización efectuados a un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido cuyo propósito sea agilizar o asegurar la realización de una acción gubernamental de rutina por un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido.

(c) Defensas afirmativas

Será una defensa afirmativa ante las acciones realizadas conforme a las subsecciones (a) o (g) que—

(1) el pago, obsequio, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea legal conforme a las leyes y regulaciones escritas del país del funcionario extranjero, partido político funcionario de partido o candidato; o

(2) el pago, obsequio, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea un gasto razonable o de buena fe, tales como gastos de viaje y hospedaje, incurrido por o en representación de un funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato y que esté directamente relacionado a—

(A) la promoción, demostración, o explicación de productos o servicios; o

(B) la ejecución o cumplimiento de un contrato con un gobierno extranjero o agencia del mismo.

(d) Directrices del Fiscal General

A más tardar un año después del 23 de agosto de 1988, el Fiscal General, tras consultar con la Comisión, el Secretario de Comercio, el Representante Comercial de los EE. UU., el Secretario de Estado y el Secretario del Tesoro, y después de obtener los puntos de vista de todas las personas interesadas a través del mecanismo de aviso público y procedimientos de comentarios, determinará en qué medida se podría mejorar el cumplimiento con esta sección y en qué medida la comunidad empresarial se vería beneficiada por una mayor aclaración de las disposiciones anteriores de esta sección y podría, con base en dicha determinación y en la medida necesaria y apropiada, emitir—

(1) directrices que describan los tipos específicos de conducta asociados con tipos comunes de acuerdos de ventas de exportaciones y contratos de negocios que, para fines de la política actual de cumplimiento del Departamento de Justicia, determine el Fiscal General que estarían de conformidad con las disposiciones anteriores de esta sección, y

(2) procedimientos cautelares generales que las emisoras puedan utilizar de forma voluntaria para ajustar su conducta a la política actual de

cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones precedentes de esta sección.

El Fiscal General emitirá las directrices y procedimientos indicados en la oración que precede de conformidad con las disposiciones del subcapítulo II del capítulo 5 del Título 5 y dichas directrices y procedimientos estarán sujetos a las disposiciones del capítulo 7 de dicho título.

(e) Opiniones del Fiscal General

(1) El Fiscal General, tras consultar con los departamentos y agencias apropiadas de los EE. UU., y después de obtener los puntos de vista de todas las personas interesadas a través del mecanismo de aviso público y procedimientos de comentarios, establecerá un procedimiento para dar respuestas a consultas específicas de las emisoras sobre la manera de adecuar su conducta a la política actual de cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones anteriores de esta sección. Dentro de 30 días después de recibir dicha solicitud, el Fiscal General emitirá una opinión en respuesta a dicha solicitud. La opinión debe expresar si cierta conducta prospectiva especificada, para propósitos de la política actual de cumplimiento del Departamento de Justicia, violaría o no las disposiciones anteriores de esta sección. Solicitudes adicionales de opiniones pueden ser presentadas al Fiscal General con respecto a otra conducta prospectiva específica que quede más allá del alcance de la conducta especificada en las solicitudes previas. En cualquier acción presentada conforme a las disposiciones aplicables de esta sección, existirá una presunción refutable de que dicha conducta especificada en una solicitud de una emisora, y sobre la cual el Fiscal General haya emitido una opinión estableciendo que dicha conducta se ajusta a la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia, cumple con las disposiciones anteriores de esta sección. Dicha presunción puede ser refutada por la preponderancia de la evidencia. Al considerar la presunción para fines de este párrafo, un tribunal sopesará todos los factores pertinentes, incluyendo, sin limitación, si la información presentada al Fiscal General fue correcta y completa y si quedó dentro del alcance de la conducta especificada en cualquier solicitud recibida por el Fiscal General. El Fiscal General establecerá el procedimiento que requiere este párrafo de conformidad con las disposiciones del subcapítulo II del capítulo 5 del Título 5 y dicho procedimiento estará sujeto a las disposiciones del capítulo 7 de dicho título.

(2) Cualquier documento u otro material que sea proporcionado al Departamento de Justicia o cualquier otro departamento o agencia de los EE. UU., o recibido por dichas entidades o preparado en dichas entidades en conexión con la solicitud de una emisora conforme al procedimiento establecido en el párrafo (1), estará exento de divulgación conforme a la sección 552 del Título 5 y, salvo con el consentimiento de la emisora, no se hará disponible al público, independientemente de que el Fiscal General responda o no a dicha solicitud o que la emisora retire o no su solicitud antes de recibir una respuesta.

(3) Cualquier emisora que haya presentado una solicitud al Fiscal General conforme al párrafo (1) puede retirar su solicitud antes de que el Fiscal General emita una opinión en respuesta a dicha solicitud. Toda solicitud retirada de esta manera no tendrá fuerza ni efecto.

(4) En la medida de lo posible, el Fiscal General proporcionará orientaciones oportunas sobre la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones anteriores de esta sección a los potenciales exportadores y pequeñas empresas que no puedan obtener asesoría especializada sobre cuestiones relacionadas con dichas disposiciones. Dichas orientaciones se limitarán a respuestas a las solicitudes presentadas conforme al párrafo (1) con respecto a la conformidad de la conducta prospectiva específica con la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia sobre las disposiciones anteriores de esta sección y

explicaciones generales de las responsabilidades de cumplimiento y la posible responsabilidad civil conforme a las disposiciones anteriores de esta sección.

(f) Definiciones

Para fines de esta sección:

(1)(A) El término "funcionario extranjero" significa cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia o instrumentalidad del mismo, o de una organización pública internacional, o cualquier persona que actúe en una capacidad oficial para o en representación de dicho gobierno o departamento, agencia o instrumentalidad, o para o en representación de dicha organización pública internacional.

(B) Para fines del subpárrafo (A), el término "organización pública internacional" significa—

(i) una organización designada por una orden ejecutiva de conformidad con la sección 288 del Título 22; o

(ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por orden ejecutiva para fines de esta sección, efectiva a la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.

(2) (A) El estado mental de una persona es "a sabiendas" con respecto a una conducta, circunstancia, o resultado si—

(i) dicha persona se da cuenta que dicha persona está realizando dicha conducta, que dicha circunstancia existe o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial; o

(ii) dicha persona tiene la firme convicción de que dicha circunstancia existe o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial.

(B) Cuando se requiere establecer el conocimiento de la existencia de una circunstancia específica para comprobar un delito, dicho conocimiento se establece si una persona es consciente de que existe una alta probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a menos que la persona crea verdaderamente que dicha circunstancia no existe.

(3)(A) El término "acción gubernamental de rutina" significa únicamente una acción realizada ordinaria y comúnmente por un funcionario extranjero en—

(i) la obtención de permisos, licencias, u otros documentos oficiales para habilitar a una persona para realizar negocios en un país extranjero;

(ii) el trámite de documentos gubernamentales, tales como visas y órdenes de trabajo;

(iii) la protección policial, la recogida y entrega de correo o la programación de inspecciones relacionadas con el cumplimiento de contratos o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes en el país;

(iv) la prestación de servicios de teléfono, el suministro de electricidad y agua, la carga y descarga de cargamento, o el resguardo de bienes perecederos o mercancías contra su deterioro; o

(v) acciones de naturaleza similar.

(B) El término "acción gubernamental de rutina" no incluye ninguna decisión tomada por un funcionario extranjero acerca de la adjudicación de un nuevo negocio o la continuación de los negocios con una parte en particular, o sobre los términos de dichos negocios, o sobre alguna acción tomada por un funcionario extranjero involucrado en el proceso de toma de decisión para promover una decisión de adjudicar nuevos negocios o continuar los negocios con una parte en particular.

(g) Jurisdicción alternativa

(1) También será ilegal que cualquier emisora, organizada conforme a las leyes de los EE. UU. o de cualquier estado, territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU. o subdivisión política de los mismos, y que tenga una clase de valores registrada conforme a la sección 78l de este título o que esté obligada a presentar informes conforme a la sección 78o(d) de este título, o cualquier persona de los EE. UU. que sea un ejecutivo, director, empleado o agente de dicha emisora o accionista de la misma, actuando en representación de dicha emisora, realice de manera corrupta cualquier acto fuera de los EE. UU. en apoyo de una oferta,

pago, promesa de pago o autorización del pago de cualquier dinero, u oferta, obsequio, promesa de entrega o autorización para la entrega de cualquier cosa de valor, a cualquiera de las personas o entidades expuestas en los párrafos (1), (2) y (3) de esta subsección (a) de esta sección para los fines establecidos en la misma, independientemente de que dicha emisora o dicho ejecutivo, director, empleado, agente o accionista haga uso de los correos o de cualquier medio o instrumento del comercio interestatal en apoyo de dicha oferta, obsequio, pago, promesa o autorización.

(2) En la manera en que se usa en esta subsección, el término "persona de los EE. UU." significa un nacional de los EE. UU. (según su definición en la sección 1101 del Título 8) o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa con propietario único, organizada conforme a las leyes de los EE. UU. o de cualquier estado, territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU. o subdivisión política de los mismos.

* * *

15 U.S.C. § 78dd-2 Prácticas de comercio exterior prohibidas a las personas naturales o jurídicas domésticas

(a) Prohibición

Será ilegal que cualquier persona natural o jurídica doméstica, que no sea una emisora, sujeta a la sección 78dd-1 de este título, o cualquier ejecutivo, director, empleado o agente de dicha persona doméstica o cualquier accionista actuando en representación de dicha persona doméstica, haga uso de correos o de cualquier medio o instrumento del comercio interestatal de manera corrupta o realice algún otro acto de manera corrupta para promover una oferta, pago, promesa de pago o autorización para el pago de cualquier dinero, u oferta, obsequio, promesa de entregar o autorización para la entrega de cualquier cosa de valor a—

(1) cualquier funcionario extranjero para fines de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho funcionario extranjero a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha persona natural o jurídica doméstica a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a cualquier persona;

(2) cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o cualquier candidato a cargo político en un gobierno extranjero con el propósito de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a hacer u omitir hacer un acto en violación del deber legal de dicho partido, funcionario o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha persona natural o jurídica doméstica a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a cualquier persona;

(3) cualquier persona, a sabiendas de que todo o una parte de dicho dinero o cosa de valor será ofrecida, entregada o prometida, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero,

a cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo, o a cualquier candidato a cargo político en un gobierno extranjero, para fines de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha persona natural o jurídica doméstica a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a cualquier persona.

(b) Excepción para acciones gubernamentales de rutina

Las subsecciones (a) e (i) de esta sección no serán aplicables a los pagos de facilitación o agilización efectuados a un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido cuyo propósito sea agilizar o asegurar la realización de una acción gubernamental de rutina por un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido.

(c) Defensas afirmativas

Será una defensa afirmativa ante las acciones realizadas conforme a las subsecciones (a) o (i) que—

(1) el pago, obsequio, oferta, o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea legal conforme a las leyes y regulaciones escritas del país del funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido político o candidato; o

(2) el pago, obsequio, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea un gasto razonable y de buena fe, tales como gastos de viaje y hospedaje, incurrido por o en representación del funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido o candidato y que esté directamente relacionado a—

(A) la promoción, demostración, o explicación de productos o servicios; o

(B) la ejecución o cumplimiento de un contrato con el gobierno extranjero o agencia del mismo.

(d) Medidas cautelares

(1) Cuando resultare evidente para el Fiscal General que una persona natural o jurídica doméstica sujeta a esta sección, o un ejecutivo, director, empleado, agente o accionista de la misma, esté involucrada o esté por involucrarse en un acto o práctica que pueda constituir una violación de la subsección (a) o (i) de esta sección, el Fiscal General podrá, a su discreción, presentar una acción civil ante un tribunal de distrito competente de los EE. UU. para prohibir dicho acto o práctica y, en virtud de una comprobación adecuada, se expedirá, sin necesidad de fianza, una orden de prohibición permanente u orden de restricción provisional.

(2) Para fines de cualquier investigación civil que el Fiscal General estime necesaria y adecuada para dar cumplimiento a esta sección, el Fiscal General o su designado están facultados para administrar juramentos y afirmaciones, citar a testigos, recibir pruebas y exigir la presentación de libros, escritos, u otros documentos que el Fiscal General considere pertinentes o sustantivas para dicha investigación. La asistencia de testigos y la presentación de pruebas documentales puede ser exigida desde cualquier lugar de los EE. UU. o desde cualquier lugar, territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU., en cualquier sede de audiencia designada.

(3) En caso de contumacia por, o una negativa a obedecer una citación emitida a nombre de, cualquier persona, el Fiscal General puede invocar

la ayuda de cualquier tribunal de los EE. UU. dentro de la jurisdicción en la cual se lleve a cabo dicha investigación o procedimiento, o donde dicha persona resida o lleve a cabo sus negocios, exigiendo la presencia y testimonio de testigos y la presentación de libros, escritos u otros documentos. Cualquier tribunal de este tipo puede expedir una orden exigiendo la comparecencia de dicha persona ante el Fiscal General o su designado, para allí mismo presentar registros, en caso de una orden expedida al respecto, o para rendir testimonio con respecto al asunto investigado. Cualquier incumplimiento de dicha orden judicial podrá ser castigado por dicho tribunal en calidad de desacato. Toda notificación en dicho caso podrá ser diligenciada en el distrito judicial correspondiente al domicilio de dicha persona o al lugar en que se encuentre. El Fiscal General puede formular las reglas que regirán las investigaciones civiles según sea necesario o apropiado para implementar las disposiciones de esta subsección.

(e) Directrices del Fiscal General

A más tardar seis meses después del 23 de agosto de 1988, el Fiscal General, tras consultar con la Comisión de Bolsa y Valores, el Secretario de Comercio, el Representante Comercial de los EE. UU., el Secretario de Estado y el Secretario del Tesoro, y después de obtener los puntos de vista de todas las personas interesadas a través del mecanismo de aviso público y procedimientos de comentarios, determinará en qué medida se podría mejorar el cumplimiento con esta sección y en qué medida la comunidad empresarial se vería beneficiada por una mayor aclaración de las disposiciones anteriores de esta sección y podría, con base en dicha determinación y en la medida necesaria y apropiada, emitir—

(1) directrices que describan los tipos específicos de conducta asociados con tipos comunes de acuerdos de ventas de exportaciones y contratos de negocios que, para fines de la política actual de cumplimiento del Departamento de Justicia, el Fiscal General determine que estarían de conformidad con las disposiciones anteriores de esta sección; y

(2) procedimientos cautelares generales que las personas naturales o jurídicas domésticas puedan utilizar de forma voluntaria para ajustar su conducta a la política actual de cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones precedentes de esta sección.

El Fiscal General emitirá las directrices y procedimientos indicados en la oración que precede de conformidad con las disposiciones del subcapítulo II del capítulo 5 del Título 5 y dichas directrices y procedimientos estarán sujetos a las disposiciones del capítulo 7 de dicho título.

(f) Opiniones del Fiscal General

(1) El Fiscal General, tras consultar con los departamentos y agencias apropiadas de los EE. UU., y después de obtener los puntos de vista de todas las personas interesadas a través del mecanismo de aviso público y procedimientos de comentarios, establecerá un procedimiento para dar respuestas a consultas específicas de las personas naturales o jurídicas domésticas sobre la manera de adecuar su conducta a la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones anteriores de esta sección. Dentro de 30 días después de recibir dicha solicitud, el Fiscal General emitirá una opinión en respuesta a dicha solicitud. Dicha opinión debe expresar si cierta conducta prospectiva especificada, para fines de la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia, violaría o no las disposiciones anteriores de esta sección. Las solicitudes adicionales de opiniones pueden ser presentadas al Fiscal General con respecto a otra conducta prospectiva específica que quede más allá del alcance de la conducta especificada en las solicitudes previas. En cualquier acción presentada conforme a las disposiciones aplicables de esta sección, existirá una presunción refutable de que dicha conducta especificada en una solicitud de una persona natural o jurídica doméstica, y con respecto a la cual el Fiscal General haya emitido una opinión estableciendo

que dicha conducta se ajusta a la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia, cumple con las disposiciones anteriores de esta sección. Dicha presunción puede ser refutada por la preponderancia de la evidencia. Al considerar la presunción para fines de este párrafo, el tribunal sopesará todos los factores pertinentes, incluyendo, sin limitación, si la información presentada al Fiscal General fue correcta y completa y si quedó dentro del alcance de la conducta especificada en cualquier solicitud recibida por el Fiscal General. El Fiscal General establecerá el procedimiento que requiere este párrafo de conformidad con las disposiciones del subcapítulo II del capítulo 5 del Título 5 y dicho procedimiento estará sujeto a las disposiciones del capítulo 7 de dicho título.

(2) Cualquier documento u otro material que sea proporcionado al Departamento de Justicia o cualquier otro departamento o agencia de los EE. UU., o recibido por dichas entidades o preparado en dichas entidades en conexión con la solicitud de una persona natural o jurídica doméstica conforme al procedimiento establecido en el párrafo (1), estará exento de divulgación conforme la sección 552 del Título 5 y, salvo con el consentimiento de la persona natural o jurídica doméstica, no se hará disponible al público, independientemente de que el Fiscal General responda o no a dicha solicitud o que la persona natural o jurídica doméstica retire o no su solicitud antes de recibir una respuesta.

(3) Cualquier persona natural o jurídica doméstica que haya presentado una solicitud al Fiscal General conforme al párrafo (1) puede retirar su solicitud antes de que el Fiscal General emita una opinión en respuesta a dicha solicitud. Toda solicitud retirada de esta manera no tendrá fuerza ni efecto.

(4) En la medida de lo posible, el Fiscal General proporcionará orientaciones oportunas sobre la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia en relación con las disposiciones anteriores de esta sección a los potenciales exportadores y pequeñas empresas que no puedan obtener asesoría especializada sobre cuestiones relacionadas con dichas disposiciones. Dichas orientaciones se limitarán a respuestas a las solicitudes presentadas conforme al párrafo (1) con respecto a la conformidad de la conducta prospectiva específica con la actual política de cumplimiento del Departamento de Justicia sobre las disposiciones anteriores de esta sección y explicaciones generales de las responsabilidades de cumplimiento y la posible responsabilidad civil conforme a las disposiciones anteriores de esta sección.

(g) Sanciones

(1)(A) A toda persona doméstica que no sea una persona natural y que viole la subsección (a) o (i) de esta sección se le impondrá una multa máxima de 2,000,000 dólares.

(B) Toda persona doméstica que no sea una persona natural y que viole la subsección (a) o (i) de esta sección estará sujeta a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por el Fiscal General.

(2)(A) A toda persona natural que sea un ejecutivo, director, empleado, o agente de una persona doméstica, o accionista actuando en representación de dicha persona doméstica, que intencionalmente viole la subsección (a) o (i) de esta sección, se le impondrá una multa máxima de 100,000 dólares o una pena de prisión máxima de 5 años, o ambas sanciones.

(B) Toda persona natural que sea un ejecutivo, director, empleado, o agente de una persona doméstica, o accionista actuando en representación de dicha persona doméstica, que viole la subsección (a) o (i) de esta sección estará sujeta a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por el Fiscal General.

(3) Siempre que una multa sea impuesta conforme al párrafo (2) a cualquier ejecutivo, director, empleado, agente o accionista de una

persona doméstica, dicha multa no podrá ser pagada, directa o indirectamente, por dicha persona doméstica.

(h) Definiciones

Para fines de esta sección:

(1) El término "persona natural o jurídica doméstica" significa—

(A) Cualquier individuo que sea un ciudadano, nacional, o residente de los EE. UU.; y

(B) Cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa con propietario único cuyo principal lugar de negocios sea los EE. UU., o que esté organizada conforme a las leyes de un estado de los EE. UU. o un territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU.

(2)(A) El término "funcionario extranjero" significa cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia o instrumentalidad del mismo, o de una organización pública internacional, o cualquier persona que actúe en capacidad oficial en representación de dicho gobierno, departamento, agencia o instrumentalidad, o para o en representación de dicha organización pública internacional.

(B) Para fines del subpárrafo (A), el término "organización pública internacional" significa—

(i) una organización que ha sido designada por una orden ejecutiva de conformidad con la sección 288 del Título 22; o

(ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por orden ejecutiva para fines de esta sección, efectiva a la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.

(3)(A) El estado mental de una persona es "a sabiendas" con respecto a una conducta, circunstancia o resultado si—

(i) dicha persona es consciente de que está realizando dicha conducta, que dicha circunstancia existe, o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial; o

(ii) dicha persona tiene la firme convicción de que dicha circunstancia existe o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial.

(B) Cuando se requiere establecer el conocimiento de la existencia de una circunstancia específica para comprobar un delito, dicho conocimiento se establece si una persona tiene conocimiento de una alta probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a menos que la persona crea verdaderamente que dicha circunstancia no existe.

(4)(A) El término "acción gubernamental de rutina" significa únicamente una acción realizada ordinaria y comúnmente por un funcionario extranjero en—

(i) la obtención de permisos, licencias, u otros documentos oficiales para habilitar a una persona para realizar negocios en un país extranjero;

(ii) el trámite de documentos gubernamentales, tales como visas u órdenes de trabajo;

(iii) la protección policial, la recogida o entrega de correo o la programación de inspecciones relacionadas con el cumplimiento de contratos o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes en el país;

(iv) la prestación de servicios de teléfono, el suministro de electricidad o agua, la carga y descarga de cargamento, o el resguardo de bienes perecederos o mercancías contra su deterioro; o

(v) acciones de naturaleza similar.

(B) El término "acción gubernamental de rutina" no incluye ninguna decisión tomada por un funcionario extranjero acerca de la adjudicación de un nuevo negocio o la continuación de los negocios con una parte en particular, o sobre los términos de dichos negocios, o sobre alguna acción tomada por un funcionario extranjero involucrado en el proceso de toma de decisión para promover una decisión de adjudicar nuevos negocios o continuar los negocios con una parte en particular.

(5) El término "comercio interestatal" significa el intercambio, comercio, transporte o comunicación entre los diversos Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o embarcación fuera de los mismos, y dicho término incluye el uso intraestatal de—

(A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o

(B) cualquier otro instrumento interestatal.

(i) Jurisdicción alternativa

(1) También será ilegal que una persona de los EE. UU. realice de manera corrupta cualquier acto fuera de los EE. UU. en apoyo de una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, u oferta, obsequio, promesa de entrega o autorización para la entrega de cualquier cosa de valor a cualquiera de las personas o entidades expuestas en los párrafos (1), (2) y (3) de la subsección (a) para los fines establecidos en la misma, independientemente de que dicha persona de los EE. UU. haga uso de los correos o de cualquier medio o instrumento del comercio interestatal en apoyo de dicha oferta, obsequio, pago, promesa o autorización.

(2) Según la manera en que se usa en esta subsección, el término "persona de los EE. UU." significa un nacional de los EE. UU. (según su definición en la sección 1101 del Título 8) o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa con propietario único organizada conforme a las leyes de EE. UU. o de cualquier estado, territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU., o subdivisión política de los mismos.

