

## La Responsabilidad de los Directores de Empresas Frente a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (“FCPA”)

Evan Epstein\*

En el último reporte anual entregado por la U.S. Securities and Exchange Commission (“SEC”) al Congreso de los Estados Unidos sobre el “*Dodd-Frank Whistleblower Program*”<sup>1</sup>-programa destinado a promover e incentivar denuncias sobre infracciones incurridas por emisores de valores<sup>2</sup>, incluyendo empresas extranjeras que transan valores en los Estados Unidos<sup>3</sup>-, hay una sección interesante sobre la cantidad de denuncias provenientes desde el extranjero. El reporte señala que después de los Estados Unidos, la mayor cantidad de denuncias durante el año fiscal de 2015 provinieron de Gran Bretaña, Canadá, China y Australia. Chile aparece como el octavo país extranjero del mundo con 11 denuncias, solo superado por México en América Latina (con 13)<sup>4</sup>.

Dentro de las potenciales infracciones, hay una normativa que las autoridades norteamericanas, lideradas por el Departamento de Justicia (“DOJ”) y la SEC, están fiscalizando de manera particularmente agresiva: la ley de prácticas corruptas en el extranjero (“FCPA”)<sup>5</sup>. Esta ley sanciona a individuos y entidades por pagos indebidos a funcionarios extranjeros y a cualquier emisor de valores en los Estados Unidos que no prevenga o detecte pagos indebidos en (1) sus libros y registros, y/o (2) sus sistemas de controles de contabilidad interna.

El DOJ y la SEC han sido muy claros en señalar la responsabilidad del directorio en velar por el debido cumplimiento de las normas y los sistemas de control de la empresa para evitar pagos indebidos a funcionarios extranjeros. En una importante

\*Executive Director, Rock Center for Corporate Governance, Stanford University. Lecturer, Stanford Law School. Profesor Asistente, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Quisiera agradecer a las siguientes personas por sugerencias y comentarios a versiones anteriores de este artículo: Hector Lehuedé, Daniel Trujillo, Diego Gil McCawley, Fernán Restrepo y Francisco Moreno Guzmán. Las opiniones presentadas en este trabajo solo representan a su autor.

<sup>1</sup>2015 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. U.S. Securities and Exchange Commission. Ver <http://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2015.pdf> (“Reporte”)

<sup>2</sup> El “*whistleblower program*” es un programa de la SEC, creado a partir de la ley Dodd Frank de 2010, para detectar y prevenir fraudes en las empresas y que tiene las siguientes características: 1) provee fuertes incentivos monetarios a individuos (entre 10% y 30% de cualquier multa impuesta al infractor que supere un millón de dólares) para que denuncien voluntariamente cualquier violación a las leyes federales de mercados de valores de los Estados Unidos, y 2) prohíbe represalias de los empleadores a los denunciantes cuando éstos últimos provean a la SEC de información “original” y de calidad que lleve al regulador a interponer acciones legales contra la empresa.

<sup>3</sup> Muchas empresas de América Latina transan *American Depositary Receipts* (“ADRs”) en los Estados Unidos. A la fecha de este artículo, hay un total de 167 empresas de la región en esta categoría: Argentina (17), Brasil (81), Chile (12), Colombia (4), Ecuador (1), México (36), Panamá (3), Perú (5), y Venezuela (8). Para ver una lista completa, ver <http://topforeignstocks.com/foreign-adrs-list/>

<sup>4</sup> Ver página 30 del Reporte. Evidentemente esto no quiere decir que todas las denuncias hayan implicado infracciones efectivas, pero por lo menos esa cantidad de denuncias han sido investigadas por la SEC, la que se reserva los derechos de interponer acciones legales en contra de dichos emisores.

<sup>5</sup> Para una explicación más detallada sobre esta norma y su aplicación en América Latina en los últimos diez años, ver artículo Epstein, Evan “*Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina: Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos*” (*International Anti-Corruption Efforts and Focus on Latin America: FCPA and the New DOJ Voluntary Disclosure Pilot Program*) (May 1, 2016). Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 218. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2774491>

guía sobre la ley FCPA emitida de manera conjunta entre el DOJ y la SEC el año 2012 (la “Guía”)<sup>6</sup>, en la sección que se refiere a los 10 requisitos (“hallmarks”) de un programa efectivo de cumplimiento, se hace referencia directa al directorio en dos ocasiones:

- En el primer requisito del “*Compromiso de los Ejecutivos Principales y una Política Contra la Corrupción Claramente Articulada*”, la Guía señala que en toda organización corporativa, el debido cumplimiento debe partir con el directorio y sus ejecutivos principales, los que deben establecer una cultura de integridad (“*proper tone*”) que fluya hacia el resto de la empresa. El concepto del “*tone from the top*” o “*tono desde arriba*” es clave en este ámbito, ya que se refiere a cómo los directores y ejecutivos principales fijan los estándares sobre temas relacionados con la gobernabilidad, la ética, la gestión de riesgos y la cultura corporativa. Las autoridades norteamericanas toman en consideración el compromiso de los líderes corporativos en su “*cultura de cumplimiento*”<sup>7</sup> y evalúan si se han articulado claramente los estándares de la empresa, los que deben ser comunicados en términos no ambiguos, cumplidos

