

A Pesar de COVID-19, el DOJ y la SEC Actualizan la Guía de Recursos de la FCPA

JULY 14, 2020

El 3 de julio de 2020, el Departamento de Justicia (“DOJ”) y la Comisión de Bolsas y Valores (“SEC”) publicaron la segunda edición de la Guía de Recursos de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“Guía de Recursos de la FCPA para 2020”), que actualiza y perfecciona la orientación actual para las empresas y los particulares que navegan por los riesgos relacionados con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“FCPA”). Al igual que la primera edición publicada en 2012, la Guía de Recursos de la FCPA 2020 proporciona una amplia y valiosa orientación sobre los objetivos de aplicación y las medidas de evaluación de dos de los mayores organismos federales de aplicación de la ley.

El momento de publicación la Guía de Recursos de la FCPA 2020 - justo después de la reciente actualización por parte del DOJ de los programas de cumplimiento corporativo, publicada el mes pasado¹ - subraya el compromiso tanto del DOJ como de la SEC con la aplicación de la FCPA, incluso en medio de la pandemia COVID-19. La Guía de Recursos de la FCPA 2020, junto con otras actualizaciones del DOJ relacionadas con normas de cumplimiento, enfatiza el papel crítico que juega el área de cumplimiento (o *compliance*) en esta era de incertidumbre.

La Guía de Recursos de la FCPA 2020 incorpora varios acontecimientos importantes de los últimos ocho años, incluyendo (1) varias políticas ejecución del DOJ, como la Política de Ejecución Corporativa de la FCPA por el DOJ² y la Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo actualizada; (2) actualizaciones que reflejan la nueva jurisprudencia que involucra la responsabilidad³ por ayuda e incitación, así como las recientes decisiones de la Corte Suprema con respecto a la acción de decomiso por la SEC;⁴ y (3) muchos casos recientes de la FCPA que sirven como ejemplos de la estrategia de ejecución del DOJ y la SEC. Es significativo que, en lugar de plantear escenarios hipotéticos, la nueva Guía de Recursos de la FCPA 2020 incorpora casos y resultados reales para ilustrar el enfoque del Gobierno en situaciones particulares.

Incorporaciones clave a la Guía de Recursos 2020

La siguiente lista no exhaustiva destaca las áreas clave en las que la Guía de Recursos de la FCPA 2020 proporciona una guía actualizada:

- **Importancia de los programas dinámicos de cumplimiento corporativo.** La Guía de Recursos de la FCPA 2020 incorpora la guía más actualizada del DOJ con respecto a los programas de cumplimiento, reflejada en la

evaluación revisada del DOJ de los Programas de Cumplimiento Corporativo publicada el mes pasado. Esta guía enfatiza la necesidad de que las compañías monitoreen **y evalúen continuamente** la efectividad de sus programas a través del uso de datos, auditorías y líneas telefónicas de ayuda, y que posteriormente revisen los programas para abordar los riesgos de cumplimiento nuevos o en evolución⁹⁹. La Guía de Recursos de la FCPA 2020 también desglosa la orientación del DOJ en cuatro categorías distintas: (1) informes confidenciales e investigaciones internas; (2) mejora continua: pruebas y revisiones periódicas; (3) fusiones y adquisiciones: auditoría previa a la adquisición e integración posterior a la adquisición; y (4) investigación, análisis y reparación de la mala conducta.¹⁰⁰