* * *

15 U.S.C. § 78dd-3 Prácticas de comercio exterior prohibidas a personas que no sean emisoras o personas naturales o jurídicas domésticas

(a) Prohibición

Será ilegal que cualquier persona distinta a una emisora y que esté sujeta a la sección 78dd-1 [sección 30A del Exchange Act] de este título o a una persona natural o jurídica doméstica (según su definición en la sección 78dd-2 de este título), o cualquier ejecutivo, director, empleado o agente de dicha persona o cualquier accionista de la misma actuando en representación de dicha persona, mientras esté en territorio de los EE. UU., haga uso de los correos o de cualquier medio o instrumento del comercio interestatal de manera corrupta o realice cualquier otro acto de manera corrupta para promover una oferta, pago, promesa de pago o autorización para el pago de cualquier dinero, u oferta, obsequio, promesa de entregar o autorización para la entrega de cualquier cosa de valor a—

(1) cualquier funcionario extranjero para fines de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho funcionario extranjero a hacer u omitir hacer cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha persona a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a cualquier persona;

(2) cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o candidato a cargo político en el extranjero con el propósito de—

(A)(i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a hacer u omitir hacer un acto en violación del deber legal de dicho partido, funcionario o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objetivo de ayudar a dicha persona a obtener o retener negocios para o con cualquier persona o dirigir negocios a dicha persona; o

(3) cualquier persona, a sabiendas de que todo o una parte de dicho dinero o cosa de valor será ofrecida, entregada o prometida, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo, o a cualquier candidato a un cargo político en el extranjero, para fines de—

(A) (i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato en su capacidad oficial, (ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a hacer u omitir hacer un acto en violación del deber legal de dicho partido, funcionario o candidato, o (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o

(B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para incidir o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad,

con el objeto de ayudar a dicha persona a obtener o retener negocios para o con cualquier persona, o dirigir negocios a cualquier persona.

(b) Excepción para acciones gubernamentales de rutina

La subsección (a) de esta sección no será aplicable a los pagos de facilitación o agilización efectuados a un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido cuyo propósito sea agilizar o asegurar la realización de una acción gubernamental de rutina por un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de partido.

(c) Defensas afirmativas

Será una defensa afirmativa ante las acciones realizadas conforme a la subsección (a) que—

(1) el pago, obsequio, oferta, o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea legal conforme las leyes y regulaciones escritas del país del funcionario extranjero, partido político, funcionario de partido político o candidato; o

(2) el pago, obsequio, oferta, o promesa de cualquier cosa de valor que se haya realizado sea un gasto razonable y de buena fe, tales como gastos de viaje y hospedaje, incurrido por un funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de partido o candidato, o en nombre de alguno de ellos, y que esté directamente relacionado con—

(A) la promoción, demostración, o explicación de productos o servicios, o

(B) la ejecución o cumplimiento de un contrato con un gobierno extranjero o agencia del mismo.

(d) Medidas cautelares

(1) Cuando parezca manifiesto para el Fiscal General que una persona a la cual se aplica esta sección, o un ejecutivo, director, empleado, agente o accionista de la misma, esté involucrada o esté por involucrarse en un acto o práctica que pueda constituir una violación de la subsección (a) de esta sección, el Fiscal General podrá, a su discreción, presentar una acción civil ante un tribunal de distrito competente de los EE. UU. para prohibir dicho acto o práctica y, en virtud de una comprobación adecuada, se expedirá, sin necesidad de fianza, una orden de prohibición permanente u orden de restricción provisional.

(2) Para fines de cualquier investigación civil que el Fiscal General estime necesaria y adecuada para dar cumplimiento a esta sección, el Fiscal General o su designado están facultados para administrar juramentos y afirmaciones, citar a testigos, recibir pruebas y exigir la presentación de libros, escritos u otros documentos que el Fiscal General considere

pertinentes o sustantivas para dicha investigación. La asistencia de testigos y la presentación de pruebas documentales puede ser exigida desde cualquier lugar de los EE. UU. o desde cualquier territorio, posesión o estado libre asociado de los EE. UU., en cualquier sede de audiencia designada.

(3) En caso de contumacia por, o una negativa a obedecer una citación emitida a nombre de, cualquier persona, el Fiscal General puede invocar la ayuda de cualquier tribunal de los EE. UU. dentro de la jurisdicción en la cual se lleve a cabo dicha investigación o procedimiento, o donde dicha persona resida o lleve a cabo sus negocios, exigiendo la presencia y testimonio de testigos y la presentación de libros, escritos u otros documentos. Cualquier tribunal de este tipo puede expedir una orden exigiendo la comparecencia de dicha persona ante el Fiscal General o su designado, para allí mismo presentar registros, en caso de una orden expedida al respecto, o para rendir testimonio con respecto al asunto investigado. Cualquier incumplimiento de dicha orden judicial podrá ser castigado por dicho tribunal en calidad de desacato.

(4) Toda notificación en dicho caso podrá ser diligenciada en el distrito judicial correspondiente al domicilio de dicha persona o al lugar en que se encuentre. El Fiscal General puede formular las reglas que regirán las investigaciones civiles según sea necesario o apropiado para implementar las disposiciones de esta subsección.

(e) Sanciones

(1)(A) A toda persona jurídica que viole la subsección (a) de esta sección se le impondrá una multa máxima de 2,000,000 dólares.

(B) Toda persona jurídica que viole la subsección (a) de esta sección estará sujeta a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por el Fiscal General.

(2)(A) A toda persona natural que viole intencionalmente la subsección (a) de esta sección se le impondrá una multa máxima de 100,000 dólares o una pena de prisión máxima de 5 años, o ambas sanciones.

(B) Toda persona natural que viole la subsección (a) de esta sección estará sujeta a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por el Fiscal General.

(3) Siempre que una multa sea impuesta conforme al párrafo (2) a un ejecutivo, director, empleado, agente o accionista de una persona, dicha multa no podrá ser pagada, directa o indirectamente, por dicha persona.

(f) Definiciones

Para fines de esta sección:

(1) El término “persona”, cuando se refiera a un infractor, significa cualquier persona natural que no sea un nacional de los EE. UU. (según su definición en la sección 1101 del Título 8) o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad por acciones, fideicomiso comercial, organización no incorporada o empresa con propietario único organizada conforme a las leyes de una nación extranjera o una subdivisión política de la misma.

(2)(A) El término “funcionario extranjero” significa cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia o instrumentalidad del mismo, o de una organización pública internacional, o cualquier persona que actúe en capacidad oficial para o en nombre de dicho gobierno o departamento, agencia o instrumentalidad, o para o en nombre de dicha organización internacional.

Para fines del subpárrafo (A), el término “organización pública internacional” significa—

(i) una organización que ha sido designada por una orden ejecutiva de conformidad con la sección 288 del Título 22; o

(ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por orden ejecutiva para fines de esta sección, efectiva a la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.

(3)(A) El estado mental de una persona es “a sabiendas” con respecto a una conducta, circunstancia, o resultado si—

(i) dicha persona se da cuenta que dicha persona está realizando dicha conducta, que dicha circunstancia existe o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial; o

(ii) dicha persona tiene la firme convicción de que dicha circunstancia existe o que dicho resultado ocurrirá con certeza sustancial.

(B) Cuando se requiere establecer el conocimiento de la existencia de una circunstancia específica para comprobar un delito, dicho conocimiento se establece si una persona tiene conocimiento de una alta probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a menos que la persona crea verdaderamente que dicha circunstancia no existe.

(4)(A) El término "acción gubernamental de rutina" significa únicamente una acción realizada ordinaria y comúnmente por un funcionario extranjero en—

(i) la obtención de permisos, licencias, u otros documentos oficiales para habilitar a una persona para realizar negocios en un país extranjero;

(ii) el trámite de documentos gubernamentales, tales como visas u órdenes de trabajo;

(iii) la protección policial, la recogida o entrega de correo o la programación de inspecciones relacionadas con el cumplimiento de contratos o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes en el país;

(iv) la prestación de servicios de teléfono, el suministro de electricidad o agua, la carga y descarga de cargamento, o el resguardo de bienes perecederos o mercancías contra su deterioro; o

(v) acciones de naturaleza similar.

(B) El término "acción gubernamental de rutina" no incluye ninguna decisión tomada por un funcionario extranjero acerca de la adjudicación de un nuevo negocio o la continuación de los negocios con una parte en particular, o sobre los términos de dichos negocios, o sobre alguna acción tomada por un funcionario extranjero involucrado en el proceso de toma de decisión para promover una decisión de adjudicar nuevos negocios o continuar los negocios con una parte en particular.

(5) El término "comercio interestatal" significa el intercambio, comercio, transporte o comunicación entre los diversos Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o embarcación fuera de los mismos, y dicho término incluye el uso intraestatal de—

(A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o

(B) cualquier otro instrumento interestatal.

* * *

15 U.S.C. § 78m Informes periódicos y otros informes [sección 13 del Securities Exchange Act de 1934]

(a) Informes de la emisora de valores; contenidos

Cada emisora de un valor registrado conforme a la sección 78*l* de este título debe presentar ante la Comisión, de acuerdo con las reglas y regulaciones que la Comisión establezca como necesarias o apropiadas para la protección adecuada de los inversionistas y para asegurar la compraventa justa del valor—

(1) toda la información y documentación (y las copias de los mismos) que la Comisión requiera para mantener razonablemente actualizada la información y documentación que deban incluirse o presentarse con una solicitud o declaración de registro a ser presentada conforme a la sección 78*l* de este título, salvo que la Comisión no debe requerir la presentación de un contrato sustantivo suscrito por todas las partes antes del 1 de julio de 1962.

(2) los informes anuales (y las copias de los mismos), certificados por contadores públicos independientes si así lo requieren las reglas y regulaciones de la Comisión, y los informes trimestrales (y las copias de los mismos), que requiera la Comisión.

Cada emisora de un valor registrado en una bolsa de valores nacional presentará un duplicado original de dicha información, documentación e

informes a la bolsa también. En las declaraciones de registro, informes periódicos, u otros informes a presentarse ante la Comisión, una empresa de crecimiento emergente no necesita presentar datos financieros selectos de acuerdo con la sección 229.301 del Título 17 del Código de Regulaciones Federales, correspondientes a cualquier periodo anterior al primer periodo auditado presentado en relación con su primera declaración de registro que haya entrado en vigor conforme a este capítulo o el Securities Act de 1933 [15 U.S.C. §§ 77a, *et seq*.] y, con respecto a dichas declaraciones o informes, un empresa de crecimiento emergente podría ser exenta de la obligación de cumplir con cualquier estándar de contabilidad financiera nueva o revisada hasta la fecha en que la empresa que no sea una emisora (según su definición en la sección 7201 de este título) esté obligada a cumplir con dicho estándar de contabilidad financiera nueva o revisada, si dicho estándar se aplica a las empresas que no sean emisoras.

(b) Formato de los informes; libros, registros y contabilidad internas; directivas

(1) Con respecto a los informes elaborados conforme a este capítulo, la Comisión puede establecer el formato o los formatos en que la información obligatoria debe presentarse, los elementos o detalles a mostrarse en la hoja de balance y el estado de ganancias y pérdidas, y los métodos a observar en la preparación de los informes, en la valoración o valuación de activos y pasivos, en la determinación de la depreciación y agotamiento, en la diferenciación de ingresos recurrentes y no recurrentes, en la diferenciación de ingresos de inversión y operativos y en la preparación, cuando la Comisión lo estime necesario o deseado, de hojas de balance o cuentas de ingresos separadas y/o consolidadas de cualquier persona que directa o indirectamente controle o esté controlada por la emisora, o de cualquier persona bajo el control común directo o indirecto con la emisora; pero en el caso de los informes de cualquier persona cuyos métodos de contabilidad sean establecidos conforme a las disposiciones de cualquier ley de los EE. UU., o de cualquier regla o regulación de dicho país, las reglas y regulaciones de la Comisión con respecto a los informes no serán inconsistentes con los requisitos impuestos por dicha ley o regla o regulación con respecto al mismo tema (excepto que dichas reglas o regulaciones de la Comisión pueden ser inconsistentes con dichos requisitos en la medida en que la Comisión determine que el interés público o la protección de los inversionistas así lo requiera).

(2) Cada emisora que tenga una clase de valores registrada conforme a la sección 78*l* de este título y cada emisora que esté obligada a presentar informes conforme a la sección 78*o*(d) de este título debe—

(A) elaborar y mantener libros, registros y cuentas que, con un nivel de detalle razonable, reflejen de manera precisa y justa las transacciones y disposiciones de los activos de la emisora;

(B) diseñar y mantener un sistema de controles internos suficientes para proporcionar garantías razonables de que—

(i) las transacciones se ejecutan de acuerdo con la autorización general o específica de la administración;

(ii) las transacciones se registren según sea necesario (I) para permitir la preparación de estados financieros de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados o cualquier otro criterio aplicable a dichos estados, y (II) para mantener la responsabilidad contable de los activos;

(iii) el acceso a los activos se permite solo de acuerdo con la autorización general o específica de la administración; y

(iv) la contabilidad registrada de los activos se compara con los activos existentes en intervalos razonables y se toman las medidas adecuadas con respecto a cualquier diferencia; y

(C) sin perjuicio de cualquier otra disposición de ley, pagar la parte asignable de dicha emisora de un honorario o honorarios razonables de contabilidad anual de soporte, determinados de acuerdo con la sección 7219 de este título.

(3)(A) Con respecto a los asuntos que conciernan la seguridad nacional de los EE. UU., ningún deber o responsabilidad conforme al párrafo (2) de esta subsección será impuesta a ninguna persona que actúe en cooperación con el jefe de cualquier departamento o agencia federal a cargo de dichos asuntos si dicho acto realizado en cooperación con dicho jefe de un departamento o agencia se realizó conforme a una directiva específica y escrita del jefe de dicho departamento o agencia de conformidad con una autoridad presidencial para emitir dichas directivas. Cada directiva emitida conforme a este párrafo debe establecer los hechos y circunstancias específicas con respecto a las cuales las disposiciones de este párrafo deben ser invocadas. Cada directiva vencerá un año después de su emisión en ausencia de una prórroga por escrito.

(B) Cada jefe de un departamento o agencia federal de los EE. UU. que emita una directiva conforme a este párrafo mantendrá un expediente completo con todas las directivas similares y, el 1 de octubre de cada año, transmitirá al Comité Selecto Permanente de Inteligencia de la Cámara de Representantes y al Comité Selecto de Inteligencia del Senado un resumen de los asuntos que abarcaban dichas directivas vigentes a lo largo del año anterior.

(4) No se impondrá ninguna responsabilidad penal por incumplir los requisitos del párrafo (2) de esta subsección salvo lo estipulado en el párrafo (5) de esta subsección.

(5) Ninguna persona podrá eludir a sabiendas u omitir implementar a sabiendas un sistema de controles de contabilidad internos o falsificar a sabiendas cualquier libro, registro o cuenta descrito en el párrafo (2).

(6) Cuando una emisora que tenga una clase de valores registrada de conformidad con la sección 78*l* de este título o una emisora que esté obligada a presentar informes de conformidad con la sección 78*o*(d) de este título cuenta con el 50 por ciento o menos del derecho de voto con respecto a una firma doméstica o extranjera, las disposiciones del párrafo (2) requieren solamente que la emisora proceda de buena fe a ejercer su influencia, en una medida razonable bajo las circunstancias de la emisora, para hacer que dicha firma doméstica o extranjera diseñe y mantenga un sistema de controles internos de contabilidad consistentes con el párrafo (2). Dichas circunstancias incluyen el nivel relativo de participación de la emisora en la firma doméstica o extranjera y las leyes y prácticas que rigen las operaciones comerciales del país en el que dicha firma esté ubicada. Se presumirá de manera concluyente que una emisora que demuestre esfuerzos de buena fe para ejercer dicha influencia ha cumplido con los requisitos del párrafo (2).

(7) Para fines del párrafo (2) de esta subsección, los términos "garantías razonables" y "nivel de detalle razonable" significan el nivel de detalle y grado de garantía que puedan satisfacer a los ejecutivos prudentes en la conducción de sus propios asuntos.

[Se omite el resto de la ley]

* * *

15 U.S.C. § 78ff Sanciones [Sección 32 del Securities Exchange Act de 1934]

(a) Violaciones internacionales; declaraciones falsas y engañosas

Toda persona que viole intencionalmente cualquier disposición de este capítulo (excepto la sección 78dd-1 de este título [sección 30A del Exchange Act]), o cualquier regla o regulación establecida conforme al mismo cuya violación se declare ilegal o cuya observancia se requiera conforme a los términos de este capítulo, o cualquier persona que intencionalmente y a sabiendas rinda o haga que se rinda cualquier declaración en cualquier solicitud, informe o documento que deba presentarse en virtud de este capítulo o cualquier

regla o regulación en virtud del mismo o cualquier compromiso expuesto en una declaración de registro según lo dispuesto en la subsección (d) de la sección 78*o* de este título o por cualquier organización autorreguladora en relación con una solicitud de membresía o participación en la misma o para asociarse con un miembro de la misma, si dicha declaración fue falsa o engañosa con respecto a cualquier hecho sustantivo, de resultar un fallo condenatorio estará sujeta a una multa máxima de 5,000,000 dólares o una pena de prisión máxima de 20 años, o ambas sanciones, salvo que cuando dicha persona no sea una persona natural, se le podrá imponer una multa máxima de 25,000,000 dólares; pero ninguna persona estará sujeta a pena de prisión conforme a esta sección por la violación de cualquier regla o regulación si establece que no tenía conocimiento de dicha regla o regulación.

(b) Incumplimiento de la presentación de información, documentos o informes

Toda emisora que incumpla con la presentación de la información, documentos o informes de presentación obligatoria conforme a la subsección (d) de la sección 78*o* de este título o cualquier regla o regulación de la misma, pagará a los EE. UU. la suma de 100 dólares por cada día en que persista dicho incumplimiento. Dicho pago, que será en lugar de cualquier sanción penal por dicho incumplimiento en la presentación que pueda surgir conforme a la subsección (a) de esta sección, será pagadero al Tesoro de los EE. UU. y será recuperable en una acción civil en nombre de los EE. UU.

(c) Violaciones de parte de emisoras, ejecutivos, directores, accionistas, empleados o agentes de emisoras

(1)(A) A toda emisora que viole la subsección (a) o (g) de la sección 78dd-1 [sección 30A del Exchange Act] de este título se le impondrá una multa máxima de 2,000,000 dólares.

(B) Toda emisora que viole la subsección (a) o (g) de la sección 78dd-1 [sección 30A del Exchange Act] de este título estará sujeta a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por la Comisión.

(2)(A) A todo ejecutivo, director, empleado o agente de una emisora, o accionista actuando en representación de dicha emisora, que viole intencionalmente la subsección (a) o (g) de la sección 78dd-1 [sección 30A del Exchange Act] de este título se le impondrá una multa máxima de 100,000 dólares, o una pena de prisión máxima de 5 años, o ambas sanciones.

(B) Todo ejecutivo, director, empleado o agente de una emisora, o accionista actuando en representación de dicha emisora, que viole la subsección (a) o (g) de la sección 78dd-1 [sección 30A del Exchange Act] de este título estará sujeto a una sanción civil máxima de 10,000 dólares impuesta mediante una acción presentada por la Comisión.

(3) Siempre que una multa sea impuesta conforme al párrafo (2) a un ejecutivo, director, empleado, agente o accionista de una emisora, dicha multa no podrá ser pagada, directa o indirectamente, por dicha emisora.

NOTAS FINALES

1 H.R. Rep. No. 95-640, en las págs. 4-5 (1977) [en adelante, H.R. Rep. No. 95-640], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf.

2 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 4 (1977) [en adelante, S. Rep. No. 95-114], *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/senaterpt-95-114.pdf.

3 *Id.;* H.R. Rep. No. 95-640, en las págs. 4-5. El informe de la Cámara aclaró las preocupaciones del Congreso: "El pago de sobornos para influir en actos o decisiones de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros o candidatos a cargos políticos en el extranjero no es ético. Es contrario a las expectativas morales y valores del público americano. Pero no solo no es ético, es un mal negocio también. Afecta la confianza pública en la integridad del sistema de libre mercado. Hace un corto circuito al mercado al dirigir negocios a las empresas demasiado ineficientes para competir en términos de precio, calidad o servicio, o muy flojas para desarrollar ventas honestas, o muy enfocadas en proporcionar productos marginales. En síntesis, recompensa la corrupción en lugar de la eficiencia y presiona a las empresas éticas para que rebajen sus estándares para no arriesgarse a perder negocios". *Id.*

4 *Véase, e.g.*, United States Strategy on Countering Corruption [Estrategia de los EE. UU. contra la corrupción] 4-7 (2021), *disponible en* https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/United-States-Strategy-on-Countering-Corruption.pdf. El reconocimiento creciente de que la corrupción representa una severa amenaza a la seguridad nacional e internacional ha galvanizado los esfuerzos para combatirla en los EE. UU. y en el extranjero. *Véase*, *e.g.*, Int'l Anti-Corruption and Good Governance Act de 2000, Pub. L. No. 106-309, § 202, 114 Stat. 1090 (codificada según enmendada en 22 U.S.C. §§ 2151- 2152 (2000)) (notando que "[l]a corrupción generalizada pone en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, afecta la democracia y pone en peligro el desarrollo social, político y económico de una sociedad … [y esa] [c]orrupción facilita las actividades delictivas, tal como el lavado de dinero, impide el desarrollo económico, incrementa los costos de hacer negocios y afecta la legitimidad del gobierno y la confianza pública".).

5 *Véase* Maryse Tremblay & Camille Karbassi, *Corruption and Human Trafficking* [Corrupción y tráfico de personas] 4 (Transparencia Internacional, Documento de Trabajo No. 3, 2011), *disponible en* https://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%23222222; U.S. Agency for Int'l Development, Foreign Aid in the National Interest [Ayuda externa en el interés nacional] 40 (2002), *disponible en* https://permanent.fdlp.gov/lps46120/Full_Report--Foreign_Aid_in_the_National_Interest.pdf ("Ningún problema hace más por alienar a los ciudadanos de sus líderes políticos e instituciones, y para afectar la estabilidad política y el desarrollo económico, que la corrupción endémica en el gobierno, líderes de partidos políticos, jueces y burócratas. Mientras más endémica sea la corrupción, es más probable que vaya acompañada de otras deficiencias serias en el estado de derecho: contrabando, narcotráfico, violencia criminal, abusos de derechos humanos y la personalización del poder".).

6 El presidente George W. Bush observó en 2006 que "la cultura de la corrupción ha socavado el desarrollo y el buen gobierno y … obstaculiza nuestros esfuerzos para promover la libertad y la democracia, acabar con la pobreza y combatir la delincuencia internacional y el terrorismo". President's Statement on Kleptocracy [Declaración del presidente sobre la cleptocracia], 2 Pub. Papers 1504 (10 de agosto de 2016), *disponible en* http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/08/20060810.html. Las administraciones del expresidente George W. Bush y del expresidente Barack Obama reconocen las amenazas para la seguridad y la estabilidad que representa la corrupción. Por ejemplo, al emitir una proclamación restringiendo la entrada de ciertos funcionarios extranjeros corruptos, el expresidente George W. Bush reconoció "los serios efectos negativos que la corrupción de instituciones públicas tiene para los esfuerzos de los EE. UU. para promover la seguridad y para fortalecer las instituciones democráticas y los sistemas de libre mercado…" Proclamación No. 7750, 69 Fed. Reg. 2287 (14 de enero de 2004). Similarmente, el expresidente Barack Obama, en su documento de Estrategia de Seguridad Nacional, emitido en mayo de 2010, manifestó los esfuerzos de la administración y el compromiso para promover el reconocimiento de que "la corrupción generalizada es una violación a los derechos humanos básicos y un severo impedimento al desarrollo y la seguridad global". The White House, National Security Strategy [Estrategia de Seguridad Nacional] 38 (2010), *disponible en* https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf.

7 *Véase, e.g.,* Cámara de Comercio Internacional et

al., *Clean Business Is Good Business: The Business Case Against Corruption* [Los negocios limpios son buenos negocios: El caso empresarial contra la corrupción] (2008), *disponible en* https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/news_events%2F8.1%2Fclean_business_is_good_business.pdf; Organización Mundial de la Salud, *Reinforcing the Focus on Anti-corruption, Transparency and Accountability in National Health Policies, Strategies and Plans* [Reforzar el enfoque en la anticorrupción, transparencia y responsabilidad en las políticas, estrategias y planes nacionales de salud] (2019), *disponible en* https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/326229/9789241515689-eng.pdf?ua=1.