<sup>6</sup> Guía de recursos sobre la ley de los Estados Unidos acerca de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA) Ver: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> (“la Guía”)

<sup>7</sup> La Guía se refiere a esta cultura de cumplimiento y cita un discurso del año 2003 de Cynthia Glassman (ex - Commissioner de la SEC) sobre la implementación de la ley Sarbanes-Oxley de parte de la SEC: “*La real efectividad de las nuevas normas de gobierno corporativo van a ser determinadas por el tono desde arriba (“tone at the top”). Adoptar un código de ética no significa mucho si el gerente general o los directores de la empresa demuestran, por conducta o de otra forma, que las normas del código no se aplican a ellos... los directores y los ejecutivos tienen el poder y la responsabilidad de restaurar la confianza pública al comportarse de una manera que justifique la confianza que se ha depositado en ellos*” Cynthia Glassman, “*SEC Implementation of Sarbanes-Oxley: the New Corporate Governance, Remarks at National Economists Club*” (7 de abril, 2003), ver <http://www.sec.gov/news/speech/spch040703cag.htm>

<sup>8</sup> Si bien la ley FCPA está vigente desde 1977, la fiscalización y los casos perseguidos por el DOJ y la SEC por infracciones a esta ley aumentaron considerablemente solo a mediados de la década pasada. La ley fue originalmente promulgada con el fin de terminar con la práctica de las empresas norteamericanas (muy común en esos días) de pagar cohechos a funcionarios extranjeros. El origen de esta ley se remonta al escándalo de Watergate, cuya posterior investigación a mediados de los años 70 por el fiscal especial (“*Office of the Watergate Special Prosecutor*”), la SEC y el Subcomité sobre Empresas Multinacionales del Senador Frank Church (“*Church Committee*”, que entre muchos otros testimonios investigó sobre los planes corporativos para influenciar las elecciones en Chile), destaparon el hecho que empresas norteamericanas estaban haciendo pagos cuestionables y/o ilegales a funcionarios públicos extranjeros, a políticos y a partidos políticos. Más de 400 empresas (incluyendo 117 empresas del Fortune 500) admitieron haber hecho pagos cuestionables o ilegales por más de US\$300 millones de dólares. Para ver una descripción más detallada, ver Epstein, Evan “*Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina: Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos*” *Supra*. <http://ssrn.com/abstract=2774491> Para una reseña histórica de la ley FCPA, ver Staggars Report, o Koehler, Mike, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act* (Dec 5, 2012). Ohio State Law Journal, Vol. 73, No. 5, 2012. Se puede descargar de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2185406>

escrupulosamente y ser diseminados a través de toda la organización.

- En el tercer requisito de la “*Vigilancia, Autonomía, y Recursos*”, la Guía indica que el ejecutivo a cargo del cumplimiento de la empresa debe tener una autonomía adecuada, lo que incluye tener acceso directo al directorio y los comités del directorio (principalmente el Comité de Auditoría en los Estados Unidos). Al evaluar si la empresa tiene controles internos razonables, el DOJ y la SEC típicamente consideran si la empresa le ha dedicado recursos suficientes al programa de cumplimiento en relación al tamaño, estructura y perfil de riesgo de la empresa.

En este contexto, a las empresas norteamericanas, partiendo por sus directores y ejecutivos principales, se les exige asumir su responsabilidad frente a la normativa de FCPA, tema que ha ido en alza sobre todo a partir de mediados de la década pasada, época en la cual las autoridades norteamericanas empezaron a fiscalizar y perseguir a individuos y empresas por infracciones de la ley FCPA de una manera mucho más masiva y sistemática<sup>8</sup>.

También hay que destacar que más allá de la legislación de los Estados Unidos, con su normativa FCPA y el importante aumento fiscalizador del DOJ y la SEC, hay otras jurisdicciones activas en la fiscalización de sus propias normativas de anti-corrupción, todas ellas adoptadas al amparo de la Convención Anticohecho de la OCDE<sup>9</sup>. Por ejemplo, las normativas anti-corrupción de Gran Bretaña del 2010<sup>10</sup> y de Canadá<sup>11</sup>, pueden llegar a ser más estrictas que la ley FCPA en algunos casos, al no permitir pagos para facilitar, agilizar o conseguir la realización de un acto gubernamental de rutina por parte de un funcionario extranjero (generalmente denominados “*facilitating payments*” o “*grease payments*”, los que sí se pueden acoger a una excepción bajo la ley FCPA, aunque no se considere una buena práctica y son cada vez menos recomendables)<sup>12</sup>.

Las empresas chilenas están sujetas a la Ley N° 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho (2009)<sup>13</sup>, y deben sujetarse a los estándares internacionales establecidos por la Convención Anticohecho de la OCDE. En este contexto, un informe reciente de la OCDE cuantifica y describe la corrupción internacional en base a la información de 427 casos de cohecho internacional que se han concluido a partir de la entrada en vigor de la Convención de la OCDE en 1999. El informe señala que “*en la mayoría de los casos, los directores de empresas están*

*involucrados o, cuando menos, tienen conocimiento de la práctica de cohecho internacional de servidores públicos extranjeros, desmintiendo la falsa percepción de que el cohecho es simplemente un acto de un empleado deshonesto” (...)* “*En promedio, los cohechos ascienden al 10.9% del monto total de la operación*”<sup>14</sup>.