- **Importancia de los controles internos adecuados.** La Guía de Recursos de la FCPA 2020 ahora explica que aunque “los controles internos y el cumplimiento [no son] sinónimos, [] se aplican consideraciones similares”.¹⁰¹ Una vez más, esto requiere que una empresa adopte controles internos adaptados que aborden los riesgos específicos de las operaciones de esa empresa. La Guía de Recursos de la FCPA 2020 y sus casos ejemplares reiteran que el Departamento de Justicia puede perseguir los casos de control interno incluso sin una acusación subyacente y viable de soborno sustantivo. Además, la Guía de Recursos de la FCPA 2020 aclara que los cargos relacionados con la falta de establecimiento de controles internos eficientes se aplican a “cualquier persona” y no están sujetos a algunas de las limitaciones jurisdiccionales impuestas a los acusaciones de soborno.¹⁰²
- **Fusiones y adquisiciones: Responsabilidad del sucesor.** La Guía de Recursos de la FCPA revisada para 2020 reconoce expresamente los beneficios de las fusiones corporativas, específicamente cuando una empresa adquirente “tiene un sólido programa de cumplimiento en marcha e implementa ese programa tan rápido como sea posible”.¹⁰³ “Reconociendo que “en ciertos casos, puede no ser posible realizar una auditoría robusta previa a la adquisición”, la Guía de Recursos de la FCPA 2020 detalla los posibles beneficios que esperan a las empresas adquirentes que voluntariamente revelan los problemas tan pronto como salen a la luz.¹⁰⁴
- **Divulgación voluntaria y declinaciones.** La Guía de Recursos de la FCPA 2020 se refiere explícitamente a la Política de Ejecución Corporativa de la FCPA por el DOJ, bajo la cual las compañías pueden seguir siendo elegibles para las declinaciones siempre y cuando se hagan revelaciones voluntarias. La Guía de Recursos de la FCPA 2020 cita ejemplos en los que las empresas siguieron siendo elegibles para recibir - y en última instancia recibieron - cartas de declinación, incluso cuando la alta gerencia se involucró en el esquema de soborno o cuando existieron otras circunstancias agravantes.¹⁰⁵
- **Regalos no monetarios.** La guía revisada reitera ahora que, si bien los regalos pequeños no suelen ser el centro de atención del Departamento de Justicia y la Comisión de Valores, los regalos no monetarios menos obvios pueden ser sospechosos de ser “cualquier cosa de valor” según la FCPA. En estos casos, los acusados pagaban la matrícula escolar de los hijos de funcionarios extranjeros, enviaban vehículos de lujo a los funcionarios extranjeros, pagaban los gastos de viaje de los funcionarios extranjeros no relacionados con los negocios de la empresa y hacían regalos a los familiares de los funcionarios extranjeros.¹⁰⁶
- **Imponer un monitor.** Adoptando la guía del DOJ sobre la Selección de Monitores en Asuntos de la División Criminal como fue establecido por el Asistente del Fiscal General Brian A. Benczkowski en 2018,¹⁰⁷ la Guía de Recursos de la FCPA 2020 establece la manera en que el DOJ se aproxima a la imposición de monitores corporativos. Esta guía explica que el Departamento evaluará: (1) los beneficios potenciales para la compañía y el público, y (2) el costo de un monitor y su impacto en las operaciones de una compañía. Estos factores se consideran en el contexto del tipo y la omnipresencia de la mala conducta descubierta y la calidad del programa de cumplimiento existente de la empresa. Por último, la Guía de Recursos de la FCPA 2020 señala que los monitores también pueden ser requeridos en casos civiles, pero que el DOJ y la SEC coordinarán sus requisitos de manera que un monitor pueda satisfacer todos los requisitos.

La Guía de Recursos de la FCPA 2020 no presenta nuevas políticas o un cambio fundamental en la aplicación de la FCPA, pero sí refleja cómo el DOJ y la SEC han enfocado la ejecución en los últimos años y cómo esas agencias verán la mala conducta relacionada con la FCPA y las respuestas de las empresas en el futuro. Incluso en medio de los grandes desafíos de ejecución de las leyes relacionados con COVID-19, el DOJ y la SEC se han tomado el tiempo para enfatizar y resaltar la importancia del cumplimiento de la FCPA, lo que indica que la aplicación de la FCPA sigue siendo una prioridad máxima para el gobierno federal.

¹¹ El Departamento de Justicia publicó su evaluación actualizada de los programas de cumplimiento corporativo el 1 de junio de 2020. Véase la *División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo (Junio 2020)* <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Winston & Strawn también proporcionó un análisis de esa actualización. Véase <https://www.winston.com/en/thought-leadership/amid-covid-19-doj-issues-updated-guidance-on-the-evaluation-of-corporate-compliance-programs.html>.

¹² El Departamento de Justicia estableció una versión de la Política de Aplicación Corporativa de la FCPA en 2017 y proporcionó una orientación actualizada en 2019. Ver Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA* (marzo de 2019) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>.

¹³ Véase Departamento de Justicia y Comisión de Bolsas y Valores, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, segunda edición (3 de julio de 2020) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download> [en adelante “Guía de recursos de la FCPA”], 35-36, 46; comparando *United States v. Hoskins*, 902 F.3d 69 (2d Cir. 2018) con *United States v. Firtash*, 392 F. Supp. 3d 872 (N.D. Ill. 2019).

¹⁴ Véase la *Guía de Recursos de la FCPA 2020*, 71 (citando *Kokesh v. SEC*, 137 S. Ct. 1635 (2017)).

¹⁵ Guía de recursos de la FCPA, pág. 56-57.

¹⁶ *Id.*, pág. 66-67.

¹⁷ *Id.*, pág.40.

¹⁸ *Identificado*, pág. 46.

¹⁹ *Id.*, pág 29.

¹⁰⁰ *Id.*, pág 30.

¹¹¹ *Id.*, pág. 32, 51-54.

¹¹² *Id.*, pág. 15-16.

¹¹³ Véase Brian A. Benczkowski, Asistente del Fiscal General, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Memo to All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters* (11 de octubre de 2018) <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download>.

6 Min Read

Related Locations

Charlotte

Chicago

Dallas

Houston

Los Angeles

New York

San Francisco

Silicon Valley

Washington, DC

Related Topics

Department of Justice (DOJ)

Securities and Exchange Commission (SEC)

White Collar Crime

Related Capabilities

Related Regions

North America

Related Professionals



Johanna Rae Hudgens



Michelle D. Tuma