8 *Véase, e.g.*, *The Corruption Eruption* [Erupción de la corrupción], Economist (29 de abril de 2010), *disponible en* http://www.economist.com/node/16005114 ("Los costos ocultos de la corrupción son casi siempre más altos que los que las compañías se imaginan. La corrupción inevitablemente engendra siempre más corrupción: los que reciben sobornos siguen regresando al abrevadero y los que dan sobornos se abren al chantaje".); Daniel Kaufmann y Shang-Jin Wei, *Does "Grease Money" Speed Up the Wheels of Commerce?* [¿Acelera el "dinero de engrase" las ruedas del comercio?] 2 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 7093, 1999), *disponible en* http://www.nber.org/papers/w7093.pdf ("Contrario a la teoría del 'engrasado eficiente', nosotros encontramos que las firmas que pagan más sobornos son también más propensas a gastar más, no menos, en el tiempo de administración con burócratas negociando regulaciones, y enfrentan mayores, no menores, costos de capital".).

9 Por ejemplo, en un número de acciones de cumplimiento recientes, los mismos empleados que dirigían y controlaban el pago de sobornos se enriquecían a sí mismos a costa de la compañía. *Véase, e.g.*, Acusación por el fiscal, *United States v. Cyrus Allen Ahsani, et al.*, No. 19-cr-147 (S.D. Tex. Mar. 4, 2019), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Ahsani*] (el pago de comisiones a ejecutivos que estuvieron involucrados en el pago de sobornos), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/file/1266861/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Colin Steven*, No. 17-cr-788 (S.D.N.Y. Dec. 21, 2017), ECF No. 2 [en adelante, *United States v. Steven*] (recepción de comisiones ilícitas relacionadas con ciertos pagos corruptos hechos por Embraer, S.A.), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1021856/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Robert Zubiate*, No. 17-cr-591 (S.D. Tex. Oct. 6, 2017), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Zubiate*] (recepción de comisiones ilícitas relacionadas con ciertos pagos corruptos hechos por SBM Offshore, N.V. en Brasil), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017281/download; Denuncia, *SEC v. Peterson*, No. 12-cv-2033 (E.D.N.Y. 2012), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Peterson*, No. 12-cr-224 (E.D.N.Y. 2012), ECF No. 7 [en adelante, *United States v. Peterson*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/04/26/petersong-information.pdf; Acusación por el, *United States v. Stanley*, No. 08-cr-597 (S.D. Tex. 2008), ECF No. 9 [en adelante, *United States v. Stanley*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/19/09-03-08stanley-plea-agree.pdf; Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Sapsizian*, No. 06-cr-20797 (S.D. Fla. 2007), ECF No. 42 [en adelante, *United States v. Sapsizian*], disponible en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/06-06-07sapsizian-plea.pdf.

10 *Véase, e.g.,* Acusación por el fiscal, *United States v. Société Générale S.A.*, No. 18-cr-253 (E.D.N.Y. May 18, 2018), ECF No. 4 [en adelante, *United States v. Société Générale*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072456/download; Denuncia, *SEC v. Tyco Int'l Ltd.*, 06-cv-2942 (S.D.N.Y. 2006), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Tyco Int'l*], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2006/comp19657.pdf; Denuncia, *SEC v. Willbros Group, Inc.*, No. 08-cv-1494 (S.D. Tex. 2008), ECF No. 1 [en adelante, SEC v. Willbros], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20571.pdf.

11 *Véase United States v. Ahsani*, *supra* nota 9 (participar en licitaciones fraudulentas); Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Bridgestone Corp.*, No. 11-cr-651 (S.D. Tex. 2011), ECF No. 21, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/10/18/10-05-11bridgestone-plea.pdf.

12 *Véase* S. Rep. No. 95-114, en la pág. 6; H.R. Rep. No. 95-640, en la pág. 4; *véase también* A. Carl Kotchian, *The Payoff: Lockheed's 70-Day Mission to Tokyo* [La recompensa: Misión de Lockheed de 70 días a Tokio], Saturday Rev, 9 julio 1977, en la pág. 7.

13 SEC, Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices [Informe de la Comisión de Bolsa y Valores sobre pagos y prácticas corporativas ilegales y cuestionables] 2-3 (1976).

14 *Véase* H.R. Rep. No. 95-640, en las págs. 4-5; S. Rep. No. 95-114, en las págs. 3-4.

15 H.R. Rep. No. 95-640, en 4-5; S. Rep. No. 95- 114, en la pág. 4. En el informe del Senado se observó, por ejemplo, que "[l]as administraciones que recurren a sobornos corporativos y a la falsificación de registros para mejorar sus negocios revelan una falta de confianza en sí mismas", citando también el testimonio del secretario del tesoro: "[e]l pago de sobornos—además de ser moralmente repugnante e ilegal en la mayoría de los países— es simplemente innecesario para la conducción exitosa de negocios aquí o en el extranjero". *Id.*

16 *Véase* S. Rep. No. 100-85, en la pág. 46 (1987) (relatando el contexto histórico del FCPA y explicando que "una sólida ley anticorrupción puede ayudar a las empresas de los EE. UU. a resistirse a demandas de corrupción...") [en adelante, S. Rep. No. 100-85].

17 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 7.

18 Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, Pub. L. No. 100-418, § 5003, 102 Stat. 1107, 1415-25 (1988); *véase también* H.R. Rep. No. 100-576, en las págs. 916-24 (1988) (exposición de las reformas al FCPA, incluyendo cambios al estándar de responsabilidad por actos de terceros) [en adelante, H.R. Rep. No. 100-576].

19 *Véase* Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, § 5003(d). La ley reformada incluyó la siguiente directiva: "Es el sentido del Congreso que el presidente debe procurar la negociación de un acuerdo internacional, entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, para regir a las personas de esos países sobre actos prohibidos con respecto a emisoras y personas naturales o jurídicas domésticas conforme a las reformas efectuadas por esta sección. Dicho acuerdo internacional debe incluir un proceso conforme al cual los problemas y conflictos asociados con dichos actos sean resueltos". *Id.; véase también* S. Rep. No. 105-277, en la pág. 2 (1998) (descripción de los esfuerzos del poder ejecutivo para promover que los socios comerciales de los EE. UU. promulguen legislación similar al FCPA luego de las reformas de 1988) [en adelante, S. Rep. No. 105-277].

20 Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, art. 1.1, 18 de diciembre de 1997, 37 I.L.M. 1 [en adelante, Convención Anticohecho]. La Convención Anticohecho requiere a los países miembro tipificar como delito que "una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales". La Convención y sus comentarios también llaman a todas las partes a: (a) tipificar como delito la complicidad y la autorización de un acto de soborno; (b) interpretar la jurisdicción territorial "ampliamente de manera que no se requiera una conexión física extensa con el acto

de cohecho", y (c) hacer valer la jurisdicción de nacionalidad de acuerdo con las condiciones y principios generales del régimen jurídico de cada parte. *Id.* art. 1.2, comentarios 25, 26.

21 *Véase* International Anti-Bribery and Fair Competition Act de 1998, Pub. L. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998); *véase también* S. Rep. No. 105-277, en las págs. 2-3 (descripción de reformas a "el FCPA para ajustarla a los requisitos de la Convención de la OECD y para implementar dicha convención").

22 No existe derecho privado de acción conforme al FCPA. *Véase, e.g., Lamb v. Phillip Morris, Inc.*, 915 F.2d 1024, 1028-29 (6th Cir. 1990); *McLean v. Int'l Harvester Co.*, 817 F.2d 1214, 1219 (5th Cir. 1987).

23 Depto. Jus. EE. UU., Manual de Jus. § 9-47.110 (2008) [en adelante, JM], *disponible en* https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977#9-47.110.

24 Para más información, consultar U.S. Commercial Service – Virtual Services, [Servicios virtuales del Servicio Comercial de los EE. UU], Admin. de Comercio Int'l, https://www.trade.gov/virtual-services, y export.gov, https://2016.export.gov/worldwide_us/index.asp

25 *Véase* Country Commercial Guides [Guías de comercio por país], Admin. de Comercio Int'l, *disponible en* https://www.trade.gov/ccg-landing-page.

26 Los informes del Perfil de Empresa Internacional incluyen un listado de los ejecutivos clave y de la alta dirección de un socio potencial; relaciones bancarias y otra información financiera sobre la compañía; e información de mercado, incluyendo cifras de ventas y utilidades y potenciales responsabilidades civiles. Sin embargo, no están destinados a sustituir a la propia debida diligencia de la compañía, y el Servicio Comercial no ofrece perfiles de empresas internacionales en los países donde Dun & Bradstreet u otros proveedores del sector privado ya ofrecen este servicio. *Véase* Perfil de Empresa Internacional, Admin. de Comercio Int'l, *disponible en* https://www.trade.gov/international-company-profile-0.

27 *Véase* U.S. Commercial Service – Virtual Services [Servicios virtuales del Servicio Comercial de los EE. UU.], Admin. de Comercio Int'l, *disponible en* https://www.trade.gov/virtual-services.

28 *Véase* https://tcc.export.gov/Report_a_Barrier/index.asp.

29 Información acerca de los servicios del Centro de Asistencia se puede encontrar en https://www.trade.gov/advocacy-center-services.

30 Informes acerca del cumplimiento estadounidense con estos tratados puede ser encontrado en http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/.

31 *Véase* Declaración en ocasión de la firma de la International Anti-Bribery and Fair Competition Act de 1998, 34 Weekly Com. Pres. Doc. 2290, 2291 (10 de noviembre de 1998) ("Las compañías estadounidenses han tenido que competir en un campo de juego desigual.... La Convención de OECD... está diseñada para cambiar todo eso. Conforme a la Convención, nuestros mayores competidores estarán obligados a tipificar como delito el soborno de funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales".)

32 OECD, *Country Monitoring of the OECD Anti-Bribery Convention* [Monitoreo por país de la Convención Anticohecho de la OECD], *disponible en* http://www.oecd.org/document/12/0,3746,en_2649_34859_35692940_1_1_1_1,00.html.

33 OECD, *Phase 3 Country Monitoring of the OECD Anti-Bribery Convention* [Fase 3 del Monitoreo por país de la Convención Anticohecho de la OECD], *disponible en* http://www.oecd.org/document/31/0,3746,en_2649_34859_44684959_1_1_1_1,00.html.

34 OECD, *Country Reports on the Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention* [Informe por país acerca de la implementación de la Convención Anticohecho de la OECD], *disponible en* http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_34859_1933144_1_1_1_1,00.html.

35 Los informes sobre los EE. UU. de la Fase 1, 2 y 3 de la OECD, así como las respuestas de los EE. UU. a los cuestionarios, *están disponibles en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree.

36 *Véase* Grupo de Trabajo de la OECD sobre Cohecho, *United States: Phase 3, Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions* [Los EE. UU.: Fase 3, Informe sobre la aplicación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales y la Recomendación Revisada de 2009 para Combatir el Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales], octubre de 2010, en las págs. 61-62 (recomendando que los EE. UU. "[c]onsoliden y resuman la información pública disponible sobre la aplicación del FCPA *disponible en* fuentes pertinentes"), *disponible en* https://www.oecd.org/unitedstates/UnitedStatesphase3reportEN.pdf.

37 United Nations Convention Against Corruption [Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción], 31 oct 2003, S. Treaty Doc. No. 109-6, 2349 U.N.T.S. 41, *disponible en* https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf [en adelante, UNCAC].

38 Para más información acerca del mecanismo de revisión del UNCAC, *véase Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption* [Mecanismo para la revisión de la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción], Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *disponible en* http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_Basic_Documents_-_E.pdf.

39 Para información sobre el estatus de la UNCAC, véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *UNCAC Signature and Ratification Status as of 6 February 2020,* [Estatus de la firma y ratificación de la UNCAC al 6 de Febrero 2020], *disponible en* http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html.

40 Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción, 29 mar 1996, 35 I.L.M. 724, *disponible en* https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf. Para información adicional sobre el estatus de la IACAC, véase Organización de Estados Americanos, Firmantes y Ratificaciones, *disponible en* http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html.

41 Consejo Europeo, Criminal Law Convention on Corruption [Convención de derecho penal sobre la corrupción], Jan. 27, 1999, 38 I.L.M. 505, *disponible en* http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/173.html.

42 Para información adicional sobre GRECO, *véase* Consejo Europeo, *Grupo de Estados contra la Corrupción*, *disponible en* http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_EN.asp. Los EE. UU no han ratificado la Convención GRECO.

43 El texto del FCPA aparece en el apéndice. *Véase también* Instrucciones al jurado, en las págs. 52-64, *United States v. Mark Lambert*, No. 18-cr-012 (D. Md. Nov. 14, 2019), ECF No. 152 [en adelante, *United States v. Lambert*] (instrucciones al jurado sobre el FCPA); Instrucciones al jurado, en las págs. 1259-66, *United States v. Lawrence Hoskins*, No. 12-cr-238 (D.

Conn. Nov. 6, 2019), ECF No. 601 [en adelante, *United States v. Hoskins*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 33-37, *United States v. Joseph Baptiste*, No. 17-cr-10305 (D. Mass. June 19, 2019), ECF No. 195 [en adelante, *United States v. Baptiste*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 1081-89, *United States v. Chi Ping Patrick Ho*, No. 17- cr-779 (S.D N.Y. Dec. 4, 2018), ECF No. 214 [en adelante, *United States v. Ho*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 4249-62, *United States v. Ng Lap Seng*, No. 15-cr-706 (S.D.N.Y. July 26, 2017), ECF No. 609 [en adelante, *United States v. Ng*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 21-27, United States v. Esquenazi, No. 09-cr-21010 (S.D. Fla. Aug. 5, 2011), ECF No. 520 [en adelante, *United States v. Esquenazi*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 14-25, *United States v. Kay*, No. 01-cr-914 (S.D. Tex. Oct. 6, 2004), ECF No. 142 (igual), ratificado, 513 F.3d 432, 446-52 (5th Cir. 2007), nueva audiencia denegada, 513 F.3d 461 (5th Cir. 2008) [en adelante, *United States v. Kay*]; Instrucciones al jurado, en las págs. 76-87, *United States v. Jefferson*, No. 07-cr-209 (E.D. Va. July 30, 2009), ECF No. 684 [en adelante, *United States v. Jefferson*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 8-10, *United States v. Green*, No. 08-cr-59 (C.D. Cal. Sept. 11, 2009), ECF No. 288 [en adelante, *United States v. Green*] (igual); Instrucciones al jurado, en las págs. 23-29, *United States v. Bourke*, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. July 2009) [en adelante, *United States v. Bourke*] (igual, no registrada); Instrucciones al jurado, en las págs. 2-8, *United States v. Mead*, No. 98-cr-240 (D.N.J. Oct. 1998) [en adelante, *United States v. Mead*] (igual).

44 Las disposiciones del FCPA aplicables a las emisoras forman parte del Securities Exchange Act de 1934 [en adelante, Exchange Act]. Las disposiciones antisoborno pueden ser encontradas en la sección 30A del Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1.

45 15 U.S.C. § 78l.

46 15 U.S.C. § 78o(d).

47 Los actos de aplicación de la SEC han implicado a un número de emisoras extranjeras. *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Magyar Telekom Plc., et al.*, No. 11-cv-9646 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2011), ECF No. 1 (Compañías húngaras y alemanas), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp22213-co.pdf; Denuncia, *SEC v. Alcatel-Lucent*, S.A., No. 10-cv-24620 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF No.1 [en adelante, *SEC v. Alcatel-Lucent*] (Compañía francesa), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21795.pdf; Denuncia, *SEC v. ABB*, *Ltd.*, No. 10-cv-1648 (D.D.C. Sept. 29, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. ABB*] (empresa suiza), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp-pr2010-175.pdf; *Denuncia, SEC v. Daimler AG*, No. 10-cv-473 (D.D.C. Apr. 1, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Daimler AG*] (Compañía alemana), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp-pr2010-51.pdf; Denuncia, *SEC v. Siemens Aktiengesellschaft*, No. 08-cv-2167 (D.D.C. Dec. 12, 2008), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Siemens AG*] (Compañía alemana), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20829.pdf. Ciertos actos de aplicación del DOJ han implicado de igual manera a emisoras extranjeras. *Véase, e.g.,* Acusación por el fiscal, *United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson*, No. 19-cr-884 (S.D.N.Y. Dec. 6, 2019), ECF No. 3 [en adelante, *United States v. Ericsson*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1226526/download; Acuerdo de no enjuiciamiento, In re Petróleo Brasileiro S.A. (Sept. 26, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1097256/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Teva LLC*, No. 16-cr-20967 (S.D. Fla. Dec. 22, 2016), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920421/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Braskem S.A.*, No. 16-cr-644 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), ECF No. 6, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920086/download.

48 *Véase* International Registered and Reporting Companies, SEC, *disponible en* https://www.sec.gov/divisions/corpfin/internatl/companies.shtml.

49 *Véase, e.g.,* Acusación por el fiscal, *United States v. Ericsson*, *supra* nota 47 (acusando a la emisora por violaciones del FCPA al sobornar a funcionarios extranjeros en Yibuti, China, Vietnam, Indonesia y Kuwait); Acusación por el fiscal, *United States v. Tim Leissner*, No. 18-cr-439 (E.D.N.Y. Aug. 28, 2018), ECF No. 16 (acusando a un empleado y agente de una compañía estadounidense que cotiza en bolsa por violación del FCPA al sobornar a funcionario en Malasia), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1231346/download; *United States v. Steven, supra* nota 9 (acusando a un empleado británico de una compañía estadounidense que cotiza en bolsa por violar el FCPA al sobornar a funcionarios en Arabia Saudita).

50 15 U.S.C. § 78dd-2.

51 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(1)

52 *Véase, e.g.,* Pliego acusatorio, *United States v. Lambert*, *supra* nota 43, ECF No. 1 (acusando a un empleado de una persona doméstica de violar el FCPA por pagar sobornos a un funcionario del gobierno Ruso) *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1044676/download; Acusación por el fiscal, *United States v. James Finley*, No. 17-cr-160 (S.D. Ohio July 21, 2017), ECF No. 3 (acusando a un ejecutivo de una empresa matriz extranjera de ser agente de una persona doméstica cuando dirigió sobornos a un funcionario kazajo de parte de una subsidiaria con sede en los EE.UU.), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1009596/download; Pliego acusatorio enmendado, *United States v. Dmitrij Harder*, No. 15-cr-001 (E.D. Pa. Dec. 15, 2015), ECF No. 62 [en adelante, *United States v. Harder*] (acusando al dueño de una corporación estadounidense de pagar sobornos a un funcionario del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/843621/download.

53 15 U.S.D. § 78dd-3(a). Conforme a lo expuesto anteriormente, las compañías extranjeras que han registrado valores en los EE. UU. o que están obligadas a presentar informes periódicamente ante la SEC, incluyendo ciertas compañías extranjeras con Certificados de Depósito Americano, son cubiertas por las disposiciones antisoborno del FCPA que rigen a las "emisoras" conforme a 15 U.S.C. § 78dd-1.

54 *Véase* International Anti-Bribery and Fair Competition Act de 1998, Pub. L. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998); 15 U.S.C. § 78dd-3(a); *véase también* Depto. Jus. EE. UU., Criminal Resource Manual [Manual de Recursos en Materia Penal] § 9-1018 (Nov. 2000) (el Departamento "interpreta la [sección 78dd-3(a)] en el sentido que confiere jurisdicción siempre que una compañía extranjera o nacional *cause* la realización de un acto en el territorio de los EE. UU. por cualquier persona actuando como agente de esa compañía o ciudadano".). Esta interpretación es consistente con las obligaciones convencionales de los EE. UU. *Véase* S. Rep. No. 105-2177 (1998) (manifestando que fue la intención del Congreso en sus las reformas de 1998 al FCPA "adecuarla a los requisitos de la Convención OECD y para implementar dicha convención"); Convención Anticohecho en su art. 4.1, *supra* nota 20 ("Cada parte deberá tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el soborno a funcionarios extranjeros cuando el delito es cometido en todo o en una parte de su territorio".).

55 *Véase, e.g.,* Acusación por el fiscal, *United States v. Airbus SE*, No. 20-cr-021 (D.D.C. Jan. 28, 2020), ECF No. 1 (una compañía con sede en los Países Bajos y sede principal en Francia es condenada por violaciones del FCPA por pagar sobornos a funcionarios chinos para obtener contratos para la venta de aviones) [en adelante, *United States v. Airbus*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1242046/download; Pliego acusatorio enmendado, *United States v. Ng*, *supra* nota 43, ECF No. 322 (un empresario chino es condenado por pagar sobornos a un ex embajador de la República Dominicana ante las Naciones Unidas (ONU) y al ex representante permanente de Antigua y Barbuda ante la ONU, a cambio de colaboración corrupta en la obtención del apoyo formal de las Naciones Unidas para el centro de convenciones del acusado en Macao), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/913286/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Samuel Mebiame*, No.16-cr-627 (E.D.N.Y. Dec. 9, 2016), ECF No. 19 (un consultor gabonés que trabajó en nombre de una compañía de las Islas Vírgenes Británicas y

una sociedad conjunta entre una compañía de los EE. UU. y una compañía de las Islas Turcas y Caicos fue condenado por violaciones del FCPA al pagar sobornos a funcionarios de Nigeria, Chad y Guinea), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/943121/download.

56 *Véase* 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5) (definiendo "comercio interestatal"), 78dd-3(f)(5) (igual); *véase también* 15 U.S.C. § 78c(a)(17).

57 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5), 78dd-3(f)(5).

58 *Véase* 15 U.S.C. § 78dd-3.

59 *Véase, e.g.,* Pliego acusatorio enmendado, *United States v. Nervis G. Villalobos-Cárdenas*, *et al*., No. 17-cr-514 (S.D. Tex. Apr. 24, 2019) (estableciendo la jurisdicción conforme a 15 U.S.C. § 78dd-3 en virtud de reuniones en los EE. UU.), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1267066/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Steven Hunter*, No. 18-cr-415 (S.D. Tex. Sept. 17, 2018) (igual), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1266876/download; *United States v. Ramiro Andres Luque Flores*, No. 17-cr-537 (E.D.N.Y. Oct. 6, 2017) (igual); *véase también United States v. Société Générale*, *supra* nota 10 (estableciendo la jurisdicción corporativa conforme a 15 U.S.C. § 78dd-3 en virtud de reuniones en los EE. UU., entre otras cosas.)

60 *Véase* 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) ("independientemente de que dicha emisora u ejecutivo, director, empleado, agente, o accionista haga uso de los correos o cualquier otro medio o instrumento del comercio interestatal en fomento de dicha oferta, obsequio, pago, promesa o autorización"); *id.* 78dd-2(i)(1) ("independientemente de que dicha persona de los EE. UU. haga uso de los correos o de cualquier otro medio o instrumento del comercio interestatal en fomento de dicha oferta, obsequio, pago, promesa o autorización".).

61 S. Rep. No. 105-277, en la pág. 2 ("[La Convención de la OECD llama a las partes a hacer valer la jurisdicción por nacionalidad cuando sea consistente con los principios nacionales legales y constitucionales. Por consiguiente, la Ley reforma el FCPA para disponer la jurisdicción sobre los actos de las empresas de los EE. UU. y sus nacionales en el fomento de pagos ilícitos que tienen lugar completamente fuera de los EE. UU. Este ejercicio de jurisdicción sobre las empresas de los EE. UU. y sus nacionales por conductas ilícitas en el extranjero es consistente con los principios legales y constitucionales estadounidenses y es esencial para proteger los intereses de los EE. UU. en el extranjero".).

62 *Id.* en las págs. 2-3.

63 15 U.S.C. § 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

64 *Id.*

65 *Véase* H.R. Rep. No. 95-831, en la pág. 12 (refiriéndose al examen de "propósitos comerciales").