De hecho, en las encuestas sobre los temas más relevantes para directorios, las normas de anti-corrupción y la ley de FCPA son un tema de creciente importancia:

- En una encuesta de Deloitte a 317 directores en 15 países del mundo, el 77% de los directores señalaba que había incrementado su énfasis en el cumplimiento de normas. En temas de anti-corrupción, el 61% de los directores encuestados señalaban estar de acuerdo, o fuertemente de acuerdo, sobre el hecho que el directorio está crecientemente más involucrado y comprometido con los temas de anti-corrupción en comparación con años anteriores (y que “*un entendimiento de las implicaciones y los riesgos de las legislaciones de anti-corrupción y anti-fraude es un deber absoluto para directores, al igual que estar al tanto de las medidas que la gerencia está tomando para mitigar esos riesgos*”)<sup>15</sup>.

- En la última encuesta anual de directores de PwC, más del 70% de los directores sostiene que han hecho cambios en su postura frente al riesgo de fraudes en

<sup>9</sup> “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” (OCDE, 1997). Ver: [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCobatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCobatBribery_Spanish.pdf) Para ver el listado de todos los países, ver <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreports/ontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

<sup>10</sup> UK Bribery Act 2010 ver <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

<sup>11</sup> Canada’s Corruption of Foreign Public Officials Act (S.C. 1998, c. 34) <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.2/>

<sup>12</sup> “The vanishing ‘facilitating payments’ exception in the FCPA: Is relying on it worth the risk?” Government Contracts Alert. Nixon Peabody. July 2015

[http://www.nixonpeabody.com/files/178976\\_Government\\_Contracts\\_30JUL2015.pdf](http://www.nixonpeabody.com/files/178976_Government_Contracts_30JUL2015.pdf) La OCDE en el año 2009 también recomendó abolir estos tipos de pagos. Ver “Working Group on Bribery in International Business Transactions Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions” <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>

<sup>13</sup> Ver [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_chl\\_ley20393.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf)

<sup>14</sup> Ver <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>

<sup>15</sup> Deloitte, Director 360: Growth from All Directions, 2013. Ver <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Risk/gx-ccg-director-360-growth-from-all-directions-third-edition.pdf>

los últimos 12 meses. La acción más común es discutir el “*tono desde arriba*”, en referencia a la gobernabilidad, la ética, la gestión de riesgos y la cultura corporativa: el 68% de los directores encuestados sostiene haber tenido discusiones sobre estos temas en sus directorios, un aumento del 22% respecto de hace 3 años atrás. Más aún, “*el 39% de los directores sostiene haber discutido temas de cohecho y corrupción, lo que no sucedía hace 3 años*”<sup>16</sup>.

- La encuesta global de fraudes de E&Y de 2016, donde se entrevistó a 2,825 individuos de 62 países y territorios, señala que “*a pesar de una mayor actividad regulatoria, nuestra investigación encuentra que los directorios pueden hacer significativamente más para protegerse a ellos mismos y a sus empresas. Muchas empresas han fallado en la ejecución de programas de anti-corrupción para mitigar proactivamente su riesgo de corrupción*”. El 39% de los encuestados considera que el cohecho y las prácticas corruptas suceden de manera amplia en su país, sin mejoras desde la última encuesta. El 21% de los encuestados reporta que tales conductas son comunes en mercados desarrollados, comparado con 17% en la última encuesta. Y el 32% de los encuestados reporta que puede haber cohecho y corrupción en sus lugares de trabajo. “*Ante todo, frente al aumento del foco en la responsabilidad individual, el liderazgo de la empresa necesita fijar el ‘tono desde arriba’ correcto. Solo tomando tales pasos los directorios podrán mitigar el impacto en caso que lo peor suceda*”<sup>17</sup>.

La mayor atención a la ley FCPA es también producto del aumento de demandas por parte del DOJ (en total 269 casos, de los cuales 74% llegaron a acuerdo) y la SEC (en total 181 casos, de los cuales 91% llegaron a acuerdo)<sup>18</sup>. Los casos involucran tanto a empresas (318 empresas han sido demandadas) como a individuos (más de 300 personas han sido demandadas individualmente), los que han resultado en más de 50 penas privativas de libertad a individuos, y multas por más de US\$8 mil millones a empresas, en casos que involucran más de US\$3 mil millones en sobornos<sup>19</sup>.

Quizás uno de los casos más mediáticos de FCPA en América Latina es el de WalMart en México<sup>20</sup>, donde hubo un esquema de sobornos de parte de la gerencia de Walmart México para cambiar la zonificación y obtener permisos para construir tiendas, lo cual ha tenido repercusiones muy fuertes no sólo en México, sino que también en su matriz en EEUU (donde sigue en proceso de investigación por la SEC y el DOJ). El caso ya le ha costado a WalMart más de \$650 millones de dólares en costos legales y de reformas internas<sup>21</sup>. Pero es importante notar la crítica a nivel del directorio, donde algunos como *Institutional Shareholder Services* (“ISS”), una influyente firma consultora que asesora inversionistas, han recomendado en más de una ocasión que “*los accionistas voten en contra de los directores para mandar un mensaje claro al directorio que su falta de supervisión no debe estar exenta de repercusiones*.”<sup>22</sup> El caso ha puesto mayor énfasis en el rol del