66 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson*, No. 19-cv-11214 (S.D.N.Y. Dec. 6, 2019), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Ericsson*], *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2019/comp-pr2019-254.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Ericsson, supra* nota 47; Comunicado de prensa, *SEC v. Ericsson*, https://www.sec.gov/news/press-release/2019-254.

67 Al reformar el FCPA en 1988, el Congreso hizo claro que el elemento del propósito comercial, y específicamente el de "retención de negocios", estaba destinado a ser interpretado ampliamente: "Los congresistas desean dejar claro que la referencia a pagos corruptos para 'retención de negocios' en la presente ley no está limitado a la renovación de contratos u otros negocios, sin que incluye también una prohibición a los pagos corruptos relacionados a la ejecución o cumplimiento de los contratos o la realización de negocios existentes, tales como pagos a un funcionario extranjero con el propósito de obtener un tratamiento fiscal más favorable. Aun así, dicho término no debería ser interpretado tan abiertamente como para incluir cabildeos u otro tipo de actuaciones comunes ante funcionarios". H.R. Rep. No. 100-576, en las págs. 1951-52 (referencias internas omitidas).

68 *Véase, e.g.,* Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re: Wal-Mart, Inc.* (June 20, 2019) (una compañía matriz responsable por fallas en los controles internos que resultaron en pagos corruptos relacionados con la obtención de permisos y licencias), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1177596/download; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re: Archer Daniels Midland Company* (Dec. 20, 2013) (trato fiscal favorable), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/01/03/adm-npa.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Ralph Lauren Corporation* (Apr. 22, 2013) (despachos de aduana), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/04/23/Ralph-Lauren.-NPA-Executed.pdf.

69 *United States v. Kay*, 359 F.3d 738, 755-56 (5th Cir. 2004).

70 *Id.* en la pág. 749. Ciertamente, el tribunal del caso Kay consideró que la exclusión explícita del alcance del FCPA por parte del Congreso de los pagos de facilitación evidenció que dicho "Congreso pretendía que el FCPA prohibiera *todos los demás* pagos ilícitos que están destinados a influir en actos no triviales de funcionarios extranjeros en un esfuerzo para ayudar en la obtención o retención de negocios para determinada persona". *Id.* en las págs. 749-50 (énfasis suplido).

71 *Id.* en la pág. 750.

72 *Id.* en las págs. 749-55.

73 *Id.* en la pág. 756 ("Aun así debe demostrarse que el soborno estaba destinado a producir un efecto—aquí, a través de ahorros fiscales—que 'ayudarían en la obtención o retención de negocios'".).

74 El FCPA no define de manera explícita el término "corruptamente", pero en los proyectos de ley el Congreso adoptó el significado adscrito al mismo término en la ley nacional de soborno, 18 U.S.C. § 201(b). *Véase* H.R. Rep. No. 95-640, en la pág. 7.

75 El Informe de la Cámara dice textualmente: "La palabra 'corruptamente' es usada para dejar claro que la oferta, pago, promesa u obsequio debe tener el propósito de inducir al receptor a usar indebidamente su cargo oficial; por ejemplo, dirigir negocios indebidamente al pagador o a su cliente, obtener una legislación o regulaciones preferentes, o inducir a un funcionario extranjero a no desempeñar una función de su cargo. La palabra 'corruptamente' connota un motivo o propósito maligno tal como el que requiere 18 U.S.C. 201(b), que prohíbe los sobornos nacionales. Al igual que en 18 U.S.C. 201(b), la palabra 'corruptamente' indica una intención o deseo indebido de influir en el receptor. No se requiere que el acto [sea] completamente consumado o exitoso en la realización del resultado deseado". *Id.* El Informe del Senado nos proporciona una explicación casi idéntica del significado de este término: "La palabra 'corruptamente' es usada para dejar claro que la oferta, pago, promesa u obsequio debe tener el propósito de inducir al receptor a usar indebidamente su cargo oficial para dirigir negocios indebidamente al pagador o a su cliente, o para obtener legislación preferente o regulaciones favorables. La palabra 'corruptamente' connota un motivo o propósito maligno, una intención de influir indebidamente en el receptor". S. Rep. No. 95-114, en la pág. 10.

76 *Véase* 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

77 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Monsanto Co.*, No. 05-cv-14 (D.D.C. Jan. 6, 2005) (entre otras cosas, la compañía pagó un soborno por 50,000 dólares para inducir a un funcionario del gobierno de Indonesia a abrogar una ley que no le era favorable, misma que no fue abrogada a pesar del soborno), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19023.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Monsanto Co*., No. 05-cr-8 (D.D.C. Jan. 6, 2005), *disponible*

en h ttps://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/monsanto-co/01-06-05monsanto-info.pdf.

78 Las Instrucciones al jurado en los casos de FCPA han definido "corruptamente" conforme a la definición encontrada en los antecedentes legislativos. *Véase, e.g.,* Instrucciones al jurado en 56, *United States v. Lambert*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 34, *United States v. Baptiste*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 1261, *United States v. Hoskins*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 1084-85, *United States v. Ho*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 4242, *United States v. Ng*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 22-23, *United States v. Esquenazi*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 10, *United States v. Green*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 35, *United States v. Jefferson*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 25, *United States v. Bourke*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 17, *United States v. Kay*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 5, *United States v. Mead*, *supra* nota 43.

79 *Véase* Pliego acusatorio, *United States v. Joo Hyun Bahn*, *et al*., No. 16-cr-831 (S.D.N.Y. Dec. 15, 2016), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/file/942226/download; *véase también* Comunicado de prensa, *In the Matter of JooHyun Bahn*, *disponible en* https://www.sec.gov/news/press-release/2018-181.

80 *Véase* Denuncia, *SEC v. Innospec*, Inc., No. 10-cv-448 (D.D.C. Mar. 18, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Innospec*], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21454.pdf; Acusación por el fiscal, en 8, *United States v. Innospec Inc.*, No. 10-cr-61 (D.D.C. Mar. 17, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Innospec*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-17-10innospec-info.pdf.

81 *Véase* 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A).

82 *Comparar 1*5 U.S.C. § 78ff(c)(1)(A) (responsabilidad penal corporativa conforme a la disposición de emisoras) con § 78ff(c)(2)(A) (responsabilidad penal individual conforme a la disposición de emisoras); comparar 15 U.S.C. § 78dd- 2(g)(1)(A) (responsabilidad penal corporativa conforme a la disposición de personas naturales o jurídicas domésticas) con *id*. § 78dd-2(g)(2)(A) (responsabilidad penal individual conforme la disposición de emisoras); *comparar* 15 U.S.C. § 78dd-3(e)(1)(A) (responsabilidad penal corporativa conforme a la disposición territorial) con *id*. § 78dd-3(e)(2)(A) (responsabilidad penal individual conforme a la disposición territorial). Sin embargo, las compañías aún deben actuar corruptamente. *Véase* sección 30A(a), 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), 78dd-3(a).

83 *United States v. Kay*, 513 F.3d 432, 448 (5th Cir. 2007); *véase también* Instrucciones al jurado en 56-57, *United States v. Lambert*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 34-35, *United States v. Baptiste*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 1261, *United States v. Hoskins*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 1084-85, *United States v. Ho, supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 4242, *United States v. Ng*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 38, *United States v. Esquenazi*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 10, *United States v. Green*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 35, *United States v. Jefferson*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 25, *United States v. Bourke*, *supra* nota 43; Instrucciones al jurado en 5, *United States v. Mead*, *supra* nota 43.

84 *Bryan v. United States*, 524 U.S. 184, 191-92 (1998) (interpretando "intencionalmente" en el contexto del 18 U.S.C. § 924(a)(1)(A)) (citando *Ratzlaf v. United States*, 510 U.S. 135, 137 (1994)); *véase también Kay*, 513 F.3d en las págs. 446-51 (abordando *Bryan* y el término "intencionalmente" conforme al FCPA).

85 *Kay*, 513 F.3d en las págs. 447-48; *Stichting Ter Behartiging Van de Belangen Van Oudaandeelhouders In Het Kapitaal Van Saybolt Int'l B.V. v. Schreiber*, 327 F.3d 173, 181 (2d Cir. 2003).

86 La frase "cualquier cosa de valor" no está definida en el FCPA, pero la frase idéntica en la ley nacional antisoborno se ha interpretado generalmente para incluir beneficios tanto *tangibles* como *intangibles*. *Véase, e.g., United States v. Moore*, 525 F.3d 1033, 1048 (11th Cir. 2008) (rechazando la objeción del acusado a la instrucción que definió el "sexo" como "algo de valor", lo que "de manera inequívoca abarca consideraciones intangibles"); *United States v. Gorman*, 807 F.2d 1299, 1304-05 (6th Cir. 1986) (resolviendo que los préstamos y promesas de un futuro empleo son considerados como "algo de valor"); *United States v. Williams*, 705 F.2d 603, 622-23 (2d Cir. 1983) (aprobando la instrucción al jurado en el sentido de que las acciones podrían considerarse como "algo de valor" si el acusado creía que estás tenían valor, aunque las acciones no tuvieran valor comercial alguno, y notando que "[s]iempre se ha otorgado un significado amplio a la frase 'cualquier cosa de valor' en las leyes de soborno y otras leyes relacionadas".)

87 Sección 30A(a), 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), 78dd-3(a) (énfasis suplido).

88 Al igual que el FCPA, la ley nacional antisoborno, 18 U.S.C. § 201, prohíbe dar, ofrecer, o prometer "cualquier cosa de valor". Numerosos casos de soborno local conforme a la sección 201 han abarcado sobornos de montos "pequeños" de dólares. *Véase, e.g., United States v. Franco*, 632 F.3d 880, 882-84 (5th Cir. 2011) (afirmando las condenas por soborno de un recluso por pagar a la policía de la correccional 325 dólares para obtener un teléfono celular, comida, y marihuana, y notando que 18 U.S.C. § 201 no contiene un umbral mínimo monetario); *United States v. Williams,* 216 F.3d 1099, 1103 (D.C. Cir. 2000) (afirmando la condena por soborno de 70 dólares a un inspector de vehículos); *United States v. Traitz*, 871 F.2d 368, 396 (3rd Cir. 1989) (afirmando la condena por soborno de 100 dólares pagado a un funcionario de la administración de Salud y Seguridad Laboral); *United States v. Hsieh Hui Mei Chen*, 754 F.2d 817, 822 (9th Cir. 1985) (afirmando las condenas por soborno, incluyendo uno por 100 dólares a un funcionario de migración); *United States v. Bishton*, 463 F.2d 887, 889 (D.C. Cir. 1972) (afirmando una condena por soborno de 100 dólares a un jefe de la división de operaciones de alcantarillado del Distrito de Columbia).

89 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Odebrecht S.A.*, No. 16-CR-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), ECF No. 8, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920096/download.

90 Denuncia, *SEC v. Halliburton Company y KBR, Inc.*, No. 09-cv-399 (S.D. Tex. 11 feb 2009), ECF No 1 [en adelante, *SEC v. Halliburton y KBR*], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp20897.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, No. 09-cr-71, ECF No. 1 (S.D. Tex. 6 feb 2009) [en adelante, *United States v. KBR*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-06-09kbr-info.pdf.

91 Denuncia, *SEC v. Halliburton y KBR*, *supra* nota 90; Acusación por el fiscal, *United States v. KBR*, *supra* nota 90.

92 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. RAE Sys. Inc.*, No. 10-cv-2093 (D.D.C. Dec. 10, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. RAE Sys., Inc.*] (un abrigo de piel, entre otros obsequios extravagantes), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21770.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re RAE Sys. Inc.* (Dec. 10, 2010) [en adelante, *In re RAE Sys. Inc.*] (igual), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-10-10rae-systems.pdf; Denuncia, *SEC v. Daimler AG, supra* nota 47 (Mercedes Benz blindado con un valor de €300,000); Acusación por el fiscal, *United States v. Daimler AG, supra* nota 47 (igual).

93 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. SBM Offshore, N.V.*, No. 17-cr-686 (S.D. Tex. Nov. 21, 2017), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. SBM*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017351/download.

94 *Véase* Denuncia, *SEC v. ABB Ltd*, No. 04-cv-1141 (D.D.C. July 6, 2004), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18775.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. ABB Vetco Gray Inc.*, *et al*., No. 04-cr-279 (S.D. Tex. June 22, 2004), ECF No. 1 [en adelante, *EE. UU. v. ABB Vetco Gray*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/07/0622-04abbvetco-info.pdf.

95 Acusación por el fiscal, *United States v. Ericsson*, *supra* nota 47.

96 Denuncia, *SEC v. Lucent Technologies Inc.*, No. 07-cv-2301 (D.D.C. Dec. 21, 2007), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Lucent*], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20414.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Lucent Technologies* (Nov. 14, 2007) [en adelante, *In re Lucent*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-14-07lucent-agree.pdf.

97 Denuncia, *SEC v. Lucent*, *supra* nota 96; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Lucent, supra* nota 96.

98 La compañía consintió a la entrada de una sentencia definitiva al prohibirle permanentemente futuras violaciones con respecto a las disposiciones de libros y registros y de controles internos y pagó una sanción civil de 1,500,000 dólares. Denuncia, *SEC v. Lucent*, *supra* nota 96. Además, la compañía celebró a un acuerdo de no enjuiciamiento con el DOJ y pagó una sanción monetaria de 1,000,000 dólares. Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Lucent, supra* nota 96.

99 *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1311 (8th Cir. 1991).

100 Sentencia, *United States v. Liebo*, No. 89-cr-76 (D. Minn. Jan. 31, 1992), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/liebor/1992-01-31-liebor-judgment.pdf.

101 Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Credit Suisse* (May 30, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1079596/download; Comunicado de prensa, *In the Matter of Credit Suisse Group AG*, *disponible en* https://www.sec.gov/news/press-release/2018-128.

102 Denuncia, *SEC v. Schering-Plough Corp.*, No. 04-cv-945 (D.D.C. June 9, 2004), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18740.pdf; Orden procesal administrativo, *In the Matter of Schering-Plough Corp.*, Exchange Act Release No. 49838 (June 9, 2004) (resolviendo que esa compañía violó las disposiciones de contabilidad del FCPA e imponiendo una sanción monetaria civil 500,000 dólares), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/admin/34-49838.htm.

103 Los comunicados de procedimiento de opinión del FCPA pueden encontrarse en https://www.justice.gov/criminal-fraud/opinion-procedure-releases. En el caso de la compañía que procuró contribuir una subvención de 1.42 millones de dólares a una MFI local, el Departamento de Justicia notó que este había emprendido todos y cada uno de los pasos y controles de auditoría, así como otros adicionales, lo cual minimizaría la posibilidad de que cualquier cosa de valor se pudiera ofrecer a los funcionarios del país euroasiático. Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 10-02 (July 16, 2010), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2010/1002.pdf.

104 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 95-01 (Jan. 11, 1995), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1995/9501.pdf.

105 *Id.*

106 *Id.*

107 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 97-02 (Nov. 5, 1997), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1997/9702.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0601.pdf.

108 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006), *supra* nota 107.

109 *Id.*

110 *Id.*

111 *Véase* Exchange Act § 30A(a)(1)-(3), 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(1)-(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(1)-(3), 78dd-3(a)(1)-(3).

112 Exchange Act § 30A(f)(1)(A), 15 112 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2)(A), 78dd-3(f) (2)(A).

113 Conforme al FCPA, cualquier persona que "actué en capacidad oficial para o en representación de" un gobierno extranjero, un departamento, agencia o instrumentalidad del mismo, u organización pública internacional, es un funcionario extranjero. Exchange Act § 30A(f)(1)(A), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2)(A), 78dd-2(f)(2)(A). *Véase también* Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release No. 10-03, en la pág. 2 (Sept. 1, 2010), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2010/1003.pdf (enumerando las salvaguardas para asegurar que el consultor no estuviera actuando de parte de un gobierno extranjero).

114 *Pero véase* Exchange Act §§ 30A(b) y f(3)(A) , 15 U.S.C. § 78dd-1(b) y (f)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(b) y (h)(4), 78dd-3(b) y (f)(4) (excepción de pagos de facilitación). Aunque los pagos a un gobierno extranjero puedan no violar las disposiciones antisoborno del FCPA, tales pagos pueden llegar a contravenir otras leyes estadounidenses, incluyendo las del fraude electrónico, lavado de dinero, y las disposiciones de contabilidad del FCPA. Este fue el caso de una serie de asuntos llevados por el DOJ y la SEC que involucraron comisiones ilícitas (*kickbacks*) al gobierno iraquí a través del Programa Petróleo por Alimentos de las Naciones Unidas. *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Innospec*, *supra* nota 80; Denuncia, *SEC v. Novo Nordisk A/S*, No. 09-cv-862 (D.D.C. May 11, 2009), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21033.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Novo Nordisk A/S*, No. 09-cr-126 (D.D.C. May 11, 2009), ECF No. 1, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/nordiskn/05-11-09novo-info.pdf; Denuncia, *SEC v. Ingersoll-Rand Company Ltd.*, No. 07-cv-1955 (D.D.C. Oct. 31, 2007), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20353.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Ingersoll-Rand Italiana SpA*, No. 07-cr-294 (D.D.C. Oct. 31, 2007), ECF No. 1, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/ingerand-italiana/10-31-07ingersollrand-info.pdf; Denuncia, *SEC v. York Int'l Corp.*, No. 07-cv-1750 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. York Int'l Corp.*], *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20319.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. York Int'l Corp.*, No. 07-cr-253 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. York Int'l Corp.*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/19/10-01-07york-info.pdf; Denuncia, *SEC v. Textron Inc.*, No. 07-cv-1505 (D.D.C. Aug. 23, 2007), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Textron*], *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20251.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Textron Inc.* (Aug. 22, 2007), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/08-21-07textron-agree.pdf. El DOJ ha emitido comunicados de procedimiento de opinión en relación con los pagos (que fueron esencialmente donaciones) a agencias o departamentos del gobierno. *Véase* Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 09-01 (Aug. 3, 2009) (involucrando una donación de 100 aparatos médicos a un gobierno extranjero), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2009/0901.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006) (involucrando una contribución de 25,000 dólares al departamento regional de aduanas por pagar recompensas de incentivo para promover la aplicación local de leyes contra la falsificación), *disponible en* http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0601.pdf.

115 Anexo I, *United States v. Carson*, *infra* nota 119, ECF No. 335 (lista de ejemplos de acciones de ejecución basadas en funcionarios extranjeros de empresas de propiedad estatal).

116 Los EE. UU. tienen algunas empresas de propiedad estatal, como la Autoridad del Valle de Tennessee, que son instrumentalidades del gobierno. *McCarthy v. Middle Tenn. Elec.*

Membership Corp., 466 F.3d 399, 411 n.18 (6th Cir. 2006) ("[N]o hay duda de que la AVT es una agencia e instrumentalidad de los EE. UU.".) (citas internas omitidas).

117 Durante el periodo alrededor de la adopción del FCPA, empresas de propiedad estatal mantuvieron monopolios virtuales y operaron bajo un régimen estatal de fijación de precios en muchas industrias nacionales alrededor del mundo. *Véase*, en lo general, Banco Mundial, Bureaucrats in Business: The Economics and Politics of Government Ownership (World Bank Policy Research Report) [Burócratas en el sector comercial: La economía y políticas de propiedad estatal (Informe de investigación de políticas del Banco Mundial)] 78 (1995); Sunita Kikeri & Aishetu Kolo, *State Enterprises* [Empresas estatales], Grupo del Banco Mundial (feb 2006), *disponible en* http://documents.worldbank.org/curated/en/169041468768316446/pdf/353300PAPER0VP0304Kikeri1Kolo.pdf.

118 *Id.* en la pág. 1 ("[D]espués de más de 2 décadas de privatización, el control y la propiedad del gobierno permanece extendida en muchas regiones—y en muchas partes del mundo sigue dominando en ciertos sectores".)

119 A la fecha, conforme al enfoque que ha tenido el DOJ y la SEC, todos los tribunales de distrito que han considerado este asunto han concluido que efectivamente es una cuestión fáctica que un jurado debe decidir. *Véase* Orden, *United States v. Carson*, 2011 WL 5101701, No. 09-cr-77 (C.D. Cal. May 18, 2011), ECF No. 373 [en adelante, *United States v. Carson*]; *United States v. Aguilar*, 783 F. Supp. 2d 1108 (C.D. Cal. 2011); Orden, *United States v. Esquenazi*, *supra* nota 43, ECF No. 309; *véase también* Orden, *United States v. O'Shea*, No. 09-cr-629 (S.D. Tex. Jan. 3, 2012), ECF No. 142; Orden, *United States v. Nguyen*, No. 08-cr-522 (E.D. Pa. Dec. 30, 2009), ECF No. 144. Estas decisiones de los tribunales de distrito son consistentes con la aceptación por parte de los tribunales de distrito alrededor del país de más de 35 declaraciones de culpabilidad por individuos que admitieron haber violado el FCPA al sobornar a funcionarios de empresas de propiedad o control estatal. *Véase* Oposición del gobierno a la Moción enmendada del acusado para desestimar los cargos uno a diez del Pliego acusatorio, en la pág. 18, *United States v. Carson*, ECF No. 332.

120 *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912, 920-33 (11th Cir. 2014).

121 *Id.* en la pág. 925.

122 *Id.*

123 *Id.* en la pág. 926.

124 *Véase* Instrucciones al jurado, en las págs. 60-61, *United States v. Lambert, supra* nota 43; Instrucciones al jurado en la pág. 1264, *EE. UU. v. Hoskins*, *supra* nota 43; Orden en 5 e Instrucciones al jurado, *United States v. Carson*, *supra* nota 119, ECF No. 373 y ECF No. 549; Aguilar, 783 F. Supp. 2d en 1115.

125 Acusación por el fiscal, *United States v. C.E. Miller Corp.*, *et al*., No. 82-cr-788 (C.D. Cal. Sept. 17, 1982), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/22/1982-09-17-ce-miller-information.pdf.

126 *Véase* Denuncia, *SEC v. Sam P. Wallace Co.*, *Inc.*, *et al*., No. 81-cv-1915 (D.D.C. Aug. 31, 1982); Acusación por el fiscal, *United States v. Sam P. Wallace Co., Inc.*, No. 83-cr-34 (D.P.R. Feb. 23, 1983), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/sam-wallace-company/1983-02-23-sam-wallace-company-information.pdf; *véase también* Acusación por el fiscal, *United States v. Goodyear Int'l Corp.*, No. 89-cr-156 (D.D.C. May 11, 1989) (Iraqi Trading Company fue identificada "como instrumentalidad del Gobierno de la República de Iraq"), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/goodyear/1989-05-11-goodyear-information.pdf.

127 *Véase* Denuncia, *SEC v. ABB*, *supra* nota 47; Acusación por el fiscal, en la pág. 3, *United States v. ABB Inc.*, No. 10-cr-664 (S.D. Tex. Sept. 29, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. ABB*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/07/09-20-10abbinc-info.pdf; Constitución Política de los EE. UU. Mexicanos, CP, reformada, art. 27, Diario Oficial de la Federación [DOF], 5-02-1917 (Mex.); Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, reformada, art. 1-3, 10, Diario Oficial de la Federación [DOF], 22-12-1975 (Mex.).

128 *Véase Esquenazi*, 752 F.3d en las págs. 928-29, *supra* nota 120; Pliego acusatorio, en la pág. 2, *United States v. Esquenazi*, *supra* nota 43, ECF No. 3; Declaración jurada del Sr. Louis Gary Lissade en 1-9, *Id.*, ECF No. 417-2.

129 Acusación por el fiscal, en las págs. 30-31, *United States v. Alcatel-Lucent France*, *S.A.*, No. 10-cr-20906 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Alcatel-Lucent France*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/07/29/12-27-10alcatel-et-al-info.pdf.

130 *Id.*

131 *Véase* International Anti-Bribery and Fair Competition Act de 1998, Pub. L. 105-366 § 2, 112 Stat. 3302, 3303, 3305, 3308 (1998).

132 Exchange Act § 30A(f)(1)(B), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2)(B), 78dd-3(f) (2)(B).

133 *Véase, e.g.,* Pliego acusatorio enmendado, *United States v. Ng*, *supra* nota 43 (alegando violaciones del FCPA por el pago de sobornos a embajadores ante las Naciones Unidas); Pliego acusatorio, *United States v. Harder*, *supra* nota 52 (alegando violaciones del FCPA por el pago de sobornos a un funcionario del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo).

134 Los terceros e intermediarios son también responsables por violaciones del FCPA. Exchange Act § 30A(a), 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a) y 78dd-3(a).

135 Exchange Act § 30A(a)(3), 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).

136 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Johnson & Johnson*, No. 11-cv-686 (D.D.C. Apr. 8, 2011) [en adelante, *SEC v. Johnson & Johnson*] (sobornos pagados a través de agentes griegos y rumanos), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21922.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. DePuy, Inc.*, No. 11-cr-99 (D.D.C. Apr. 8, 2011), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. DePuy*] (sobornos pagados a través de agentes griegos) *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/04-08-11depuy-info.pdf; Denuncia, *SEC v. ABB*, *supra* nota 47 (sobornos pagados a través de agentes mexicanos); Acusación por el fiscal, *United States v. ABB*, *supra* nota 127 (igual); Acusación por el fiscal, *United States v. Int'l Harvester Co.*, No. 82-cr-244 (S.D. Tex. Nov. 17, 1982) (sobornos pagados a través de un agente mexicano), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/22/1982-11-17-international-harvester-information.pdf.

137 *Véase United States v. Société Générale*; Acusación por el fiscal, *United States v. SGA Société Générale Acceptance, N.V.*, No. 18-cr-274 (E.D.N.Y. May 30, 2018), ECF No. 4, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072436/download; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Legg Mason* (June 4, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072461/download; Comunicado de prensa, *In the Matter of Legg Mason, Inc.*, https://www.sec.gov/news/press-release/2018-168.

138 *Véase United States v. SBM*, *supra* nota 93; Acusación por el fiscal, *United States v. SBM Offshore USA, Inc.*, No. 17-cr-685 (S.D. Tex. Nov. 21, 2017), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017336/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Anthony Mace*, No. 17-cr-618 (S.D. Tex. Oct. 19, 2017), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Mace*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017326/download; *United States v. Zubiate*, *supra* nota 9.

139 Exchange Act § 30A(a)(3), 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).

140 *Véase* Exchange Act § 30A(f)(2)(A), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(2)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(3)(A), 78dd-3(f)(3)(A).

141 *Véase* Exchange Act § 30A(f)(2)(B), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(2)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(3)(B), 78dd-3(f)(3)(B). El estándar de "a sabiendas" estaba destinado a cubrir "tanto las acciones prohibidas que son tomadas con 'conocimiento verdadero' de los resultados deseados como las otras acciones que, aun quedándose cortas de lo que la ley define como 'conocimiento positivo', evidencian no obstante una indiferencia consciente o ignorancia deliberada de circunstancias conocidas que debieron razonablemente alertar a uno sobre una alta posibilidad de que constituyan violaciones de la Ley". H.R. Rep. No. 100-576, en la pág. 920; *véase también* Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, Pub. L. No. 100-418, § 5003, 102 Stat. 1107, 1423-24 (1988). *Cf.* Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Mace*, *supra* nota 138, ECF No. 18, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017331/download (un ex CEO reconoció que era culpable de violaciones del FCPA al "continuar haciendo pagos que promovieron [un] esquema de sobornos y evitando deliberadamente el conocimiento de que ciertos pagos, incluyendo pagos que el acusado autorizó y aprobó, fueron de hecho sobornos pagados a funcionarios extranjeros").

142 H.R. Rep. No. 100-576, en la pág. 920 (1988).

143 Exchange Act § 30A(c)(1), 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(1), 78dd-3(c)(1).

144 H.R. Rep. No. 100-576, en la pág. 922. Los conferencistas también notaron que "[a]l interpretar qué es 'legal conforme a las leyes y disposiciones escritas'...las reglas normales de interpretación legal se aplicarían". *Id.*

145 *Véase United States v. Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535, 537-40 (S.D.N.Y. 2008). Asimismo, el tribunal resolvió que una disposición conforme a la ley azerí que eximía a los pagadores de sobornos de responsabilidad penal si eran extorsionados, no legalizaba los pagos de sobornos. La ley de extorsión azerí prohíbe el enjuiciamiento judicial del pagador de los sobornos por los pagos ilegales, pero no legaliza dichos pagos. *Id.* en las págs. 540-41.

146 *Véase* Transcripción del juicio, en las págs. 715-18, *United States v. Ng*, *supra* nota 43.

147 *Id.*

148 *Id.*

149 Exchange Act § 30A(c)(2)(A), (B), 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(2); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(2), 78dd-3(c)(2).

150 Por ejemplo, el Tribunal del Octavo Circuito de Apelaciones resolvió que la provisión de boletos de avión a un funcionario público para influir corruptamente en dicho funcionario puede constituir la base de una violación de las disposiciones antisoborno del FCPA. *Véase Liebo*, 923 F. 2d en las págs. 1311-12.

151 *Véase,* en términos generales, Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011) (viajes, hospedaje y gastos de comidas de dos funcionarios extranjero para un viaje de dos días a los EE. UU. para aprender sobre los servicios de un proveedor de servicios de adopción de los EE. UU.), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2011/11-01.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008) (los estipendios para reembolsar los viáticos mínimos de periodistas locales afiliados al gobierno que asistieron a una conferencia de prensa en un país extranjero), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0803.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007) (viajes nacionales, hospedaje y gastos de comida para seis funcionarios extranjeros para un programa educacional de seis semanas), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0702.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007) (viaje nacionales, hospedaje y gastos de comida para seis funcionarios extranjero para un tour educacional y promocional de cuatro días a los sitios de operación de una compañía estadounidense), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0701.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004) (viajes, hospedaje y gastos de viáticos modestos de cinco funcionarios extranjero para participar en un tour de estudio de nueve días de compañías de seguros mutuos), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0404.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004) (viaje nacionales, hospedaje y gastos de comida para doce funcionarios extranjeros y un traductor para un viaje de diez días a tres ciudades de los EE. UU. para reunirse con funcionarios estadounidenses del sector público), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0403.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004) (gastos de seminario, incluyendo recepciones, comidas, transporte y alojamiento, para un viaje de un día y medio de un seminario de derecho comparado laboral en un país extranjero), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0401.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 96-01 (Nov. 25, 1996) (viajes, alojamiento y gastos de comida de representantes del gobierno regional para asistir a cursos de capacitación en los EE. UU.), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1996/9601.pdf; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 92-01 (Feb 1992) (gastos de capacitación para que los funcionarios extranjeros pudieran realizar efectivamente las tareas relacionadas a la ejecución y cumplimiento de un contrato de proyecto conjunto, incluyendo tarifas de seminario, pasajes aéreos, gastos de hospedaje, comidas y transporte), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/review/1992/r9201.pdf.

152 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).

153 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 96-01 (Nov. 25, 1996).

154 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).

155 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).

156 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).

157 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 92-01 (Feb 1992).

158 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).

159 *Id.*

160 *Id.*; Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007).

161 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); Orden de cese y desista, *In the Matter of Helmerich & Payne, Inc.,* Exchange Act Release No. 60400 (July 30, 2009) [en adelante, *In the Matter of Helmerich & Payne*], *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60400.pdf.

162 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).

163 Por ejemplo, el DOJ ha aprobado previamente gastos en nombre de miembros de la familia, o con propósitos de entretenimiento, bajo ciertas circunstancias limitadas. *Véase, e.g.,* Depto. Jus. EE. UU., FCPA Rev. P Release 83-02 (July 26, 1983) (declinando tomar acciones de cumplimiento contra una compañía que trató de proveer un tour promocional para un funcionario extranjero y su esposa, donde los dos ya habían planeado un viaje a los EE. UU. a su costa y la compañía les propuso pagar solamente los gastos locales razonables y necesarios para la extensión de su viaje para permitir el tour promocional, los cuales no excederían 5,000 dólares, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/review/1983/r8302.pdf.

164 A diferencia de las defensas de la ley local y de gastos de buena fe, la excepción de los pagos de facilitación no es una defensa afirmativa ante el FCPA. Más bien, los pagos de este tipo caen fuera del alcance de la prohibición del soborno del FCPA. Previo a 1988, la excepción de los "pagos de facilitación" estaba incorporada en la definición de "funcionario extranjero", lo que excluía del alcance de la ley a los funcionarios cuyas obligaciones fueran principalmente ministeriales o administrativos. *Véase* Foreign Corrupt Practices Act de 1977, Pub. L. No. 95-213, § 104(d) (2), 91 Stat. 1494, 1498 (1977) (estableciendo que el término "funcionario extranjero" "no incluye a ningún empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, agencia o instrumentalidad de este cuyos deberes sean principalmente ministeriales o administrativos"). La excepción original se enfocaba entonces en los deberes de quien recibía, más que en el propósito del pago. Sin embargo, en la práctica resultó difícil el determinar si las funciones de un funcionario extranjero eran "ministeriales o administrativos". S. Rep. No. 100-85, en la pág. 53. Respondiendo a la crítica que el lenguaje de la ley "no refleja claramente la intención del Legislador y los límites de la conducta prohibida", el Congreso revisó el FCPA para definir la excepción en términos del propósito del pago. H. Rep. No. 100-40, pt. 2, en la pág. 77. Para eso, el Congreso reiteró que mientras que su política de excluir los pagos de facilitación reflejó consideraciones prácticas de aplicación, "dichos pagos no deberían ser condonados". *Id.* El lenguaje promulgado refleja este estrecho propósito.

165 Al eximir los pagos de facilitación, el Congreso buscaba distinguirlos como "pagos que meramente avanzan un asunto en particular hacia un acto o decisión futura que no involucran un acto discrecional", dando los ejemplos de un "pago de gratificación a un funcionario aduanal para agilizar el trámite de un documento en aduana" o "pagos hechos para asegurar permisos, licencias o el desempeño expedito de deberes similares de una naturaleza ministerial o administrativa que deben necesariamente ser llevados a cabo en cualquier evento". H.R. Rep. No. 95-640, en 8.

166 Exchange Act § 30A(f)(3)(B), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(3)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(4)(B), 78dd-3(f) (4)(B).

167 En una sentencia de 2004, el Quinto Circuito enfatizó este preciso punto, comentando la limitada naturaleza de la excepción de los pagos de facilitación:

> Una breve revisión de los tipos de acciones gubernamentales de rutina enumeradas por el Congreso muestra los límites que el Congreso quiso imponer a dicha excepción. Las acciones gubernamentales de rutina incluyen, por ejemplo, "obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para habilitar a una persona para poder hacer negocios en un país extranjero" y "programar inspecciones asociadas con el cumplimiento de contratos o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país". Por lo tanto, las acciones gubernamentales de rutina no incluyen la emisión de *cada* documento oficial o *cada* inspección, sino solamente: (1) documentación que habilite a una parte para poder hacer negocios, y (2) la programación de una inspección—categorías muy estrechas, actividades en su mayoría no discrecionales y ministeriales llevadas a cabo por funcionarios extranjeros de nivel medio o bajo.

United States v. Kay, 359 F.3d 738, 750-51 (5th Cir. 2004) (nota al calce interna omitida) (énfasis en original).

168 Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Helmerich & Payne, Inc.* (July 29, 2009) [en adelante, In re *Helmerich & Payne*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/06-29-09helmerich-agree.pdf.

169 Acusación por el fiscal, *Vetco Gray Controls Inc., et al*., No. 07-cr-4 No. (S.D. Tex. Jan. 5, 2007), ECF Nos. 1-2, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/vetco-controls/02-06-07vetcogray-info.pdf.

170 Denuncia, *SEC v. Noble Corp.*, No. 10-cv-4336 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21728.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Noble Corp*. (Nov. 4, 2010), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-04-10noble-corp-npa.pdf; *véase también* fuentes citadas *supra* nota 68.

171 Grupo de Trabajo sobre Cohecho, *Recomendación del Consejo para Reforzar la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 2009*, en § VI (recomendando que los países deberían revisar periódicamente sus políticas y su enfoque en los pagos de facilitación y deberían alentar a las compañías para prohibir o desincentivar los pagos de facilitación "en vista del efecto corrosivo de los pagos pequeños de facilitación, particularmente en el desarrollo económico sustentable y el estado de derecho"); Grupo de Trabajo sobre Cohecho, *Los EE. UU: Fase 3*, Informe anual de 2010, en la pág. 24 (Oct. 15, 2010), *disponible en* https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf (elogiando a los EE. UU. por los pasos tomados conforme a la recomendación del 2009 de alentar a las compañías a prohibir o desincentivar los pagos de facilitación).

172 Los pagos de facilitación son ilegales conforme a la U.K. Bribery Act de 2010, que entró en vigor el 1 de julio de 2011, y eran también ilegales conforme a la legislación previa del Reino Unido. *Véase* Bribery Act 2010, c.23 (Ing.), *disponible en* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents; *véase también* Ministerio de Justicia de Reino Unido, *Bribery Act 2010: Guidance About Procedures Which Relevant Commercial Organisations Can Put into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010* [Ley Antisoborno de 2010: Guía de procedimientos que las organizaciones comerciales pertinentes pueden instituir para impedir que las personas asociadas con estas puedan hacer sobornos (sección 9 de la Ley Antisoborno de 2020)] 18 (2011), *disponible en* https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/832011/bribery-act-2010-guidance.pdf.

173 *Véase, e.g.,* Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Helmerich & Payne, supra* nota 168; Orden de cese y desista, *In the Matter of Helmerich & Payne, supra* nota 161.

174 Para establecer la coerción o coacción, un acusado debe demostrar que estaba bajo amenazas de muerte o lesiones corporales graves ilícitas, presentes, inmediatas e inminentes; que el acusado no creó por negligencia o imprudencia una situación en la cual se vería forzado a realizar una conducta delictiva (por ejemplo, que estuviere haciendo pagos como parte de un esquema de sobornos); que el acusado no tuvo una alternativa razonable y legal a la violación de la ley; y que hubo una relación causal directa entre la conducta delictiva y la evasión del daño amenazado. *Véase* Modelo de instrucciones al jurado del Undécimo Circuito, instrucción especial No. 16 (2020); *véase también* Modelo de instrucciones al jurado del Quinto Circuito No. 1.38 (2019); Modelo de instrucciones al jurado del Sexto Circuito No. 6.05 (2019); Modelo de instrucciones al jurado del Séptimo Circuito No. 6.08 (2012); Modelo de instrucciones al jurado del Noveno Circuito No. 6.5 (2010); 1A Kevin F. O'Malley, Jay E. Grenig, Hon. William C. Lee, Federal Jury Practice and Instructions § 19.02 (6th

ed. 2008 & Supp. 2012).

175 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 11.

176 *Id.* en la pág. 10.

177 *Id.* en la pág. 11.

178 *United States v. Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535, 540 n.31 (S.D.N.Y. 2008).

179 *Id.* en la pág. 540 (citando a S. Rep. No. 95-114, en las págs. 10-11).

180 *Id.*

181 Sin embargo, estos pagos deben estar reflejados correctamente en los libros y registros de la compañía para que esta y su administración estén conscientes de dichos pagos y puedan asegurar que fueron hechos debidamente bajo las circunstancias. Por ejemplo, en una instancia, un fiscal de inmigración kazajo amenazó con multar, encarcelar o deportar a empleados de la subsidiaria de una empresa estadounidense. Creyendo que las amenazas eran genuinas, los empleados en Kazajistán buscaron orientación de la gerencia mayor de la subsidiaria estadounidense y fueron autorizados para realizar los pagos. Posteriormente los empleados pagaron al funcionario público extranjero un total de 45,000 dólares provenientes de sus recursos personales. La subsidiaria reembolsó a los empleados, pero registró falsamente dichos reembolsos como "adelantos salariales" o "multas de visa". La compañía matriz, que finalmente descubrió esos pagos, así como otros pagos en efectivo registrados impropiamente que fueron efectuados a un consultor kazajo para la obtención de visas, fue procesada por violaciones civiles a las disposiciones de contabilidad. Orden de cese y desista, *In the Matter of NATCO Group Inc.,* Exchange Act Release No. 61325 (Jan. 11, 2010), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/admin/2010/34-61325.pdf (imponiendo orden de cesar y desistirse y una sanción monetaria de 65,000 dólares).

182 *Véase* Instrucciones al jurado en la pág. 21, *United States v. Aguilar*, No. 10-cr-1031 (C.D. Cal. May 16, 2011), ECF No. 511.

183 *Véase, e.g., Pacific Can Co. v. Hewes*, 95 F.2d 42, 46 (9th Cir. 1938) ("Cuando una corporación es controlada por otra, la primera no actúa por sí misma, sino según las instrucciones de esta última, al igual que un agente, y el principal es responsable por los actos de su agente dentro del alcance de la autoridad del agente".); *United States v. NYNEX Corp.*, 788 F. Supp. 16, 18 n.3 (D.D.C. 1992) (disponiendo que "[u]na corporación puede, por supuesto, ser considerada responsable penalmente por los actos de sus agentes", incluyendo "la conducta de sus subsidiarias").

184 *Pacific Can Co*., 95 F.2d en la pág. 46; *NYNEX Corp*., 788 F. Supp. en la pág. 18 n. 3.

185 *Véase, e.g., Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120, 127 (5th Cir. 1962).

186 Orden de cese y desista, *In the Matter of United Industrial Corp.*, Exchange Act Release No. 60005 (May 29, 2009), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60005.pdf; *véase también* Lit. Release No. 21063, *SEC v. Wurzel* (May 29, 2009), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr21063.htm.

187 *Véase, e.g.,* Philip Urofksy, *What You Don't Know Can Hurt You: Successor Liability Resulting From Inadequate FCPA Due Diligence in M&A Transactions* [Lo que no sabes puede perjudicarlo: Responsabilidad del sucesor a raíz de una debida diligencia inadecuada en materia del FCPA en las transacciones de fusiones y adquisiciones], 1763 PLI/Corp. 631, 637 (2009) ("Como asunto legal, cuando una corporación adquiere a otra, asume cualquier responsabilidad existente de esta, incluyendo la responsabilidad por cualquier pago ilegal, sin importar si conocía de su existencia".). Si la responsabilidad del sucesor se aplica a una transacción corporativa en particular o no, depende de los hechos que comprenda, así como las leyes estatales, federales y, potencialmente, las leyes extranjeras.

188 *Véase, e.g.,* Carolyn Lindsey, *More Than You Bargained for: Successor Liability Under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* [Más de lo que quiso obtener: Responsabilidad del sucesor conforme a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE. UU.], 35 Ohio N.U.L. Rev. 959, 966 (2009) ("Se considera que permitir a una compañía escapar de sus deudas y responsabilidades al fusionarse con otra entidad conlleva a un resultado injusto".).

189 *Véase, e.g., Melrose Distillers, Inc. v. United States*, 359 U.S. 271, 274 (1959) (afirmado la responsabilidad penal del sucesor por violaciones antimonopolio); *United States v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828, 830 (5th Cir. 1989) (afirmado la responsabilidad penal del sucesor por violaciones del Bank Secrecy Act); *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856, 907 (9th Cir. 1974) (afirmado la responsabilidad penal del sucesor por conspiración y violaciones del Travel Act); *United States v. Shields Rubber Corp.*, 732 F. Supp. 569, 571-72 (W.D. Pa. 1989) (permitiendo la responsabilidad penal del sucesor por violaciones aduanales); *véase también United States v. Mobile Materials, Inc.*, 776 F.2d 1476, 1477 (10th Cir. 1985) (permitiendo la responsabilidad penal posterior a la disolución por violaciones antimonopolio, fraude postal y declaraciones falsas).

190 Denuncia, *SEC v. The Titan Corp*., No. 05-cv-411 (D.D.C. Mar. 1, 2005) (el descubrimiento de violaciones del FCPA durante la debida diligencia previa a la adquisición protegió a la compañía adquirente potencial y condujo a la rescisión del acuerdo de fusión), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19107.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Titan Corp*., No. 05-cr-314 (S.D. Cal. Mar. 1, 2005) (igual) [en adelante, *United States v. Titan Corp*.], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-01-05titan-info.pdf.

191 Para una exposición sobre las declinaciones del enjuiciamiento, véase Capítulo 7.

192 *Véase* Denuncia, *SEC v. El Paso Corp.*, No. 07-cv-899 (S.D.N.Y. Feb. 7, 2007), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. El Paso Corp.*] (acusando a una compañía con cargos de libros y registros y cargos de controles internos por pagos indebidos a Iraq conforme al Programa de Petróleo por Alimentos de las Naciones Unidas), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp19991.pdf.

193 Acusación por el fiscal, *United States v. TechnipFMC plc*, No. 19-cr-278 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5 [en adelante, *United States v. TechnipFMC*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225056/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Technip Offshore USA, Inc.*, No. 19-cr-279 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225066/download; Orden de cese y desista, *In the Matter of TechnipFMC plc*, Procedimiento administrativo. 3- 19493 (Sept. 23, 2019), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-87055.pdf.

194 *Véase* Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Alstom S.A.*, No. 14-cr-246 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Alstom*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-5-Plea-Agreement-for-SA.pdf; Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Alstom Grid, Inc.*, No. 14-cr-247 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Grid.pdf; Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Alstom Power, Inc.*, No. 14-cr-248 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Power.pdf.

195 *Véase* Denuncia, *SEC v. York Int'l Corp., supra* nota 114; Acusación por el fiscal, *United States v. York Int'l Corp., supra* nota 114.

196 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Latin*

Node, Inc., No. 09-cr-20239 (S.D. Fla. Mar. 23, 2009), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-23-09latinnode-info.pdf; Elandia Int'l Inc., Informe anual (Formulario 10-K), en la pág. 20 (Apr. 2, 2009), *disponible en* https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1352819/000119312509070961/d10k.htm.

197 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Salvoch*, No. 10-cr-20893 (S.D. Fla. Dec. 17, 2010), ECF No. 3, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/09/05/12-17-10salvoch-info.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Vasquez*, No. 10-cr-20894 (S.D. Fla. Dec. 17, 2010), ECF No. 3, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/09/05/12-17-10vasquez-juan-info.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Granados, et al.*, No. 10-cr-20881, (S.D. Fla. Dec. 14, 2010), ECF No. 3, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/10/18/12-21-10granados-indict.pdf.

198 *Véase* Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, No. 4:10-cr-00460 (S.D. Tex. July 7, 2010), ECF No. 3 [en adelante, *United States v. Snamprogetti*], *disponible en* https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/snamprogetti/07-07-10snamprogetti-dpa.pdf.

199 Comparar Acusación por el fiscal, *United States v. Snamprogetti*, No. 10-cr-00460 (S.D. Tex. July 7, 2010), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-07-10snamprogetti-info.pdf, con Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Snamprogetti*, *supra* nota 198.

200 *Véase* Comunicado de prensa, General Electric Co., General Electric Agrees to Acquire InVision [General Electric acuerda adquirir InVision] (Mar. 15, 2004), *disponible en* https://www.ge.com/news/press-releases/general-electric-agrees-acquire-invision-combines-explosive-detection-technologies; Comunicado de prensa, *General Electric Settles SEC Action for Disclosure Failures in Connection with Its Former CEO's Benefits Under His Employment and Retirement Agreement*, SEC (Sept. 23, 2004), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/2004/December/04_crm_780.htm; Reuters, *Company News; G.E. Gets InVision, A Maker of Bomb Detectors* [Noticias de la compañía; G.E. obtiene InVision, un fabricante de detectores de bombas], N.Y. Times, Dec. 7, 2004, en C4.