<sup>16</sup> PwC’s 2015 Annual Corporate Directors Survey. Governing for the long term: Looking down the road with an eye on the rear-view mirror. Ver: <http://www.pwc.com/us/en/governance-insights-center/annual-corporate-directors-survey/assets/pwc-2015-annual-corporate-directors-survey.pdf>

<sup>17</sup> Ver Ernst & Young “*Corporate misconduct – individual consequences*” 14th Global Fraud Survey. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-fraud-survey-2016/\\$FILE/ey-global-fraud-survey-final.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-global-fraud-survey-2016/$FILE/ey-global-fraud-survey-final.pdf)

<sup>18</sup> Ver nota al pie de página n°8 sobre la evolución de la fiscalización de la ley FCPA y su evolución histórica.

<sup>19</sup> Para ver estadísticas sobre todos los casos de FCPA perseguidos por la SEC y el DOJ a la fecha, ver base de datos de Stanford “*Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*”: <http://fcpa.stanford.edu>

<sup>20</sup> La gran exposición mediática es en parte producto de una serie de artículos expuestos por el New York Times (que les valió un premio Pulitzer). Ver <http://www.nytimes.com/interactive/business/walmart-bribery-abroad-series.html>

<sup>21</sup> Ver <http://www.wsj.com/articles/wal-mart-bribery-probe-finds-little-misconduct-in-mexico-1445215737>

<sup>22</sup> Ver <https://www.directorsandboards.com/articles/singlehow-skilled-board-should-manage-internal-investigation>

directorío en la supervisión del programa de cumplimiento de la empresa. No se trata solo de tener un programa de cumplimiento adecuado, sino que se espera que el directorío haga las preguntas necesarias y se mantenga completamente informado de la estrategia general de cumplimiento de la empresa.

Pero este caso está lejos de ser el único caso notorio. Otros casos ya resueltos incluyen el de Siemens<sup>23</sup> (involucrando sanciones por US\$1,6 mil millones) y el reciente (y menos mediático) caso de la holandesa VimpelCom, la sexta compañía de telecomunicaciones más grande del mundo, por sobornos y cohechos pagados en Uzbekistán entre 2006 y 2012. VimpelCom fue sancionada con un pago de US\$230,1 millones a la DOJ, US\$167,5 millones a la SEC, y US\$397,5 millones a las autoridades holandesas<sup>24</sup>.

El caso de Petrobras en Brasil es otro de los casos de corrupción de mayor perfil en la región, puesto que involucra sobornos por miles de millones de dólares durante una docena de años y ha remecido fuertemente a la clase política y empresarial de dicho país<sup>25</sup>. Una extensa lista de políticos y empresarios ya han sido condenados en Brasil y el caso sigue bajo investigación por el DOJ y la SEC en los Estados Unidos, pudiendo llegar a convertirse en la empresa con la mayor multa por infracción de FCPA en la historia<sup>26</sup>.

Algunos recomiendan que los directores deberían seguir la siguiente pauta en temas de anti-corrupción<sup>27</sup>:

- Fijar un “*tono desde arriba*” apropiado y de cero tolerancia en temas de ética, integridad y cultura corporativa de la empresa.
- Entender el quién, el qué y el por qué (“*the who, what and why*”) del proceso de evaluación de riesgos de FCPA de la empresa, y cómo ese proceso impacta otros aspectos de su programa de cumplimiento de anti-corrupción.
- Entender qué tan completo y proactivo es su programa y qué se ha aprendido y mejorado como resultado del testeo y monitoreo del programa. Para efectos prácticos, esto significa que deben monitorear activamente el programa de cumplimiento, otorgarle recursos suficientes, poner atención a casos de riesgo (“*red flags*”), y disciplinar a los infractores.
- Recibir un nivel apropiado de educación sobre FCPA.

El espíritu de la ley FCPA fue justamente erradicar prácticas corruptas de empresas norteamericanas<sup>28</sup>, pero un efecto relativamente reciente (ya sea previsto o imprevisto) es la expansión de la fiscalización de la corrupción internacional por parte de las autoridades norteamericanas, quienes se han convertido en verdaderos fiscalizadores internacionales. Dichas autoridades han perseguido activamente a empresas extranjeras que infrinjan la ley FCPA,

<sup>23</sup> Ver <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>

<sup>24</sup> Ver [http://fcpa.stanford.edu/enforcement-actions.html?proceeding\\_id=595%7C%7C597](http://fcpa.stanford.edu/enforcement-actions.html?proceeding_id=595%7C%7C597)

<sup>25</sup> Para un análisis más detallado del caso, ver <http://www.coha.org/understanding-the-petrobras-scandal/>

<sup>26</sup> Ver <http://www.reuters.com/article/us-brazil-petrobras-corruption-idUSKCN0QN0BB20150818>

<sup>27</sup> PwC “*The Board’s role in anti-corruption compliance*” Ver <https://www.pwc.com/us/en/forensic-services/publications/assets/boards-role-in-anti-corruption.pdf>; NACD “*Gleaning Best FCPA Practices for Directors from Recent Government Actions*” <https://www.nacdonline.org/Magazine/Article.cfm?ItemNumber=24292>