201 Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re InVision* (Dec. 3, 2004), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-03-04invisiontech-agree.pdf; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re General Elec. Co.*, (Dec. 3, 2004), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/invision-tech/12-03-04invisiontech-agree-ge.pdf; Denuncia, *SEC v. GE InVision, Inc., f/k/a InVision Technologies, Inc.*, No. 05-cv-660 (N.D. Cal. 14 feb 2005), ECF No. 1, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19078.pdf.

202 *Véase* Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf; *véase también* Comunicado de prensa, Depto. Jus. EE. UU., *Pfizer H.C.P. Corp. Agrees to Pay 15 Million Penalty to Resolve Foreign Bribery Investigation* [Pfizer H.C.P. Corp. Acuerda pagar una multa de 15 millones de dólares para resolver una investigación por sobornos internacionales] (Aug. 7, 2012) ("En los 18 meses después de su adquisición de Wyeth, Pfizer Inc., en consulta con el departamento, condujo una debida diligencia y revisión investigativa de las operaciones comerciales con Wyeth e integró el sistema de controles internos de Pfizer Inc. a las entidades comerciales anteriores de Wyeth. El departamento consideró estos esfuerzos extensos y la resolución de la SEC cuando decidió no procurar una resolución penal por la conducta impropia de las subsidiarias de Wyeth previa a la adquisición".), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-crm-980.html.

203 18 U.S.C. § 2.

204 Al promulgar el FCPA en 1977, el Congreso notó expresamente que "[l]os conceptos de ayudar e incitar y de participación conjunta se aplicarían a una violación conforme a esta ley en la misma forma en que esos conceptos se han aplicado siempre en las acciones tanto civiles de la SEC como las acciones privadas implícitas llevadas conforme a las leyes de valores generalmente". H.R. Rep. No. 95-640, en la pág. 8.

205 *Pinkerton* sostuvo que un conspirador podría ser encontrado culpable de un delito sustantivo cometido por un cómplice en fomento de la conspiración si los actos del cómplice fueron razonablemente previsibles. *Véase Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640, 647-48 (1946).

206 *Véase United States v. MacAllister*, 160 F.3d 1304, 1307 (11th Cir. 1998); *United States v. Winter*, 509 F.2d 975, 982 (5th Cir. 1975).

207 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Marubeni Corp.*, No. 12-cr-22 (S.D. Tex. Jan. 17, 2012), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Marubeni*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/01/24/2012-01-17-marubeni-information.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. JGC Corp.*, *supra* nota 60; Acusación por el fiscal, *United States v. Snamprogetti, supra* nota 199; *véase también* Acusación por el fiscal, *United States v. Technip*, *supra* nota 193.

208 *United States v. Hoskins*, 902 F.3d 69, 76-97 (2d Cir. 2018).

209 *United States v. Firtash*, 392 F. Supp. 3d 872, 889 (N.D. Ill. 2019).

210 Exchange Act § 20(e), 15 U.S.C. § 78t(e) ("El enjuiciamiento de las personas que ayudan e incitan a violaciones", establece explícitamente que, para efectos de una acción civil buscando medidas cautelares o una sanción civil, "toda persona que a sabiendas o imprudentemente provea ayuda substancial a otra persona en violación de alguna disposición de este capítulo, o de cualquier otra regla o regulación emitida conforme a este capítulo, deberá considerarse en violación de tal disposición en la misma medida que la persona a la cual se le brinda tal ayuda".).

211 Conforme a la sección 21C(a) del Exchange Act, la SEC puede imponer una orden de cese y desista a través de los procedimientos administrativos de la SEC contra cualquier persona que viole, haya violado o esté a punto de violar cualquier disposición del Exchange Act o cualquier regla o regulación en virtud del mismo, y contra toda persona que sea, haya sido o fuera una causa de la violación, debido a un acto u omisión que la persona conocía o debió conocer y que contribuyó a tal violación. Exchange Act § 21C(a), 15 U.S.C. § 78u-3(a).

212 *Véase* Denuncia, *SEC v. Panalpina, Inc.*, No. 10-cv-4334 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21727.pdf.

213 18 U.S.C. § 3282(a) establece que: "Salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, ninguna persona será procesada, enjuiciada o castigada por ningún delito no capital, a menos que se haya dictado el pliego acusatorio o instituido la acusación por el fiscal dentro de los cinco años siguientes a la comisión de dicho delito".

214 *Véase* 18 U.S.C. § 3301(a) ("[E]l término 'delito de fraude de valores' significa una violación de ... la sección 32(a) del Securities Exchange Act de 1934 (15 U.S.C. 78ff(a)) o una conspiración para violar o tentativa de violar dicha sección"); 18 U.S.C. § 3301(b) ("Ninguna persona será procesada, enjuiciada o castigada por un delito de fraude de valores a menos que se haya dictado el pliego acusatorio o instituido la acusación por el fiscal dentro de los seis años siguientes a la comisión de dicho delito".).

215 *Véase Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 396-97 (1957) (sosteniendo que el gobierno debe probar que la conspiración seguía existiendo y que por lo menos un acto manifiesto fue cometido dentro de la prescripción); *Fiswick v.United States*, 329 U.S. 211, 216 (1946) ("La prescripción, salvo

que esté suspendida, corre desde el último acto manifiesto durante la existencia de la conspiración. Los actos manifiestos imputados y probados deben por lo tanto marcar la duración así como el alcance de la conspiración".) (cita omitida); véase, en lo general, Julie N. Sarnoff, Federal Criminal Conspiracy [Conspiración penal federal], 48 Am. Crim. L. Rev. 663, 676 (primavera 2011); *véase también United States v. SBM*, *supra* nota 93 (imputando una sola conspiración por violar el FCPA, abarcando conducta desde o alrededor de 1996 hasta o alrededor de 2012).

216 18 U.S.C. § 3292.

217 *Kokesh v. SEC,* 581 U.S. 455 (2017).

218 28 U.S.C. § 2462.

219 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 3 (notando que en el pasado, "el soborno corporativo ha sido ocultado por la falsificación de libros y registros corporativos", que las disposiciones de contabilidad "remueven [] esta forma de encubrimiento", y que "[c]onsideradas en conjunto, los requisitos contables y requisitos [antisoborno] penales... deberían desalentar efectivamente el soborno corporativo de funcionarios de gobierno extranjeros").

220 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 7.

221 Exchange Act § 13(b)(2)(A), 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

222 Exchange Act § 13(b)(2)(B), 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B).

223 Las disposiciones de contabilidad contienen una estrecha excepción relacionada a la seguridad nacional y la protección de información clasificada. Conforme a esta disposición de "seguridad nacional", "ninguna obligación o responsabilidad [conforme a la sección 13(b)(2) del Exchange Act] debe ser impuesta a ninguna persona actuando en cooperación con el jefe de cualquier departamento federal o agencia responsable de tales asuntos si dichos actos de cooperación con dicho jefe de un departamento o agencia fue realizado conforme a la directiva específica y escrita del jefe del departamento o agencia conforme a la autoridad presidencial de emitir tales directivas". Exchange Act § 13(b)(3), 15 U.S.C. § 78m(b)(3). Sin embargo, como el Congreso lo dejó claro, la excepción está estrechamente diseñada e intencionada para prevenir la divulgación de información clasificada. H.R. Rep. No. 94-831, en la pág. 11 (1977), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/corruptrpt-94-831.pdf

224 Exchange Act § 13(b)(2)(A), 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

225 H.R. Rep. No. 94-831, en la pág. 10.

226 *Id.*

227 Exchange Act § 13(b)(7), 15 U.S.C. § 78m(b)(7).

228 H.R. Rep. No. 100-576, en la pág. 917 (1988), *disponible en* https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/crpt100-576.pdf. El Congreso rechazó la adición a la definición del lenguaje costo-beneficio propuesto "en respuesta a las preocupaciones de que tales disposiciones legales puedan ser abusadas y debilitar las disposiciones de contabilidad en un momento de preocupación creciente acerca de las fallas de auditoría y fraude financiero y las recomendaciones resultantes por los expertos para prácticas de contabilidad y estándares de auditoría más sólidas". *Id.*

229 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Biomet, Inc*., No. 12-cv-454 (D.D.C. Mar. 26, 2012), ECF No. 1 [en adelante, *SEC v. Biomet*], *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22306.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Biomet, Inc.*, No. 12-cr-80 (D.D.C. Mar. 26, 2012) [en adelante, *United States v. Biomet*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/30/2012-03-26-biomet-information.pdf; *Denuncia, SEC v. Smith & Nephew plc*, No. 12-cv-187 (D.D.C. Feb. 6, 2012), ECF No. 1, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22252.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Smith & Nephew, Inc.*, No. 12-cr-30 (D.D.C. Feb. 6, 2012), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/02/08/2012-02-06-s-n-information.pdf; Denuncia, *SEC v. Johnson & Johnson*, *supra* nota 136; Acusación por el fiscal, *United States v. DePuy*, *supra* nota 136; Denuncia, *SEC v. Maxwell Techs. Inc.*, No. 11-cv-258 (D.D.C. Jan. 31, 2011), ECF No.1 [en adelante, *SEC v. Maxwell Technologies*], *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21832.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Maxwell Techs. Inc.*, No. 11-cr-329 (S.D. Cal. Jan. 31, 2011), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/01-31-11maxwell-tech-info.pdf; Denuncia, *SEC v. Transocean, Inc.*, No. 10-cv-1891 (D.D.C. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21725.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Transocean, Inc.*, No. 10-cr-768 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-04-10transocean-info.pdf.

230 S. Rep. No. 95-114, en la pág. 7.

231 Exchange Act § 13(b)(2)(B), 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B).

232 Exchange Act § 13(b)(7), 15 U.S.C. § 78m(b)(7).

233 *Véase* Denuncia, *SEC v. Siemens AG, supra* nota 47; Acusación por el fiscal, *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, No. 08-cr-367 (D.D.C. Dec. 12, 2008), ECF. No. 1 [en adelante, *United States v. Siemens AG*], *disponible en* https://www.justice.gov/archive/opa/documents/siemens-ag-info.pdf.

234 Denuncia, *SEC v. Siemens AG, supra* nota 47; Acusación por el fiscal, *United States v. Siemens AG, supra* nota 233; Comunicado de prensa, Depto. Jus. EE. UU., *Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay $450 Million in Combined Criminal Fines* [Siemens AG y tres subsidiarias se declaran culpables de violaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero y aceptan pagar 450 millones de dólares en multas penales combinadas] (Dec. 15, 2008), *disponible en* https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html.

235 *Véase, e.g.,* Denuncia*, SEC v. Biomet, supra* nota 229 (sobornos pagados a proveedores gubernamentales de salud en los cuales facturas falsas fueron usadas para justificar pagos y los sobornos fueron registrados falsamente como "gastos de consultoría" o "comisiones" en los libros y registros de la compañía); Acusación por el fiscal, *United States v. Biomet*, *supra* nota 229 (igual); *SEC v. Alcatel-Lucent, supra* nota 47 (sobornos pagados a funcionarios extranjero para asegurar contratos de telecomunicaciones en los cuales la compañía carecía de controles internos adecuados y permitía la falsificación de los libros y registros); *United States v. Alcatel-Lucent France, supra* nota 129 (igual).

236 Denuncia, *SEC v. Daimler AG, supra* nota 47; Acusación por el fiscal, *United States v. Daimler AG, supra* nota 47.

237 *Id.*

238 *Id.*

239 *Id.*

240 *Id.*

241 *Id.*

242 *Véase supra* nota 10.

243 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Siemens AG, supra* nota 47; Denuncia, *SEC v. York Int'l Corp., supra* nota 116; Denuncia, *SEC v. Textron, supra* nota 116; Acusación por el fiscal, *United States v. Control Components, Inc.*, No. 09-cr-162 (C.D. Cal. July 22, 2009), ECF No. 1 [en adelante, *United States v. Control Components*], *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-22-09cci-info.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. SSI Int'l Far East, Ltd.*, No. 06-cr-398, ECF No. 1 [en adelante, *United States v. SSI Int'l*] (D. Or. Oct. 10, 2006), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-10-06ssi-information.pdf.

244 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. El Paso Corp., supra* nota 188; Denuncia, *SEC v. Innospec*, *supra* nota 80; Denuncia, *SEC v. Chevron Corp*., 07-cv-10299 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2007), ECF No. 1, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20363.pdf.

245 *Véase supra* nota 9.

246 *Véase* Denuncia, *SEC v. Maxwell Technologies, supra* nota 229.

247 *Véase* Denuncia, *SEC v. Willbros Group, supra* nota 10.

248 15 U.S.C. § 7201 *et seq.*

249 Exchange Act Rule 13a-15, 17 C.F.R. § 240.13a-15; Exchange Act Rule 15d-15, 17 C.F.R. § 240.15d-15; Artículo 308 de la Regulación S-K, 17 C.F.R. § 229.308; Artículo 15, Formulario 20-F, *disponible en* https://www.sec.gov/about/forms/form20-f.pdf; Instrucciones generales (B), Formulario 40-F (para emisoras privadas extranjeras), *disponible en* https://www.sec.gov/about/forms/form40-f.pdf.

250 *Véase* SEC, Commission Guidance Regarding Management's Report on Internal Control over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 [Directivas de la Comisión en relación al Informe administrativo sobre los controles internos de los informes financieros conforme a la sección 13(a) o 15(d) del Securities Exchange Act de 1934], Release No. 33-8810 (27 jun, 2007), *disponible en* https://www.sec.gov/rules/interp/2007/33-8810.pdf.

251 *Id.*

252 Foreign Corrupt Practices Act de 1977, Pub. L. No. 95-213, § 102, 91 Stat. 1494 (1977).

253 *Véase supra* nota 47; *In the Matter of TechnipFMC plc, supra* nota 193, (compañía francesa); *United States v. Technip*, *supra* nota 193, (igual); *véase también* Orden de cese y desista, *In the Matter of Diageo plc*, Exchange Act Release No. 64978 (SEC, July 27, 2011) (compañía de Reino Unido), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-64978.pdf; Orden de cese y desista, *In the Matter of Statoil*, *ASA*, Exchange Act Release No. 54599 (SEC, Oct. 13, 2006) (compañía noruega), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Statoil, ASA*, No. 06-cr-960 (S.D.N.Y. Oct. 13, 2006) (igual), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-13-09statoil-information.pdf.

254 Aunque las compañías que no cotizan en bolsa no están cubiertas por las disposiciones del FCPA con relación a las disposiciones de libros y registros y controles internos, y no recaen dentro de la jurisdicción de la SEC, las leyes fiscales, federales y estatales, así como las leyes corporativas estatales, generalmente obligan a estas compañías a mantener libros precisos y registros suficientes para calcular adecuadamente los impuestos que se deben. Además, las compañías más grandes que no cotizan en bolsa mantienen sus libros y registros para facilitar la preparación de los estados financieros de conformidad con los GAAP para cumplir con los requisitos crediticios de las instituciones financieras.

255 *Véase SEC v. RAE Sys. Inc*., *supra* nota 92; *In re RAE Sys. Inc., supra* nota 92.

256 *Véase* Exchange Act § 13(b)(6), 15 U.S.C. § 78m(b)(6), que establece que cuando una emisora "cuenta con el 50 por ciento o menos del derecho de voto respecto de una firma local o extranjera", la emisora debe "proceder de buena fe para usar su influencia, en una medida razonable bajo las circunstancias de la emisora, para asegurar que la firma local o extranjera mantenga un sistema de controles de contabilidad internos consistentes con la [sección 13(b)(2)]".

257 *Véase* 15 U.S.C. § 78m(b)(6). El Congreso añadió el lenguaje en la subsección 78m(b)(6) del FCPA en 1988, reconociendo que "no es realista esperar que un dueño minoritario ejerza un grado desproporcionado de influencia sobre las prácticas de contabilidad de una subsidiaria". H.R. Rep. No. 100-576, en la pág. 917. El Informe de conferencia notó que, respecto de los dueños minoritarios, "la cantidad de influencia que una emisora pueda ejercer varía necesariamente entre un caso y otro. Mientras que el grado relativo de propiedad es obviamente un factor, otros factores pueden también ser importantes al determinar si una emisora ha demostrado esfuerzos de buena fe para usar su influencia". *Id.*; *véase también* S. Rep. No. 100-85, en la pág. 50.

258 La Sección 20(e) del Exchange Act, titulada "El enjuiciamiento de personas que ayudan e incitan a violaciones", establece explícitamente que, para efectos de una acción civil que solicita medidas cautelares o una sanción penal, "toda persona que a sabiendas o imprudentemente provea ayuda substancial a otra persona en violación de una disposición de este título, o de cualquier otra regla o regulación emitida conforme a este título, debe ser considerada en violación de dichas disposiciones en la misma medida que la persona a la cual se le brinda tal ayuda". *Véase* Exchange Act § 20(e), 15 U.S.C. § 78t(e).

259 *Véase* Denuncia, en las págs. 11-12, *SEC v. Elkin*, No. 10-cv-661 (D.D.C. Apr. 28, 2010), ECF No. 1, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21509.pdf.

260 *Id.*, ECF Nos. 6-9 (sentencias definitivas).

261 *Véase, e.g.,* Denuncia, *SEC v. Nature's Sunshine Prod., Inc.*, No. 09-cv-672 (D. Utah, July 31, 2009), ECF No. 2, *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21162.pdf.

262 *Véase* Orden de cese y desista, *In the Matter of Watts Water Tech., Inc.y Leesen Chang*, Exchange Act Release No. 65555 (SEC Oct. 13, 2011), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-65555.pdf.

263 *Id.* en las págs. 2, 4, 6-7.

264 Exchange Act Rule 13b2-1, 17 C.F.R. § 240.13b2-1.

265 15 U.S.C. § 78m(b)(5).

266 Exchange Act § 3(a)(9), 15 U.S.C. § 78c(a)(9).

267 Exchange Act Rule 13b2-2, 17 C.F.R. § 240.13b2-2.

268 Denuncia, *SEC v. Jennings*, No. 11-cv-144 (D.D.C. Jan. 24, 2011), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21822.pdf.

269 *Id.*, ECF Nos. 1, 3 (Denuncia y Sentencia definitiva).

270 *Innospec Ltd: Former CEO admits bribery to falsify product tests* [Ex CEO admite soborno para falsificar pruebas de producto], Oficina de Fraudes Graves (July 30, 2012), *disponible en* https://www.sfo.gov.uk/2012/07/30/innospec-ltd-former-ceo-admits-bribery-falsify-product-tests/.

271 15 U.S.C. § 78ff(a).

272 *Véase* Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Och-Ziff Capital Mgmt. Group LLC*, No. 16-cr-516 (E.D.N.Y. Sept. 29, 2016), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/900261/download.

273 *Véase* Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *United States v. Panasonic Avionics Corp*., No. 18-cr-118 (D.D.C. Apr. 30, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1058466/download.

274 *Véase* Entrada de minuta de la declaración de culpabilidad, *United States v. Peterson, supra* nota 9, ECF No. 13; *véase también* Comunicado de prensa, Depto. Jus. EE. UU., *Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by* FCPA [Anterior director ejecutivo de Morgan Stanley se declara culpable por su rol

en la evasión de los controles internos exigidos por la FCPA], *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html.

275 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Baker Hughes Svcs. Int'l, Inc.*, No. 07-cr-129 (S.D. Tex. Apr. 11, 2007), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/04-11-07bakerhughesintl-info.pdf.

276 *Véase* Acusación por el fiscal, *United States v. Panalpina, Inc.*, No. 10-cr-765 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-info.pdf.

277 *Id.*

278 *Véase* 15 U.S.C. § 78ff(a).

279 *Véase* FASB Statement of Fin, Acct. Concepts No. 2 ¶¶ 63-80.

280 Estándar de Auditoría PCAOB No. 12 y PCAOB AU § 325.

281 *Véase* Exchange Act § 10A, 15 U.S.C. § 78j-1.

282 18 U.S.C. § 1952.

283 *Véase, e.g., United States v. Baptiste*, *supra* nota 43; Acusación por el fiscal, *United States v. Ernesto Lujan*, No. 13-cr-671 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2013), ECF No. 11, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/08/30/lujan-filed-information.pdf; Pliego acusatorio, *United States v. Robert Richard King,* No. 01-cr-190 (W.D. Mo. June 27, 2001), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/05-03-02king-robert-indict.pdf; Pliego acusatorio enmendado, *United States v. Mead, supra* nota 43, ECF No. 22; Acusación por el fiscal, *United States v. Saybolt North America Inc.*, No. 98-cr-10266 (D. Mass. Aug. 18, 1998), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/08-10-98saybolt-info.pdf.

284 *Véase* Segundo pliego acusatorio enmendado, *United States v. Kozeny*, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. May 26, 2009), ECF No. 203, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/kozenyv/05-26-09bourke2nd-supersed-indict.pdf; Sentencia, *United States v. Bourke*, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. Nov. 12, 2009), ECF No. 253, *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/kozenyv/11-12-09bourke-judgment.pdf.

285 Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Control Components, supra* nota 243, ECF No. 7, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-24-09cci-plea-agree.pdf; *véase también* Orden, *United States v. Carson, supra* nota 119, ECF No. 440 (denegando la moción para desestimar los cargos alegando violaciones del Travel Act), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/carsons/2011-09-20-carson-minutes-denying-motion-to-dismiss.pdf.

286 *Véase, e.g., United States v. Ahsani, supra* nota 9; Acusación por el fiscal, *United States v. Matthias Krull*, No. 18-cr-20682 (S.D. Fla. Aug. 16, 2018), ECF. No. 23, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1119951/download; *United States v. Ng*, *supra* nota 43; Acusación por el fiscal, *United States v. Darwin Enrique Padron-Acosta*, No. 16-cr-437 (S.D. Tex. Sept. 30, 2016), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1226941/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Esquenazi, supra* nota 43; Acusación por el fiscal, *United States v. Green, supra* nota 43; Acusación por el fiscal, *United States v. General Elec. Co.*, No. 92-cr-87 (S.D. Ohio July 22, 1992), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/general-electric/1992-07-22-general-electric-information.pdf.

287 Funcionarios extranjeros "no deben ser procesados por violar el FCPA per se, ya que el [FCPA] no tipifica como delito el recibo de un soborno por un funcionario extranjero". *United States v. Blondek*, 741 F. Supp. 116, 117 (N.D. Tex. 1990), ratificada; *United States v. Castle*, 925 F.2d 831 (5th Cir. 1991) ("Nosotros establecemos que los funcionarios extranjeros no deben ser procesados conforme a 18 U.S.C. § 371 por conspirar para violar el FCPA".). Sin embargo, se puede procesar a los funcionarios extranjeros por violar el FCPA cuando actúan como intermediarios del pago de un soborno. *Véase, e.g.,* Acusación por el fiscal, *United States v. Basu*, No. 02-cr-475 (D.D.C. Nov. 26, 2002) (empleado del Banco Mundial procesado por fraude electrónico y violaciones del FCPA por facilitar pagos de sobornos a otro funcionario del Banco Mundial y a un funcionario del gobierno de Kenia), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/basu/11-26-02basu-info.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Sengupta*, No. 02-cr-40 (D.D.C. Jan. 30, 2002), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/01-30-02sengupta-info.pdf.

288 *Véase, e.g.,* Sentencias, *United States v. Esquenazi, supra* nota 43, ECF Nos. 182, 816, 824 (sentencias contra funcionarios extranjeros acusados).

289 Acusación por el fiscal, *United States v. SSI Int'l, supra* nota 243 (alegando violaciones de 18 U.S.C. §§ 1343, 1346); Acuerdo de admisión de culpabilidad, *United States v. SSI Int'l, supra* nota 243, (Oct. 10, 2006), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-10-06ssi-fareast-plea.pdf.

290 *Véase* Banco Ex-Im, Formulario de certificado de exportador, EIB 15-04 (Sept. 2022), *disponible en* https://www.exim.gov/sites/default/files/forms/eib15-04_0.pdf.

291 *Véase* 18 U.S.C. § 1001.

292 22 C.F.R. §§ 130.2, 130.9

293 Por ejemplo, en *United States v. BAE Systems plc*, BAE se declaró culpable de conspirar para defraudar a los EE. UU. al perjudicar y obstaculizar sus funciones legales, realizar falsas declaraciones acerca de su programa de cumplimiento con el FCPA y violar AECA e ITAR. BAE pagó una multa de 400 millones de dólares y aceptó un monitor corporativo independiente para asegurar el cumplimiento de las leyes anticorrupción y de control de exportaciones aplicables. Acusación por el fiscal y Acuerdo de culpabilidad, *United States v. BAE Sys. Plc*, No. 10-cr-35 (D.D.C. Mar. 1, 2010), ECF Nos. 1, 8, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-01-10baesystems-info.pdf y https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-01-10baesystems-plea-agree.pdf. En una acción basada en los mismos hechos subyacentes del acuerdo de culpabilidad penal, BAE celebró un acuerdo civil con la Dirección de Controles Comerciales de Defensa por violaciones de AECA e ITAR, incluyendo más de 2500 violaciones de ITAR que incluyeron el no informar del pago de honorarios o comisiones asociadas con transacciones de defensa y el no mantener registros acerca de transacciones controladas por ITAR. BAE pagó 79 millones de dólares en sanciones, y el Departamento de Estado impuso una "política de denegación" de licencias de exportación a tres subsidiarias de BAE que realizaron conductas indebidas. Comunicado de prensa, *BAE Systems plc Enters Civil Settlement of Alleged Violations of the AECA and ITAR and Agrees to Civil Penalty of $79 Million* [BAE Systems plc. celebra convenio civil sobre presuntas violaciones de AECA e ITAR y acepta una sanción civil de 79 millones de dólares] (May 17, 2011), *disponible en* https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/05/163530.htm.

294 26 U.S.C. § 162(c)(1); *véase también*, *e.g.,* Acusación por el fiscal enmendada, *United States v. Julia Vivi Wang*, No. 16-cr-495 (S.D.N.Y. Apr. 4, 2018), ECF. No. 55, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1061041/download; Acusación por el fiscal, *United States v. Roberto Enrique Rincón-Fernández*, No. 15-cr-654 (S.D. Tex. June 15, 2016), ECF No. 61, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/878951/download; Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Leo Winston Smith*, No. 07-cr-69 (C.D. Cal. Sept. 3, 2009), ECF No. 89, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/09-03-09smithl-plea-agree.pdf; Acusación por el fiscal, *United States v. Titan Corp., supra* nota 190.

295 *Véase* JM § 9-27.000.

296 *Véase* JM § 9-27.420 (estableciendolas consideraciones que deben ser ponderadas al determinar si sería apropiado celebrar un acuerdo de culpabilidad).

297 *Véase* JM § 9-28.000 *et seq.*

298 *Véase* JM § 9-28.710 (discutiendo las protecciones del privilegio abogado-cliente y respecto al producto del trabajo).

299 Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA, *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download.

300 *Id.*

301 *Véase, e.g.,* Carta de declinación del enjuiciamiento del DOJ, Cognizant Technology Solutions Corporation (Feb 13, 2019), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1132666/download; Carta de declinación del enjuiciamiento del DOJ, Insurance Corporation of Barbados Limited (Aug. 23, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1089626/download; Carta de declinación del enjuiciamiento del DOJ, Guralp Systems Limited (Aug. 20, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1088621/download.

302 *Véase* Política de Cumplimiento Corporativo con el FCPA, *supra* nota 299.

303 *Id.*

304 *Id.*

305 *Véase* Acuerdo de culpabilidad, *United States v. Alstom S.A., supra* nota 194; Acusación por el fiscal, *United States v. Marubeni Corp.*, Comunicado de prensa, Depto. Jus. EE. UU., *Marubeni Corporation Agrees to Plead Guildty to Foreign Bribery Charges and to Pay an $88 Million Fine* [Marubeni Corporation acepta declararse culpable de cargos de soborno internacional y pagar una multa de 88 millones de dólares], *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/marubeni-corporation-agrees-plead-guilty-foreign-bribery-charges-and-pay-88-million-fine.

306 *Véase, e.g.,* Carta de declinación del enjuiciamiento del DOJ, Dun & Bradstreet Corp. (Apr. 23, 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1055401/download; Orden de cese y desista, *In the Matter of The Dun & Bradstreet Corp.*, Procedimiento administrativo. 3-18446 (Apr. 23, 2018), *disponible en* https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/34-83088.pdf; Carta de declinación del enjuiciamiento del DOJ, Nortek Inc. (June 3, 2016), *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/865406/download; Nortek Inc., Acuerdo de no enjuiciamiento por la SEC (June 7, 2016), *disponible en* https://www.sec.gov/news/press/2016/2016-109-npa-nortek.pdf.

307 Cartas de declinación del enjuiciamiento del DOJ, disponibles en https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy/declinations.

308 *Véase* Manual de cumplimiento de la SEC, *disponible en* https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf.

309 *Véase* JM § 9-28.300.A; *véase también* JM § 9-28.700.B (explicando los beneficios de la cooperación tanto para el gobierno como para la corporación).

310 *Véase* JM § 9-28.1000 (discutiendo la restitución y remediación). El comentario establece además que los fiscales deberían considerar y ponderar si la corporación disciplinó adecuadamente a los infractores y los esfuerzos de la corporación por instituir reformas, incluyendo su rápido reconocimiento de las fallas del programa y sus esfuerzos por mejorarlo. *Id.*

311 *Véase* JM §§ 9-27.230, 9-27.420.

312 Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(7) (2018).

313 *Id.* § 8C2.5(f)(2) (2011).

314 SEC, Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 [Informe de la investigación conforme a la sección 21(a) del Securities Exchange Act de 1934] y Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions [Declaración de la Comisión sobre la relación de cooperación a las decisiones de ejecución de la Agencia], SEC Release Nos. 34-44969 y AAER-1470 (Oct. 23, 2001) [en adelante, Informe *Seaboard*] *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm.

315 SEC, Declaración de políticas con relación a la cooperación de individuos en sus investigaciones y acciones de aplicación relacionadas, 17 C.F.R. § 202.12 (Jan. 10, 2010), *disponible en* http://www.sec.gov/rules/policy/2010/34-61340.pdf

316 *Véase* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(a)(2).

317 *Id.* § 8B2.1(b)

318 *Véase* en lo general, Debbie Troklus, *et al.*, Compliance 101: *How to build and maintain an effective compliance and ethics program* [Cumplimiento 101: Cómo construir y mantener un programa de ética y cumplimiento efectivo], Society of Corp. Compliance and Ethics [Sociedad de Cumplimiento Corporativo y Ética] (2008) 3-9 [en adelante, Cumplimiento 101] (detallando las razones para implementar un programa de cumplimiento, incluyendo la protección de la reputación de la compañía, la creación de confianza entre la gerencia y los empleados, la prevención de declaraciones falsas a los clientes, la creación de procesos eficientes, la detección de fraudes y abusos entre empleados 118 y contratantes, el aseguramiento de productos y servicios de alta calidad y la provisión de un sistema de "alerta temprana" de acciones inapropiadas); Transparencia Internacional, Business Principles for Countering Bribery: Small and Medium Enterprise (SME) [Los principios empresariales para contrarrestar el soborno: Pequeñas y medianas empresas (PME)] (5ta ed. 2008) (citando los beneficios de un programa antisoborno, entre ellos la protección de la reputación, la creación de un registro de integridad mejora las oportunidades de adquirir negocios con el gobierno, la protección de los activos de la compañía en lugar de su despilfarro a través de sobornos); Mark Pieth, Harmonising Anti-Corruption Compliance: The OECD Good Practice Guidance [Armonizar el cumplimiento anticorrupción: Las directrices de buenas prácticas de la OECD] 45-46 (2011) [en adelante, Armonizar el cumplimiento anticorrupción] (citando la necesidad de un programa de cumplimiento para prevenir y detectar los riesgos internos, tales como la seguridad del lugar de trabajo o los conflictos de interés, y los riesgos externos, tales como las violaciones antimonopolio, evasión de embargos, peligros ambientales y lavado de dinero).

319 Depto. Jus. EE. UU., División Penal, *Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo*, en la pág. 1 (marzo 2023) [en adelante, Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo], , *disponible en* https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download.

320 Las autoridades de inhabilitación, tales como el Departamento de Defensa o la Administración de Servicios Generales, pueden también considerar un programa de cumplimiento corporativo cuando decidan si inhabilitar o suspender a un contratista. Específicamente, las disposiciones pertinentes establecen que la autoridad a cargo de inhabilitar debe considerar "[s]i el contratista tenía estándares efectivos de conducta y sistemas de control internos instituidos al momento de la actividad que constituye la causa de la inhabilitación o si había adoptado dichos procedimientos previo a cualquier investigación gubernamental de la actividad citada como la causa de la inhabilitación", y "[s]i el contratista ha instituido o ha aceptado instituir procedimientos de control y revisión y programas de capacitación ético nuevos o revisados". 48 C.F.R. § 9.406-1(a).

321 Informe *Seaboard*, *supra* nota 314; SEC, Informe de investigación conforme a la sección 21(a) del Securities Exchange Act de 1934 y la Declaración de la Comisión sobre

la relación de cooperación a las decisiones de aplicación de la Agencia, SEC Release No. 44969 (Oct. 23, 2001), *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm.

322 JM § 9-28.300. Al evaluar la omnipresencia de la mala conducta en la corporación, se les aconseja a los fiscales que, aunque puede ser apropiado procesar a la corporación por una conducta indebida menor cuando la mala conducta era omnipresente, "podría no ser apropiado atribuir responsabilidad a la corporación, *particularmente a una corporación con un programa de cumplimiento robusto instituido*, bajo una teoría estricta de *respondeat superior* por los actos individuales y aislados de un empleado deshonesto". *Id.* § 9-28.500.A (énfasis suplido). Los fiscales también deberían considerar el programa de cumplimiento de una compañía cuando examinan cualquier acción correctiva realizada, incluyendo los esfuerzos por implementar un programa de cumplimiento efectivo o mejorar uno existente. Tal como el comentario lo explica, "aunque la insuficiencia de un programa de cumplimiento corporativo es un factor para considerar al decidir si procesar a una corporación, el rápido reconocimiento de las fallas de su programa y sus esfuerzos por mejorarlo son también factores para considerar con respecto a la disposición apropiada del caso". Id. § 9-28.1000.B. Finalmente, los *Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales* establecen que los fiscales deberían considerar la existencia y la efectividad del programa de cumplimiento preexistente en una corporación al determinar cómo tratar a un objetivo corporativo. *Id.* § 9-28.800.

323 *Véase* JM § 9-28.800.B; *véase también* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(a) (2018) ("El hecho de no prevenir o detectar el delito en su momento no necesariamente significa que el programa no sea generalmente efectivo en prevenir y detectar conductas delictivas".).

324 *Véase* Comunicado de prensa, Depto. Jus. EE. UU., *Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by* FCPA [Anterior director gerente de Morgan Stanley se declara culpable por su papel en la evasión de los controles internos exigidos por la FCPA] (Apr. 25, 2012) (declinando el enjuiciamiento penal de un empleador corporativo que "había construido y mantenido un sistema de controles internos, el cual proporcionó garantías razonables de que sus empleados no estaban sobornando a funcionarios"), *disponible en* http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html; Comunicado de prensa No. 2012-78, SEC, *SEC Charges Former Morgan Stanley Executive with FCPA Violations and Investment Adviser Fraud* [SEC presenta cargos contra anterior ejecutivo de Morgan Stanley por violaciones de la FCPA y fraude de asesoría de inversiones], (Apr. 25, 2012) (indicando que el empleador corporativo no fue procesado en el asunto y "cooperó con la investigación de la SEC y condujo una investigación interna exhaustiva para determinar el alcance de los pagos indebidos y otras conductas indebidas involucradas"), *disponible en* http://www.sec.gov/news/press/2012/2012-78.htm.

325 *Véase* JM § 9-28.800.B.

326 *Véase, e.g.,* Cámara de Comercio Internacional, ICC Rules on Combating Corruption [Reglas de ICC para combatir la corrupción] (2011), *disponible en* https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/10/ICC-Rules-on-Combating-Corruption-2011.pdf; Transparencia Internacional, Business Principles for Countering Bribery [Los principios empresariales para contrarrestar el soborno] (3ra ed. 2013) [en adelante, Principios empresariales para contrarrestar el soborno], *disponible en* https://issuu.com/transparencyinternational/docs/business_principles_web_final; Ley Antisoborno de 2010: Guía de procedimientos que las organizaciones comerciales pertinentes pueden instituir para impedir que las personas asociadas con estas puedan hacer sobornos (sección 9 de la Ley Antisoborno de 2020, *supra* nota 172; Grupo del Banco Mundial, Integrity Compliance Guidelines [Directrices sobre cumplimiento de las normas de integridad] (2017) [en adelante, Directrices sobre cumplimiento de las normas de integridad], *disponible en* https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf; Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC Anti- Corruption Code of Conduct for Business [Código de conducta anticorrupción de APEC para empresas] (2007) [en adelante, Código de Conducta Anticorrupción de APEC], *disponible en* https://www.apec.org/publications/2007/09/apec-anticorruption-code-of-conduct-for-business-september-2007; Cámara de Comercio Internacional, *et al., Resisting Extortion and Solicitation in International Transactions: A Company Tool for Employee Training* [Resistirse a la extorsión y solicitación en las transacciones internacionales: Una herramienta empresarial para la capacitación de empleados] (2011), *disponible en* https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/RESIST-English.pdf; Cámara de Comercio Internacional, *et al., Clean Business is Good Business: The Business Case against Corruption (2008), disponible en* https://www.unglobalcompact.org/library/158; Foro Económico Mundial, Partnering Against Corruption Initiative: Global Principles for Countering Corruption [Iniciativa alianza contra la corrupción: Principios para contrarrestar el soborno] (mayo 2016) [en adelante, Alianza contra la corrupción], *disponible en* http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_Global_Principles_for_Countering_Corruption.pdf; Grupo de Trabajo sobre Cohecho, OECD, Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento (feb 2010) [en adelante, Guía de Buenas Prácticas de OECD], *disponible en* http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf; *Los diez principios del Pacto Global de las Naciones Unidas*, Pacto Global de las Naciones Unidas [en adelante, Los Diez Principios], *disponible en* https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles.

327 Esto también se ve reflejado en las *Pautas de Sentencia*, que reconocen que no se debe imponer un solo conjunto de fórmulas de requisitos, sino enfocarse en un número de factores tales como "la práctica industrial aplicable o los estándares exigidos por cualquier regulación gubernamental aplicable", el tamaño de la organización y si la organización ha realizado conductas indebidas similares en el pasado. *Véase* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1 & app. nota 2 (2018).

328 Esto fue subrayado por la entonces comisionada de la SEC Cynthia Glassman en 2003 en un discurso sobre la implementación por parte de la SEC del Sarbanes-Oxley Act. "[E]n última instancia, la efectividad de las nuevas reglas de gobernanza corporativa estará determinada por el 'tono en la cúpula'. La adopción de un código de ética significa poco si el máximo ejecutivo o los directores de la compañía dejan claro, por sus conductas u otros medios, que las disposiciones del código no se aplican a ellos.... Los funcionarios y directores corporativos tienen en última instancia el poder y la responsabilidad para restaurar la confianza pública al conducirse ellos mismos en una forma que sea digna de la confianza que depositada en ellos". Cynthia Glassman, *SEC Implementation of Sarbanes- Oxley: The New Corporate Governance, Remarks at National Economists Club* [Implementación de la Ley Sarbanes-Oxley por la SEC: La nueva gobernanza corporativa, Comentarios en el Club Nacional de Economistas] (Apr. 7, 2003), *disponible en* http://www.sec.gov/news/speech/spch040703cag.htm.

329 En efecto, la investigación ha encontrado que "[l] a cultura ética es el factor más importante al determinar la cantidad de conductas indebidas que sucederán en una empresa". Centro de Recursos Éticos, 2009 National Business Ethics Survey: Ethics in the Recession [Encuesta de ética empresarial de 2009: La ética en la recesión] 41 (2009). La métrica de la cultura ética incluye un liderazgo ético (el tono en la cúpula), el refuerzo del comportamiento ético de parte de los supervisores (refuerzo de la gerencia media), y el compromiso entre colegas (apoyándose los unos a los otros en hacer lo correcto). Centro de Recursos Éticos, Encuesta de ética empresarial de 2013: La ética en transición en el lugar de trabajo 19 (2014). Las culturas éticas sólidas y los programas de ética y cumplimiento sólidos están relacionados, como los datos muestran que un programa bien implementado ayuda a encaminarse hacia una cultura ética sólida. *Id.* en la pág. 17. "El entendimiento de la naturaleza de cualquier brecha entre la cultura deseada y la cultura que se tiene es un paso crítico para determinar la naturaleza de cualquier riesgo basado en la ética dentro de una organización". David Gebler, *The Role of Culture* [El rol de la cultura] en 1.7, *en* Sociedad de Cumplimiento Corporativo y Ética, The Complete Compliance and

Manual [Cumplimiento completo y manual] (2011). Para crear una cultura ética, se debe prestar atención a las normas en todos los niveles de la organización, incluyendo el "tono en la cúpula", "el ánimo a nivel medio" y el "murmullo desde abajo". *Id.* 1.9-1.10.

330 *Véase, e.g.,* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(2)(B)-(C) (2018).

331 *Id.*

332 *Id.*

333 *Id.*

334 *Véase, e.g.,* Fundación de la Asociación de Oficiales de Ética y Cumplimiento, The Ethics and Compliance Handbook: A Practical Guide From Leading Organizations [El Manual de Ética y Cumplimiento: Una guía práctica de organizaciones líderes] [en adelante, "Manual de Ética y Cumplimiento"] 13-26 (2008).

335 *Véase, e.g.,* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(4) (2018).

336 *Véase* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(6) (2018) ("El programa de ética y cumplimiento de la organización deberá promoverse y aplicarse consistentemente a través de la organización mediante: (A) incentivos apropiados para desempeñarse conforme al programa de ética y cumplimiento; y (B) medidas disciplinarias apropiadas por participar en una conducta delictiva y por no tomar medidas razonables para prevenir o detectar conductas delictivas".).

337 *Véase, e.g.,* Joseph E. Murphy, Sociedad de Ética y Cumplimiento de Normas Corporativas, Using Incentives in Your Compliance and Ethics Program [Cómo crear incentivos en su programa de ética y cumplimiento de normas] 4 (2011), *disponible en* https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/IncentivesCEProgram-Murphy.pdf; Manual de Ética y Cumplimiento, *supra* nota 334, en las págs. 111-23.

338 Stephen M. Cutler, Director, División de Cumplimiento, SEC, *Tone at the Top: Getting It Right* [El tono en la cúpula: Hacer lo correcto], Second Annual General Counsel Roundtable [Segunda Mesa Redonda Anual del Consejo General] (Dec. 3, 2004), *disponible en* http://www.sec.gov/news/speech/spch120304smc.htm.

339 *Véase, e.g.,* Reglas de ICC para combatir la corrupción, *supra* nota 326, en la pág. 7.

340 *Véase, e.g.,* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(5)(C) (2018); Cumplimiento 101, *supra* nota 318, en las págs. 30-33.

341 *Véase* Pautas de Sentencia EE. UU. § 8B2.1(b)(5)(B) (2018) ("La organización tomará medidas razonables... para evaluar periódicamente la efectividad de sus programas de ética y cumplimiento".).

342 *Véase, e.g.,* Cumplimiento 101, *supra* nota 318, en las págs. 60-61; Manual de ética y cumplimiento, *supra* nota 334, en las págs. 155-60; Principios empresariales para contrarrestar el soborno, *supra* nota 326, en la pág. 14.

343 *Véase, e.g.,* Michael M. Mannix y David S. Black., *Compliance Issues in M&A: Performing Diligence on the Target's Ethics and Compliance Program* [Problemas de cumplimiento en fusiones y adquisiciones: Debida diligencia del programa de ética y cumplimiento del objetivo], en 5.71-5.81, *en* Sociedad de Ética y Cumplimiento de Normas Corporativas, The Complete Compliance and Ethics Manual [Manual de Ética y Cumplimiento] (2011).

344 Denuncia, *SEC v. Syncor International Corp.*, No. 02-cv-2421 (D.D.C. Dec. 10, 2002), ECF No. 1, *disponible en* http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp17887.htm; Acusación por el fiscal, *United States v. Syncor Taiwan, Inc.*, No. 02-cr-1244 (C.D. Cal. Dec. 5, 2002), ECF No. 1, *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-05-02syncor-taiwan-info.pdf.

345 Depto. Jus. EE. UU., FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008), *disponible en* http://justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf

346 Denuncia, *SEC v. Rae Sys., Inc., supra* nota 92; Acuerdo de no enjuiciamiento, *In re Rae Sys. Inc., supra* nota 92.

347 *Véase* Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo, *supra* nota 319.

348 Depto. Comercio EE. UU., Business Ethics: A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies [Ética empreasrial: Un manual para administrar una empresa comercial responsable en economías de mercado emergentes] (2004), *disponible en* https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/bem_manual.pdf.

349 Depto. Estado EE. UU., Fighting Global Corruption: Business Risk Management [Combatir la corrupción global: Administración de riesgos comerciales] (2d. ed. 2001), *disponible en* https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pcaaa979.pdf.

350 *Véase* Armonizar el cumplimiento anticorrupción, *supra* nota 318, en la pág. 46 ("El cumplimiento anticorrupción se está volviendo más y más armonizado en todo el mundo".).

351 Guía de Buenas Prácticas de OECD, *supra* nota 326.

352 Código de Conducta Anticorrupción de APEC *supra* nota 326.

353 Reglas de ICC para combatir la corrupción, *supra* nota 326.

354 Principios empresariales para contrarrestar el soborno, *supra* nota 326.

355 Los Diez Principios, *supra* nota 326.

356 Directrices sobre cumplimiento de las normas de integridad, *supra* nota 326.

357 Alianza contra la Corrupción, *supra* nota 326.

358 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1)(A), 78dd-3(e)(1)(A), 78ff(c)(1)(A).

359 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A); 18 U.S.C. § 3571(b)(3), (e) (disposición de multas que sustituye a las disposiciones específicas del FCPA en esa materia).

360 15 U.S.C. § 78ff(a).

361 *Id.*

362 18 U.S.C. § 3571(d); *véase Southern Union v. United States*, 567 U.S. 343, 348-50, 2350-51 & n.4 (2012).

363 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3).

364 Las Pautas de Sentencia de los EE. UU. son promulgadas por la Comisión de Sentencias de los EE. UU.:

> La Comisión de Sentencias de los EE. UU. ("La Comisión") es una agencia independiente del poder judicial compuesta por siete miembros votantes y dos miembros no votantes de oficio. Su propósito principal es establecer políticas de imposición de condenas y prácticas para el sistema de justicia penal federal, que garantizarán los fines de la justicia al promulgar directrices detalladas que establecen las condenas apropiadas para los delincuentes condenados por delitos federales. Las directrices y declaraciones de políticas promulgadas por la Comisión son emitidas conforme a la sección 994(a) del título 28

del Código de los EE. UU.

Pautas de Sentencia EE. UU. § 1A1.1 (2018).

365 *Id.* caps. 3-5.

366 *Id.* § 2C1.1.

367 *Id.* § 2C1.1(b).

368 *Id.* § 3B1.1.

369 *Id.* cap. 4, § 5A.

370 *Id.* § 2B1.1(b)(10)(B), 2B1.1(b)(18)(A).

371 *Id.* § 8C2.4 (a).