<sup>28</sup> “*El cohecho corporativo es un mal negocio. En nuestro sistema de libre mercado, la venta de productos debe realizarse sobre la base de precio, calidad y servicio. El cohecho corporativo es fundamentalmente destructivo de este principio fundamental. El cohecho corporativo de funcionarios extranjeros se realiza principalmente para obtener negocios fraudulentamente. Por este motivo, el cohecho internacional afecta la estabilidad de los negocios internacionales. El cohecho internacional también afecta nuestra competitividad en el ámbito doméstico cuando empresas locales se vean envueltas en tales prácticas como sustituto de una competencia leal para obtener dichos negocios internacionales.*” Senado de los Estados Unidos, 1977. Ver historia de la ley en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/senaterpt-95-114.pdf>

siempre y cuando puedan encontrar alguna conexión con los Estados Unidos. Es así como de las 10 multas más altas impuestas por el DOJ y la SEC por infracciones de la ley FCPA, 8 han sido impuestas a empresas extranjeras<sup>29</sup>.

Por este motivo es importante enfatizar que los directores de empresas extranjeras (emisores y no emisores) deben estar informados sobre la ley FCPA, ya que no solamente existe una responsabilidad directa de parte de los emisores extranjeros, sino que también las autoridades norteamericanas han aplicado sanciones a extranjeros y a empresas extranjeras no emisoras sobre la base de contactos de *minimis* con los Estados Unidos. Por ejemplo, la Guía afirma que:

- Los emisores extranjeros, así como sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas, pueden someterse a la jurisdicción de la ley FCPA simplemente mediante *“la realización de una llamada telefónica o el envío de un correo electrónico, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de los Estados Unidos (...) una transferencia bancaria desde o hacia un banco de los Estados Unidos u otro uso del sistema bancario estadounidense, o un viaje por las fronteras estatales o internacionales desde o hacia los Estados Unidos.”*

- Un extranjero o una empresa puede ser responsable si ayuda o instiga, conspira o actúa como agente de un emisor, o de una persona o una empresa de los Estados Unidos, independientemente de si el propio extranjero o la propia empresa ejecuta alguna acción en los Estados Unidos.

De hecho, el DOJ y la SEC están multiplicando sus esfuerzos de perseguir infracciones de FCPA tanto en los Estados Unidos como el extranjero, lo que se ha visto plasmado de las siguientes formas<sup>30</sup>:

- Destinación de mayores recursos y énfasis en la fiscalización y persecución de casos de FCPA: este año se han agregado tres escuadras de agentes a la Unidad de Corrupción Internacional de la FBI enfocadas en investigar casos de FCPA, y el DOJ ha agregado 10 fiscales más a la Unidad de FCPA de su Sección de Fraudes;
- Mayor colaboración internacional con fiscales y reguladores extranjeros, incluyendo traspasos de información, documentos y testigos;
- La creación de un nuevo programa piloto por parte del DOJ (por un año a partir del 5 de abril de 2016) de auto-denuncia o entrega de información voluntaria para incentivar a que las empresas informen voluntariamente y auto-denuncien sus infracciones de FCPA, cooperen con el DOJ y remedien cualquier falta o defecto en sus controles y sistemas de cumplimiento<sup>31</sup>;
- Los enormes incentivos otorgados a individuos por hacer denuncias directamente a la SEC por cualquier infracción de normas federales de un emisor, incluyendo infracciones de FCPA. Estos incentivos se enmarcan especialmente dentro del *“Dodd-Frank Whistleblower Program”*, programa por el cual la SEC ya ha pagado más de US\$85 millones a 35 personas por denuncias que han generado multas por más de US\$500 millones<sup>32</sup>, a través de un fondo cuyo balance al final del año fiscal de 2015 era de aproximadamente US\$400 millones<sup>33</sup>); y
- El DOJ también agregó en 2015 un nuevo *“Compliance Counsel”*, un experto en temas de cumplimiento, cuyo objetivo es revisar los programas de cumplimiento de anti-corrupción de las empresas, para verificar que estén diseñados de manera apropiada respecto a sus líneas de negocios y a los riesgos de corrupción a los cuales están sujetos. Tales programas deben estar apoyados por un *“tono desde arriba”*

<sup>29</sup> Ver <http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html>

<sup>30</sup> Ver <https://www.justice.gov/opa/blog/criminal-division-launches-new-fcpa-pilot-program>

<sup>31</sup> Para más detalle de este programa, ver artículo citado en la nota al pie de página n°5.

<sup>32</sup> Ver <http://www.wsj.com/articles/head-of-sec-whistleblower-office-to-leave-this-month-1468001522>

<sup>33</sup> Pagina 27 del Reporte, supra.

efectivo, y deben contar con sistemas efectivos de entrenamiento, monitoreo y comunicaciones<sup>34</sup>.

Resulta particularmente importante para los directores entender la normativa de FCPA, dado que el énfasis anunciado por el DOJ es el de perseguir la responsabilidad individual de los infractores y que cualquier acuerdo entre el DOJ y la empresa infractora debe conllevar nombres de los individuos que estén involucrados en dichos casos de corrupción<sup>35</sup>.

Otra razón por la cual los directores de empresas extranjeras deben estar al tanto de su responsabilidad por infracciones de FCPA es la decisión reciente del Comité Asesor y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de remover el impedimento de notificación a empresas extranjeras que no se encuentren en los Estados Unidos cuando hayan infringido normas criminales de los EEUU. Estos cambios tendrán vigencia para todos los casos que se interpongan a partir del 1° de Diciembre de 2016 y *“en cuanto sea justo y practicable, a todos los casos que estén pendientes”*<sup>36</sup>.

En lo que concierne a Chile, si bien no existen casos por infracciones de la ley FCPA que hayan ocurrido en dicho país desde 1979<sup>37</sup>, este año se anunció la primera sanción a un ciudadano chileno por una infracción de la ley FCPA. El 4 de febrero de 2016 se comunicó un acuerdo entre la SEC e Ignacio Cueto Plaza (“Cueto”), el CEO de Lan Airlines (“LAN”), por infringir normas de la ley FCPA al autorizar pagos

indebidos de US\$1,15 millones en los años 2006 y 2007 a un consultor externo y funcionario público extranjero argentino para poner fin a disputas sindicales en el aeropuerto de Buenos Aires. Los pagos se hicieron con base en un contrato de consultoría cuyo objeto era realizar un estudio de las rutas aéreas existentes en Argentina y del mercado regional; sin embargo Cueto (en la época Presidente y *Chief Operating Officer* de LAN) sabía que dicho contrato era ficticio y que parte del dinero iba ser destinado a pagar a los sindicatos. Dichos pagos fueron incorrectamente contabilizados en los libros y registros contables e infringieron los controles internos de LAN. Hay que señalar que LAN es un emisor extranjero en los Estados Unidos (el holding LATAM transa ADRs en NYSE) y los pagos se hicieron en tres cuotas a través de transferencias por cuentas bancarias en los Estados Unidos a nombre de una subsidiaria de LAN en Delaware. Además, se hizo un pago de US\$58 mil a una cuenta en España a nombre de una sociedad de Costa Rica de propiedad de la señora y del hijo del consultor. El acuerdo entre la SEC y Cueto incluyó una orden de *“Cease and Desist”* por haber infringido las normas contables de FCPA, el acogimiento a una serie de requisitos de cumplimiento de FCPA, y el pago de una multa de US\$75 mil dólares<sup>38</sup>.

Este caso llama la atención por varios motivos<sup>39</sup>:

- Los hechos ocurrieron hace 10 años, por lo que la prescripción de las acciones

<sup>34</sup> Ver <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/790236/download>

<sup>35</sup> Ver Yates Memo: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>

<sup>36</sup> *“The Federal Government’s Ability to Initiate Criminal Proceedings Against Foreign Corporations is About to Get Easier”*. Paul Hastings. May 16, 2016. Ver <http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=3f59e969-2334-6428-811c-ff00004cbded>

<sup>37</sup> El único registro de una infracción de la ley FCPA por un cohecho ocurrido en Chile es un caso del año 1979 donde la empresa norteamericana International Systems & Controls Corporation fue sancionada por la SEC por una serie de cohechos e infracciones contables en varios países. En Chile constituyeron una subsidiaria llamada Chilco S.A. con el fin de construir un proyecto de LNG de US\$375 millones en el estrecho de Magallanes. En este caso se hizo un pago de US\$30,000 a título de “comisión” a Chilco, con el objetivo de influenciar la aprobación del proyecto por la Junta Militar de la época (los individuos nombrados incluyen a Daniel Fuenzalida M., el principal asesor económico del General Leigh, Pedro Yoma y Benjamin Rencoret, a la época Cónsul General de Chile en Houston). Ver <http://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=504> y página 10 de la demanda en <http://fcpa.stanford.edu/fcpac/documents/3000/002476.pdf>

<sup>38</sup> Ver <https://www.sec.gov/litigation/admin/2016/34-77057.pdf>

<sup>39</sup> Ver también <http://fcpaprofessor.com/category/ignacio-cueto-plaza/>

fueron presumiblemente extendidas por las partes en la medida que se negociaba el acuerdo<sup>40</sup>. El hecho que haya una sanción por hechos ocurridos hace 10 años abre las puertas a posiblemente muchos otros casos de pagos indebidos que ocurrieron en ese plazo en la región, y que la SEC o el DOJ puede estar investigando o monitoreando;

- La sanción es a un CEO que sigue en sus funciones, algo no muy habitual en casos de FCPA, donde las sanciones generalmente se interponen en contra de ejecutivos que se encuentran más abajo en la escala ejecutiva, y que son removidos de la empresa como parte del acuerdo;
- La sanción es a un ciudadano chileno por un cohecho en Argentina, cuya conexión a los Estados Unidos es que LAN (LATAM) transa ADRs en NYSE, y los pagos se hicieron a través de sociedades y cuentas en los Estados Unidos. Pero el caso también demuestra la intención de las autoridades norteamericanas de fiscalizar casos de corrupción a nivel internacional.

En este sentido, otras empresas chilenas que puedan estar envueltas en casos de pagos indebidos a funcionarios públicos, en Chile o en el extranjero, también podrían llegar a ser demandadas por la SEC o el DOJ, sobretodo si son emisores de valores en los Estados Unidos (como SQM, que está envuelto en un caso de corrupción de mucha notoriedad en Chile)<sup>41</sup>.

Y recientemente, con fecha 25 de julio de 2016, el DOJ y la SEC anunciaron multas por más de US\$22 millones en contra de LATAM Airlines Group S.A. (“LATAM”) para resolver sus infracciones contables de FCPA en Argentina. El anuncio señaló que LAN se benefició en más de US\$6,7 millones por el cohecho pagado a los sindicatos.

Para resolver el caso, LATAM también firmó un acuerdo para diferir los cargos con el DOJ por 3 años (“*deferred prosecution agreement*” o “*DPA*”)<sup>42</sup>. Como parte del DPA con el DOJ, LATAM consintió a: 1) pagar una multa penal de US\$12,75

<sup>40</sup> En los casos llevados por la SEC (que solo tiene jurisdicción civil), el plazo de prescripción es de 5 años. El plazo aplica para multas civiles, pero no impide a que la SEC pueda solicitar otras medidas cautelares o la restitución de ganancias ilegales por conductas anteriores al plazo de los 5 años. Sin embargo, “*en los casos contra individuos que no residan en los Estados Unidos, el plazo es extendido por cualquier período en que los demandados ‘no se encuentren en el territorio de los Estados Unidos para efectos de notificación de la demanda’*”. Por otro lado, las empresas o individuos que estén cooperando con la SEC pueden firmar un acuerdo (“*tolling agreement*”) donde voluntariamente extiendan el plazo de prescripción. En los casos penales llevados por el DOJ, el plazo de prescripción también es de 5 años. Sin embargo, en los casos de conspiración, las autoridades deben probar sólo un acto que sea cometido como parte de la conspiración (“*in furtherance of the conspiracy*”) durante el plazo de prescripción, para poder perseguir otros cohechos o infracciones contables que hayan ocurrido hace más de 5 años desde la imputación de los cargos. Además, hay dos maneras en que se extienden comúnmente los plazos de prescripción: 1) Las empresas o individuos cooperando con el DOJ o la SEC pueden firmar un acuerdo (“*tolling agreement*”) por el cual voluntariamente extiendan el plazo de prescripción; y 2) Bajo la norma 18 U.S.C. § 3292, las autoridades norteamericanas pueden solicitar una suspensión del plazo de prescripción a una corte, hasta por 3 años, para obtener pruebas que se encuentren en el extranjero. Generalmente, la suspensión parte desde el momento en las autoridades norteamericanas hacen la solicitud a las autoridades extranjeras, y termina en la fecha en que las autoridades extranjeras toman su acción final respecto a la solicitud. Ver la Guía página 35. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

<sup>41</sup> Ver <http://ciperchile.cl/tag/sqm/>

<sup>42</sup> Bajo este tipo de acuerdos, típicamente denominados DPA por sus siglas en inglés, el DOJ presenta cargos frente a la corte, pero simultáneamente solicita que se difieran los cargos. De esta manera, se posponen los cargos con el fin de permitir que la empresa demuestre su buena conducta. Estos acuerdos generalmente requieren que el acusado acuerde pagar una sanción monetaria, renuncie a los plazos de prescripción, coopere con el gobierno, admita hechos relevantes, y se comprometa con ciertas obligaciones de cumplimiento y remediación, incluyendo potencialmente acogerse a un monitor de cumplimiento corporativo. Los DPAs describen la conducta, cooperación y remediación de la empresa, de existir, y disponen del cálculo de la pena de acuerdo al U.S. Sentencing Guidelines. Si la empresa cumple satisfactoriamente los términos del acuerdo (típicamente 2 o 3 años), el DOJ procede a retirar los cargos. El cumplimiento satisfactorio de un DPA no es tratado como una condena criminal. Para ver más información sobre DPAs, ver Guía en pie de página n°6. Para ver el DPA de LATAM, ir a <https://www.justice.gov/opa/file/878806/download>

millones, 2) continuar cooperando con la investigación del DOJ, 3) robustecer su programa de cumplimiento, y 4) acogerse a un monitor corporativo independiente<sup>43</sup> por un plazo de al menos 27 meses. El DOJ *“llegó a esta resolución en base a una serie de factores, incluyendo el hecho que LATAM no informó voluntariamente sus infracciones de FCPA, aunque cooperó con el DOJ después que la prensa en Argentina expusiera los hechos aproximadamente cuatro años después de ocurridos. Una vez que LATAM empezó a cooperar, lo hizo de manera completa e informó sobre todos los hechos a su disposición, incluyendo los individuos envueltos en las infracciones. Sin embargo, LATAM no remedió adecuadamente. LATAM falló en disciplinar a los empleados responsables por la conducta criminal, incluyendo al menos un ejecutivo de alto nivel, y por ende comprometió la efectividad de su programa de cumplimiento. Por lo tanto, la empresa debió pagar una pena dentro del rango de la ‘U.S. Sentencing Guidelines’<sup>44</sup> en vez de recibir un descuento hacia el rango más bajo de la escala”<sup>45</sup>.*

LATAM también llegó a un acuerdo con la SEC donde acordó pagar US\$6,74 millones como restitución de los beneficios y US\$2,7 millones en intereses. Por lo tanto, las sanciones de aproximadamente US\$22,2

millones en multas, restituciones e intereses exceden ampliamente los US\$6,7 millones en beneficios que las autoridades norteamericanas sostienen que la empresa recibió a cambio de los pagos indebidos.

Los directores de empresas en Chile también deberían saber sobre la ley de FCPA en caso que su empresa sea objeto de una fusión o adquisición con otra empresa que esté sujeta a la ley FCPA. Las empresas adquirentes o fusionadas generalmente adquieren responsabilidad por cualquier actividad ilegal que ocurra después de la fusión. Por este motivo, se le da mucha importancia al *due-diligence* de FCPA, pre y post adquisición, tomándose todas las precauciones necesarias para que la nueva entidad resultante cumpla con la ley FCPA, incluyendo entrenamiento o educación de FCPA para los nuevos empleados.

El tema de la ley FCPA también es importante porque los inversionistas institucionales internacionales como BlackRock, CalPERS, CalSTRS, Fidelity, Vanguard, State Street, PIMCO, entre otros, que invierten a nivel global, buscan apoyar e incentivar las mejores prácticas de gobierno corporativo en las empresas en las cuales invierten. En este sentido, es importante que las empresas chilenas y sus directores estén al tanto y puedan supervisar

<sup>43</sup> En casos penales, la sentencia, o DPA o NPA con una empresa, puede requerir la designación de un monitor corporativo independiente. La necesidad de designar un monitor depende de los hechos y circunstancias específicos de cada caso (algunos de los factores que se consideran: 1) la seriedad de la infracción, 2) la duración de la mala conducta, 3) la generalización de la mala conducta, 4) la naturaleza y tamaño de la empresa, 5) la calidad del programa de cumplimiento de la empresa al momento de la(s) infracción(es), y 6) los esfuerzos posteriores de remediación). Un monitor es un tercero independiente que evalúa y monitorea la adhesión de los requerimientos de cumplimiento del acuerdo, que es diseñado para reducir el riesgo de reincidencia de la mala conducta de la empresa. La designación de un monitor no es apropiado para todas las circunstancias, pero puede ser apropiado, por ejemplo, cuando una empresa no tenga un programa de cumplimiento interno efectivo, o necesita establecer más o mejores controles internos. En algunos casos, se le permite a una empresa auto-monitorearse, típicamente en caso que una empresa haya informado voluntariamente sus infracciones de FCPA, haya cooperado totalmente, y haya demostrado un compromiso genuino a reformarse. Para más información sobre monitores corporativos independientes, ver Guía en pie de página n°6.

<sup>44</sup> Las *“U.S. Sentencing Guidelines”* son promulgadas por la *U.S. Sentencing Commission* (*“la Comisión”*): una agencia independiente del poder judicial compuesta de siete miembros votantes y dos miembros *ex-officio* no votantes. Su objetivo principal es establecer las políticas y las directrices para fijar sentencias del sistema de justicia federal en materias penales. Las directrices y normativas promulgadas por la Comisión son emitidas de acuerdo a la Sección 994(a) del Título 28, United States Code.

<sup>45</sup> Ver anuncio de la DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/latam-airlines-group-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1275>

la implementación de prácticas de anti-corrupción y estándares de cumplimiento con los más altos niveles internacionales<sup>46</sup>, dado que tal factor es importante para los inversionistas, y por esa misma razón, es clave para agregar valor sostenido a las empresas al largo plazo.

En conclusión, los directores de empresas deben entender los alcances de la ley FCPA y la postura de las autoridades norteamericanas, las cuales han aumentado su fiscalización con especial énfasis en la responsabilidad personal de los infractores e incluyendo multas de gran cuantía a las empresas, con repercusiones a nivel internacional. Pero lo más importante es que los directores deben enfocarse en mejorar la cultura de cumplimiento e integridad de las empresas a nivel macro o global, sin limitarse solo a sus programas de anti-corrupción. Los directores deben fomentar la reputación de la empresa, y por ende, ayudar a aumentar su valor económico en el largo plazo<sup>47</sup>. La mala conducta empresarial, ya sea por corrupción, cohecho u otras malas prácticas, es un asunto que el buen gobierno corporativo debe buscar mitigar y es un área donde los directores deben jugar un rol absolutamente clave y preponderante, lo que además permitirá recuperar la confianza pública en las empresas y los mercados en general.

<sup>46</sup> Uno de los programas de cumplimientos corporativos más extensos es el que ha implementado WalMart (post caso de corrupción en México), que cubre 14 áreas y emplea a más de 1800 personas dedicadas exclusivamente a supervisar e implementar estos programas. Ver <http://corporate.walmart.com/global-responsibility/global-compliance-program-report-on-fiscal-year-2015/>

<sup>47</sup> Para un mayor análisis del rol de los directores y ejecutivos principales en velar por la integridad y valor reputacional de la empresa, ver “*Corporate Governance and Business Integrity. A Stocktaking of Corporate Practices*” OECD 2015 <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Business-Integrity-2015.pdf> Ver también “*Corporate Culture and the Role of Boards: Report of Observations*” Financial Reporting Council (FRC) U.K. July 2016. <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/Corporate-Culture-and-the-Role-of-Boards-Report-o.pdf>