372 *Id.* § 8C2.5.

373 *Id.* § 8C2.5(f), 8C2.5(g)

374 El Departamento de Justicia ha ejercitado esta autoridad civil en limitadas circunstancias en los últimos treinta años. *Véase, e.g., United States & SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, et al.*, No. 01-cv-3105 (S.D. Tex. 2001) (la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA en virtud de casos de pagos de sobornos a un funcionario tributario de Indonesia para reducir las tasaciones fiscales de la compañía); *United States v. Metcalf & Eddy, Inc.*, No. 99-cv-12566 (D. Mass. 1999) (la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA y le exige mantener un programa de cumplimiento en virtud de alegaciones de que pagó gastos de publicidad y promocionales excesivos, tales como pasajes aéreos y viáticos a un funcionario del gobierno egipcio y su familia); *United States v. American Totalisator Co. Inc.*, No. 93-cv-161 (D. Md. 1993) (la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA en virtud de alegaciones de que pagaba dinero a su agente griego a sabiendas de que todo o alguna parte del dinero pagado sería ofrecido, dado o prometido a funcionarios del gobierno griego en conexión con la venta del sistema de la compañía y piezas de repuesto); *United States v. Eagle Bus Manufacturing, Inc.*, No. 91-cv-171 (S.D. Tex. 1991) (la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA en virtud de alegaciones de que los empleados de la compañía participaron en un esquema de sobornos para pagar 50,000 dólares canadienses a funcionarios extranjeros de una compañía de transportes propiedad del gobierno de Saskatchewan en relación con la venta de unos autobuses); *United States v. Carver, et al.*, No. 79-cv-1768 (S.D. Fla. 1979) (la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA en virtud de alegaciones de que Carver y Holley, ejecutivos y accionistas de Holcar Oil Corp., pagaron 1.5 millones de dólares a un funcionario extranjero de Qatar para asegurar un contrato de concesión de extracción de petróleo); *United States v. Kenny, et al.*, No. 79-cv-2038 (D.D.C. 1979) (en conjunto con un proceso penal, la entrada de una orden judicial que le impide a la compañía futuras violaciones del FCPA por proveer asistencia financiera ilegal a un partido político para asegurar la renovación de un contrato de distribución de sellos).

375 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1)(B), 78dd-3(e)(1)(B), 78ff(c)(1)(B); *véase también* 17 C.F.R. § 201.1004 (estableciendo ajustes para la inflación).

376 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(B), 78dd-3(e)(2)(B), 78ff(c)(2)(B); *véase también* 17 C.F.R. § 201.1004 (estableciendo ajustes para la inflación).

377 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3); *véase también* 17 C.F.R. § 201.1004 (estableciendo ajustes para la inflación).

378 Exchange Act § 21(B)(b), 15 U.S.C. § 78u(d)(3); *véase también* 17 C.F.R. § 201.1004 (estableciendo ajustes para la inflación), *disponible en* https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2013-title17-vol2/pdf/CFR-2013-title17-vol2-sec201-1004.pdf.

379 *Véase* Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act de 1990, Pub. L. No. 101-429, 104 Stat. 931 §§ 202, 301, 401, y 402 (codificado en secciones dispersas del título 15 del Código de los EE. UU.).

380 *Liu v. SEC*, 140 S.Ct. 1936, 591 U.S._ (2020).

381 Comunicado de prensa, *United States v. Braskem S.A.*, No. 16-cr-644 (E.D.N.Y Dec. 21, 2016), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve.

382 *Véase, e.g.,* Comunicado de prensa, *United States v. Airbus* (DOJ en coordinación con Francia y el Reino Unido), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case; Comunicado de prensa, *United States v. TechnipFMC* (DOJ en coordinación con Brasil), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsidiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve; Comunicado de prensa, *United States v. Société Générale* (DOJ en coordinación con Francia), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/soci-t-g-n-rale-sa-agrees-pay-860-million-criminal-penalties-bribing-gaddafi-era-libyan; Comunicado de prensa, *United States v. Keppel Offshore & Marine Ltd.*, No 17-cr-697 (E.D.N.Y. Dec. 22, 2017) (DOJ en coordinación con Brasil y Singapur), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsidiary-agree-pay-422-million-global-penalties; Comunicado de prensa, *United States v. SBM Offshore* (S.D. Tex. Nov. 29, 2017). (DOJ en coordinación con los Países *Bajos y Brasil*), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case; Comunicado de prensa, *United States v. Telia Company AB*, No. 17-cr-581 (S.D.N.Y. Sept. 21, 2017) (DOJ y SEC en coordinación con los Países Bajos), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsidiary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965; Comunicado de prensa, *United States v. Rolls-Royce plc*, No. 16-cr-247 (S.D. Ohio Jan. 17, 2017) (DOJ en coordinación con el Reino Unido y Brasil), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act; Comunicado de prensa, *United States v. Odebrecht S.A.*, No. 16-cr-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016) (DOJ en coordinación con Brasil y Suiza), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve; Comunicado de prensa, *United States v. Braskem S.A.*, No. 16-cr-644 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016) (DOJ y SEC en coordinación con Brasil y Suiza), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve; Comunicado de prensa, *United States v. VimpelCom Ltd.*, No. 16-cr-137 (S.D.N.Y. Feb. 18, 2016) (DOJ y la SEC en coordinación con los Países Bajos), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million; Comunicado de prensa, *United States v. Siemens AG, supra* nota 233 (DOJ y la SEC en coordinación con Alemania), *disponible en* https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html.

383 *Véase* Rod J. Rosenstein, fiscal general adjunto, Depto. Jus. EE. UU., Letter to Heads of Department Components on Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties [Carta a los jefes de los componentes del Departamento sobre la política de coordinación de sanciones de resolución corporativa] (9 de mayo de 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download.

384 *Id.* en la pág. 1.

385 48 C.F.R. §§ 9.406-2, 9.407-2.

386 48 C.F.R. § 9.402(b).

387 *Véase* 48 C.F.R. §§ 9.406-1, 9.407-1(b)(2). Sección

9.406-1 establece a continuación la siguiente lista no exhaustiva de factores:

(1) Si el contratista tuvo estándares efectivos de conducta y sistemas de control internos instituidos al momento de la actividad que constituye la causa de inhabilitación o ha adoptado tales procedimientos previo a cualquier investigación gubernamental de la actividad citada como la causa de la inhabilitación.

(2) Si el contratista trajo la actividad citada como la causa de la inhabilitación a la atención de la agencia gubernamental apropiada de manera oportuna.

(3) Si el contratista ha investigado completamente las circunstancias alrededor de la causa de la inhabilitación y, si fue así, dejó el resultado de la investigación disponible al funcionario de inhabilitación.

(4) Si el contratista cooperó plenamente con las agencias del gobierno durante la investigación y cualquier acción administrativa o judicial.

(5) Si el contratista ha pagado o ha aceptado pagar todas las responsabilidades penales, civiles y administrativas por su conducta indebida, incluyendo cualquier costa de investigación o administrativa en que haya incurrido el gobierno, y si ha hecho o ha aceptado hacer la restitución completa.

(6) Si el contratista ha tomado las acciones disciplinarias adecuadas contra los individuos responsables de la actividad que constituye la causa de la inhabilitación.

(7) Si el contratista ha implementado o ha aceptado implementar medidas correctivas, incluyendo cualquier medida identificada por el gobierno.

(8) Si el contratista ha instituido o ha aceptado instituir procedimientos de revisión y control y programas de capacitación ética nuevos o revisados.

(9) Si el contratista ha tenido el tiempo adecuado para eliminar las circunstancias dentro de su organización que conllevaron a la causa de la inhabilitación.

(10) Si la gerencia del contratista reconoce y entiende la seriedad de sus conductas indebidas que conllevaron a la causa de la inhabilitación y ha implementado los programas para impedir que se repitan.

388 48 C.F.R. § 9.406-1(a).

389 Orden Ejecutiva No. 12,549, 51 Fed. Reg. 6,370 (18 de febrero de 1986); Orden Ejecutiva No. 12,689, 54 Fed. Reg. 34131 (18 de agosto de 1989).

390 48 C.F.R. § 9.407-2(b).

391 JM § 9-28.1500.B.

392 *Véase, e.g.,* Grupo del Banco de Desarrollo Africano, *Integrity and Anti-Corruption Progress Report* [Informe sobre los avances en materia de integridad y anticorrupción] 2009-2010 [en] 7, 14 ("Como la principal institución de desarrollo financiero en África, el AfDB está empeñado en exterminar las conductas indebidas, el fraude y la corrupción dentro de sus propias filas así como la implementación de los proyectos que financia. Con el fin de hacerlo, el Banco ha creado una división anticorrupción y de investigación de fraude en noviembre de 2005 como su único órgano investigador. Dicha unidad empezó sus operaciones en junio de 2006 e inició las investigaciones en enero de 2007... Las investigaciones conducidas por la IACD [Departamento de Integridad y Anticorrupción] no son procesos penales; son de naturaleza administrativa. Las sanciones van desde acciones disciplinarias impuestas al personal, como la separación del cargo, hasta la cancelación de préstamos y la inhabilitación de los contratistas, misma que puede ser temporal o permanente".), *disponible en* https://www.afdb.org/sites/default/files/documents/integrity-anti-corruption-reports/integrity_and_anti-corruption.pdf; World Bank Report Concerning the Debarment Process of the World Bank, *disponible en* https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/ThornburghReport.pdf; El proceso de inhabilitación del Banco Mundial fue formulado por primera vez en julio de 1996, y el Comité de Sanciones fue establecido en noviembre de 1998 para revisar alegaciones y recomendar sanciones al presidente. Los procedimientos escritos fueron emitidos en agosto de 2001 y publicados en el sitio de internet del Banco, junto con las medidas de sanción, que están publicadas en https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system/sanctions-board.

393 *Véase* el Grupo del Banco de Desarrollo Africano, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo y el Grupo del Banco Mundial, *Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions [*Convenio de la ejecución mutua de decisiones de inhabilitación*]* (Apr. 9, 2010), *disponible en* https://www.adb.org/documents/agreement-mutual-enforcement-debarment-decisions.

394 *Id.*; *véase también* Grupo del Banco Mundial, *Multilateral Development Banks Step Up Their Fight Against Corruption with Joint Sanction Accord* [Los bancos multilaterales de desarrollo aceleran su combate a la corrupción con un acuerdo de sanciones conjuntas] (Apr. 9, 2010) ("'Con el acuerdo de hoy de inhabilitación cruzada entre bancos para el desarrollo, un mensaje claro de anticorrupción está siendo enviado: Si roban y engañan a uno serán sancionados por todos', dijo el presidente del Grupo del Banco Mundial Robert B. Zoellick".), *disponible en* https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2010/04/09/multilateral-development-banks-step-up-fight-against-corruption-joint-sanction-accord.

395 22 C.F.R. §§ 126.7(a)(3)-(4), 120.27(a)(6).

396 La autoridad conforme AECA es delegada al DDTC. *Véase* 22 C.F.R. § 120.1(a).

397 22 U.S.C. § 2778(g)(1)(A)(vi), (g)(3)(B).

398 22 C.F.R. § 127.7(c).

399 *Véase supra* nota 293.

400 *Véase* Gary G. Grindler, fiscal general adjunto en funciones, Depto. Jus. EE. UU., Mem. to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution [Memorándum a los jefes de los componentes del Departamento y a los fiscales de los EE. UU. sobre orientaciones adicionales para el uso de monitores en los acuerdos de enjuiciamiento diferido y los acuerdos de no enjuiciamiento] (25 de mayo de 2010), *disponible en* http://www.justice.gov/dag/dag-memo-guidance-monitors.pdf; Lanny A. Breuer, fiscal general adjunto, Depto. Jus. EE. UU., Mem. To All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters [Memorándum a todo el personal de la División Penal sobre la selección de monitores en los asuntos de dicha división] (24 de junio de 2009), *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/response3-supp-appx-3.pdf; *véase también* Craig S. Morford, fiscal general adjunto en funciones, Depto. Jus. EE. UU., Mem. to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations [Memorándum a los jefes de los componentes del Departamento y a los fiscales de los EE. UU. sobre la selección de monitores en los acuerdos con las corporaciones de enjuiciamiento diferido y los acuerdos de no enjuiciamiento] (7 de marzo de 2008), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf.

401 *Véase* Brian A. Benczkowski, fiscal general auxiliar, Depto. Jus. EE. UU., Mem. to All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters [Memorándum a todo el personal de la División Penal sobre la selección de monitores en los asuntos de dicha división] (11 de octubre de 2018), *disponible en* https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download.

402 *Id.* en la pág. 2.

403 *Id.*

404 *Id.*

405 Históricamente, el Depto. Jus. EE. UU., en ciertos momentos, había elaborado DBA con compañías que no fueron presentados ante el tribunal. Esta ya no es una práctica

del Departamento de Justicia.

406 JM § 9-27.230.

407 *Id.*

408 El Departamento de Justicia ha declinado el enjuiciamiento de asuntos en los cuales algunas o todas de las siguientes circunstancias estaban presentes: (1) una corporación divulgó voluntaria y completamente la conducta indebida potencial; (2) los altos ejecutivos de la corporación se entrevistaron voluntariamente con el Departamento de Justicia y otorgaron información verdadera y completa sobre su conducta; (3) una empresa matriz condujo una extensa auditoría previa a al a adquisición de subsidiarias con posible responsabilidad civil y se comprometieron con realizar esfuerzos correctivos significativos posterior a la adquisición; (4) una compañía otorgó información acerca de sus extensas políticas de cumplimiento, procedimientos y controles internos; (5) una compañía acordó una resolución civil con la Comisión de Bolsa y Valores al mismo tiempo que demostró que la declinación del enjuiciamiento era apropiada; (6) un solo empleado estaba involucrado en los pagos indebido; y (7) los pagos indebidos involucraron cantidades mínimas en comparación con los ingresos comerciales generales.

409 Reglas de Práctica de la SEC, 17 C.F.R. § 201.102(e).

410 Acuerdo de enjuiciamiento diferido, *In the Matter of Tenaris*, *S.A.* (17 de mayo de 2011), *disponible en* http://www.sec.gov/news/press/2011/2011-112-dpa.pdf; *véase también* Comunicado de prensa, SEC, *Tenaris to Pay $5.4 Million in SEC's First- Ever Deferred Prosecution Agreement* [Tenaris pagará 5.4 millones de dólares en el primer acuerdo de no enjuiciamiento en la historia de la SEC] (17 de mayo de 2011), *disponible en* http://www.sec.gov/news/press/2011/2011-112.htm.

411 *Véase* Acuerdo de no enjuiciamiento, In re Tenaris, S.A. (14 de marzo de 2011), *disponible en* https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/12/08/2011-03-14-tenaris.pdf.

412 *Véase* SEC, Manual de Cumplimiento § 6.2.3. (28 de noviembre de 2017), *disponible en* https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf.

413 *Véase Id*. § 6.2.4.

414 *Véase Id*. § 2.6.

415 18 U.S.C. § 1514A(c).

416 18 U.S.C. § 1513(e).

417 15 U.S.C. § 78u-6(a)(3). La nueva disposición define "información original" en términos de la información que:

> (A) deriva del conocimiento independiente o del análisis de un denunciante; (B) no es conocido por la Comisión de ninguna otra fuente, salvo que el denunciante sea la fuente original de la información; y (C) no deriva exclusivamente de una alegación hecha en un procedimiento judicial o administrativo o una investigación, o de los medios informativos, salvo que el denunciante sea una fuente de la información.

418 15 U.S.C. § 78u-6; *véase también* Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, § 922, 124 Stat. 1376, 1841-49 (2010).

419 Para información detallada acerca del programa, incluyendo los requisitos de elegibilidad y ciertas limitaciones aplicables, *véase* la sección 922 del Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, *disponible en* https://www.sec.gov/files/dodd-frank-sec-922.pdf, y las reglas finales sobre la elegibilidad, Exchange Act Rule 21F-8, 17 C.F.R. § 240.21F-8, *disponible en* https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf.

420 Por ejemplo, las reglas: (1) hacen a un denunciante elegible para una recompensa si el denunciante brinda información original internamente, y la compañía informa a la SEC acerca de las violaciones; (2) otorgan a los denunciantes 120 días para presentar la información a la SEC después del primer informe interno para que se le pueda seguir tratando como si hubiera informado a la SEC en la fecha anterior del informe, manteniendo así su "lugar en la cola" para una posible recompensa de la SEC a los denunciantes; y (3) establecen que la participación voluntaria de un denunciante en el sistema de cumplimiento e informes internos de la entidad es un factor que puede incrementar el monto de una recompensa, y que la interferencia del denunciante con el sistema de cumplimiento e informes interno es un factor que puede disminuir el monto de la recompensa. *Véase* Exchange Act Rule 21F, 17 C.F.R. § 240.21F.

421 *Véase* Exchange Act Rule 21F-7(b), 17 C.F.R. § 240.21F-7(b).

422 Por ejemplo, el personal de la SEC no divulgará la identidad de un denunciante en repuesta a las solicitudes presentadas conforme a el Freedom of Information Act. Sin embargo, hay límites impuestos a la facultad de la SEC para proteger la identidad de un denunciante y en ciertas circunstancias la SEC debe divulgar su identidad a entidades externas. Por ejemplo, en un procedimiento administrativo o judicial, se le puede exigir a la SEC que presente documentos y otra información que podría revelar la identidad de un denunciante. Adicionalmente, como parte de las responsabilidades de investigación de la SEC, el personal de la SEC podría usar la información otorgada por un denunciante durante el curso de la investigación. En ciertas circunstancias apropiadas, la SEC también puede otorgar información, sujeto a los requisitos de confidencialidad, a otras entidades gubernamentales o regulatorias. *Véase* Exchange Act Rule 21F-7(a), 17 C.F.R. 240.21F-7(a).

423 Aunque la SEC no tiene un proceso de comunicado de procedimiento de opinión, ha declarado su decisión de seguir la guía enunciada a través del comunicado de procedimiento de opinión de FCPA del DOJ. SEC Release No. 34-17099 (29 de agosto de 1980), *disponible en* http://www.sec.gov/news/digest/1980/dig082980.pdf. SEC Release No. 34-17099 estableció que, para animar a las emisoras a aprovechar el Procedimiento de Revisión FCPA del DOJ, como asunto de discreción fiscal, la SEC "no ejercerá acciones ejecutivas alegando violaciones de la sección 30A en ningún caso en el que una emisora ha buscado y obtenido una carta de Procedimiento de Revisión FCPA del Departamento previo al 31 de mayo de 1981, estableciendo que el Departamento no ejercerá una acción de cumplimiento conforme a la sección 30A con 385 respecto a la transacción involucrada". *Id.* El comunicado señaló además que retomaría esta política una vez que el DOJ hubiera evaluado los resultados del Procedimiento de Revisión FCPA después de un año de operación. Un segundo comunicado estableció que la SEC continuaría apegándose a la política anunciada en el SEC Release No. 34-17099. SEC Release No. 34-18255 (13 de noviembre de 1981), *disponible en* http://www.sec.gov/news/digest/1981/dig111381.pdf.

424 Ambos comunicados de procedimiento de opinión del DOJ (desde 1993 hasta la fecha) y los comunicados de procedimiento de revisión-03 (desde 1980 hasta 1992) están disponibles en http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion.

425 El juego completo de regulaciones asociadas con el procedimiento de opinión del DOJ está *disponible en* http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgncrpt.pdf.

426 28 C.F.R. § 80.1.

427 28 C.F.R. § 80.3.

428 28 C.F.R. § 80.12 ("Ni la interposición de una solicitud de opinión de FCPA, ni su pendencia, ni la misma emisión de la opinión de FCPA, alterará de manera alguna la responsabilidad de una emisora de cumplir con los requisitos de contabilidad de 15 U.S.C. 78m(b)(2) y (3).").

429 28 C.F.R. § 80.4.

430 28 C.F.R. § 80.5.

431 28 C.F.R. § 80.6.

432 28 C.F.R. § 80.14(a). Esta política de no divulgación se aplica independientemente de si el DOJ responde a la solicitud o la parte retira la solicitud antes de recibir una respuesta. *Id.*

433 28 C.F.R. § 80.6.

434 28 C.F.R. § 80.2.

435 En relación con cualquier solicitud de una opinión FCPA, el DOJ puede conducir cualquier investigación independiente que estime apropiada. 28 C.F.R. § 80.7.

436 28 C.F.R. § 80.15. Una vez que la solicitud es retirada, deja de tener efecto. Sin embargo, el DOJ se reserva el derecho a retener una copia de cualquier solicitud de opinión de FCPA, su documentación y la información presentada durante el procedimiento de comunicado de opinión, con cualquier objetivo gubernamental, sujeto a las restricciones de divulgación en 28 C.F.R. § 80.14.

437 28 C.F.R. § 80.8.

438 28 C.F.R. § 80.7. "Dicha información adicional, si es obtenida oralmente, debe ser confirmada por escrito de inmediato. La misma persona que firmó la solicitud inicial debe firmar la información complementaria escrita y la debe certificar nuevamente como una divulgación verdadera, correcta y completa de la información solicitada". *Id.*

439 28 C.F.R. § 80.9 ("Ninguna autorización, comunicado u otra declaración oral que pretenda limitar la discreción del Departamento de Justicia para hacer cumplir la ley será otorgada. La emisora o persona natural o jurídica doméstica solicitante debe confiar únicamente en una opinión escrita de FCPA firmado por el Fiscal General o su designado para tal efecto".).

440 28 C.F.R. § 80.8. Los dictámenes sobre la FCPA no obligan ni vinculan a ninguna agencia más que al DOJ. Tampoco afectan las obligaciones de la parte solicitante respecto de cualquier otra agencia o conforme a cualquier disposición legal o regulatoria más que aquellas citadas específicamente en la opinión particular de FCPA. 28 C.F.R. § 80.11. Si la conducta para la cual se solicitó una opinión de FCPA está sujeta a la aprobación de cualquier otra agencia, dicha opinión de FCPA no deberá tomarse en cuenta para indicar los puntos de vista del DOJ sobre ningún asunto legal o fáctico ante dicha otra agencia. 28 C.F.R. § 80.13.

441 28 C.F.R. § 80.10. El DOJ puede refutar esta presunción por una preponderancia de la evidencia. Un tribunal que considera si la presunción ha sido refutada pondera todos los factores pertinentes, incluyendo si la información presentada era exacta y completa y la actividad estaba dentro del alcance de la conducta especificada en la solicitud. *Id.* A septiembre de 2012, el DOJ nunca ha llevado una acción de aplicación de la ley contra una parte por una conducta que formó la base de una opinión de FCPA estableciendo que la conducta prospectiva violaría la política de aplicación actual del DOJ.

442 En términos generales, el DOJ normalmente hace anónima mucha de la información en sus dictámenes comunicados al público e incluye la naturaleza y circunstancias generales de la conducta propuesta. El DOJ no divulga la identidad de ningún agente de ventas extranjero ni ningún otro tipo de información de identificación. 28 C.F.R. § 80.14(b). Sin embargo, el DOJ puede divulgar la identidad de la parte solicitante, el país extranjero en el cual la conducta propuesta presuntamente tendrá lugar y cualquier medida que tomó el DOJ en respuesta a la solicitud de opinión de FCPA. Íd. Si una parte cree que una opinión contiene información protegida por el secreto comercial, puede solicitar al DOJ que la remueva o haga anónima esas partes de la opinión antes de su comunicación pública. 28 C.F.R. § 80.14(c).

443 28 C.F.R. § 80.16.

FCPA Unit
Fraud Section, Criminal Division
U.S. Department of Justice
1400 New York Avenue, N.W.
Washington, DC 20005
http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/

FCPA Unit
Enforcement Division
U.S. Securities & Exchange Commission
100 F Street, NE
Washington, DC 20549
http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml