

FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY

LICENCIATURA EN DERECHO



EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS EN
CUESTIÓN DE ANTICORRUPCIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN DE
MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADO/A EN DERECHO

PRESENTA:

ALICIA FERNANDA SALINAS GONZÁLEZ

ASESOR DE FONDO: LIC. ALEJANDRA HUERTA
ASESOR DE FORMA: LIC. JOSÉ FABIÁN RUÍZ

SANTA CATARINA, N.L.

DICIEMBRE, 2021

INTRODUCCIÓN	Página 1
CAPÍTULOS	
I. EL SISTEMA NACIONAL DE ANTICORRUPCIÓN (MÉXICO)	6
A. Origen, principios y bases generales del Sistema Nacional de Anticorrupción	6
B. Mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas en todos los órdenes de gobierno del país	11
C. Responsabilidad en las personas morales	17
D. Herramientas de mitigación de riesgo	24
E. Sanciones	27
II. ANÁLISIS DEL FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (FCPA)	31
A. Origen y propósitos de la FCPA	32
B. Prácticas contables y rendición de cuentas	34
C. Responsabilidad en las personas morales, jurisdicción, prohibiciones, y riesgos de la FCPA	37
D. Herramientas de mitigación de riesgo	46
E. Sanciones	49
III. COMPARACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA CON LA LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS	51
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	65

RESUMEN/ABSTRACT

El gobierno es visto por los mexicanos como el principal responsable de la corrupción, sin embargo, empresas, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil también son vistos como responsables de esta conducta en la manera que se involucran. El presente trabajo tiene como objetivo aportar nuevas ideas, mecanismos y disposiciones al Sistema Nacional Anticorrupción para de tal modo, reforzar el combate a la corrupción en ambos ámbitos. En el desarrollo se expresará la organización del Sistema Nacional Anticorrupción, las autoridades, legislaciones, principios, facultades, obligaciones y mecanismos que sustentan el mismo. De igual forma, analizaremos críticamente la legislación de Estados Unidos (*Foreign Corrupt Practices Act*) con la finalidad de observar las diferencias y la manera en que aplican para determinar qué carece en México y las soluciones que podemos ofrecer.

Palabras clave: corrupción – Sistema Nacional Anticorrupción – Foreign Corrupt Practices Act – funcionarios públicos – Empresas Nacionales e Internacionales

The government is seen by Mexicans as the main responsible for corruption, however, companies, media and civil society organizations are also seen as responsible for this conduct in the way they are involved. The present work aims to contribute new ideas, mechanisms or provisions to the National Anti-Corruption System in order to strengthen the fight against corruption in both areas or sectors. In the development, the organization of the National Anticorruption System, the authorities, laws, principles, powers, obligations and mechanisms that support it will be expressed. In the same way, we will critically analyze the legislation of the United States (*Foreign Corrupt Practices Act*) in order to observe the differences and the way in which they apply to determine what is lacking in Mexico and the solutions that we can offer.

Keywords: corruption - National Anticorruption System - Foreign Corrupt Practices Act - Public officials - National and International Companies

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizaremos un análisis crítico de la legislación de México y Estados Unidos en cuestión del alcance de la responsabilidad jurídica en cuestión de anticorrupción con un enfoque en las personas morales y servidores públicos. Durante los años, nos hemos percatado que las personas morales incurrir en conductas ilícitas en relación a servidores públicos con fines ilegales como el avance en el mercado, nos enfocamos en ello porque nos atrae conocer los lineamientos y limitantes que imponen las legislaciones en la manera que intervienen, para comprender la estructura, modelos de control y disposiciones con el fin de encontrar la diferencia en cuestión de la rigidez de las legislaciones y encontrar un apoyo para mejorar la nuestra.

Para cumplir este objetivo utilizaremos un método de comparación entre las legislaciones de los dos países para comprender los principios, bases generales, políticas públicas y los procedimientos de sanción para las conductas ilícitas que concurren dentro del ámbito de las empresas, como de los servidores públicos.

El problema jurídico al que trataremos de dar solución será la manera en que se atienden las actividades ilícitas que ocurren en las empresas ya sea mediante violando el Código de Ética impuesto o incurriendo en conductas incorrectas con un servidor público. Durante el trabajo se desarrollarán comentarios y opiniones sobre la comparación de modelos, principios y otras figuras jurídicas que carecen de implementar en nuestro país, comprendiendo de una mejor manera cómo solucionar dicha problemática.

Observaremos la manera en la cual se pueden mitigar dichos riesgos y cómo la legislación estipula barreras para evitar la corrupción, pero al no contar con un Código de Ética o mecanismos dentro de la empresa como la cultura de corporativa ética, un gobierno corporativo y una herramienta de reporte sería ineficiente lograr dicho objetivo con la carencia de estos.

Los beneficios que obtendría la ciencia jurídica o la sociedad en caso de resolverse el problema sería una sociedad y un ámbito laboral con una cultura ética impuesta en los directivos, trabajadores y personas relevantes en el desarrollo de las actividades de la empresa.

De tal modo, que al implementar dichos mecanismos y políticas no sólo mitigar los riesgos, sino identificar los fallos en el Código de Ética si es que ocurren, como al igual pueden recibir indulgencia las empresas si cuentan con los elementos mencionados en la legislación.

Se pretende hablar sobre el Sistema Nacional Anticorrupción y las autoridades que la integran, así como las diferentes legislaciones que son parte para el cumplimiento íntegro del objeto mismo. Hay distintos aspectos, políticas y figuras que expondremos para comprenderlo como un todo.

El índice está estructurado para entender el Sistema Nacional Anticorrupción en México y los mecanismos de fiscalización como la responsabilidad jurídica y lo que se consideran las políticas de mitigación de riesgo y sanciones en caso de incumplimiento a nivel de persona moral.

En el segundo capítulo expondremos la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*) (FCPA, por sus siglas en inglés) con el fin de comprender la organización de esta, su enfoque, como sus principios, prohibiciones, riesgos, herramientas de mitigación de riesgo y las sanciones. Se hará un análisis crítico a la legislación de Estados Unidos con el fin de comparar la rigidez de los mecanismos y figuras implementadas en el país y observar la manera distinta en la que es aplicado en el nuestro. Igualmente expondremos algunos casos para apoyar la comparación que pretendemos hacer en el trabajo.

Por último, haremos el análisis de las dos legislaciones principalmente para observar la diferencia entre las mismas y determinar la manera en que podemos desarrollar, agregar o modificar los preceptos, lineamientos o programas para obtener una mejor versión de lo que observamos hoy en día.

Capítulo I

EL SISTEMA NACIONAL DE ANTICORRUPCIÓN (MÉXICO)

La corrupción consiste en el abuso de poder público o privado que utiliza medios organizacionales para su propio provecho. Hay tres sectores en los que se debe luchar contra la corrupción, siendo el público (gobierno), privado (empresarios) y social (individuos).¹ En el presente capítulo explicaremos la manera en la cual el país combate a la corrupción en dichos ámbitos, aplicando el Sistema Nacional Anticorrupción.

Estableceremos los principios, bases generales, políticas públicas y los procedimientos para la conjunción de las autoridades de todos los órdenes de gobierno en los mecanismos de fiscalización, la responsabilidad de las personas morales como al igual la mitigación de riesgo y a su vez las sanciones de faltas administrativas y hechos de corrupción.

Relativo a lo anterior, el Sistema Nacional se integra por el Comité Coordinador, el Comité de Participación Ciudadana, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y Los Sistemas Locales, que pueden concurrir a través de representantes, cada uno de ellos tiene facultades y obligaciones que en su conjunto trabajan efectivamente para obtener el objetivo del combate a la corrupción.

A. ORIGEN, PRINCIPIOS Y BASES GENERALES DEL SISTEMA NACIONAL DE ANTICORRUPCIÓN

De acuerdo con la organización de Transparencia Internacional mediante el estudio “Índice de Percepción de la Corrupción 2020”, el cual mide aspectos como el gobierno abierto, rendición de cuentas, libertad de expresión, transparencia, niveles de integridad en el servicio público y acceso igualitario a la justicia. Resultó que México ocupa el lugar 124 de 180 naciones ubicando al país a la par de naciones como Bolivia, Kenia, Kirguistán y Pakistán y por encima de Azerbaiyán, Gabón, Malawi, Mali y Rusia.^[1]

¹ Bazela, Maciej. **Combatir la Corrupción desde la empresa**. News Media. IPADE Buisness School. Febrero 22, 2019. Disponible en línea: <https://www.ipade.mx/2019/02/22/combatar-la-corrupcion-empresa/> (Consulta: 11 de octubre, 2021)

En México podremos acotar que la corrupción siempre ha estado presente tanto en el gobierno como en el ámbito laboral y es por ello por lo que surge el Sistema Nacional de Anticorrupción, actuando como un mecanismo que coordina distintas autoridades de los tres órdenes de gobierno que tienen la responsabilidad de rendición de cuentas y el combate a la corrupción.

Por lo tanto, las causas de corrupción administrativa se dividen en dos categorías, cuando los actos corruptos se cometen “de acuerdo con las reglas” y “en contra de las reglas”. En primera instancia un funcionario recibe un beneficio de parte de un emisor con el fin de llevar algo a cabo, mientras que en el segundo caso se comenten actos de corrupción para obtener algún servicio que el funcionario público tiene prohibido proporcionar o efectuar. Las consecuencias de la corrupción afectan de diferentes maneras a la sociedad ya sea en el aspecto económico del país e incluso obstaculizan el progreso social de sus habitantes.²

El 27 de mayo de 2015 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas, adiciones y derogaciones a distintas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia para combatir la corrupción. Las principales novedades y cambios que se observan en la reforma sustentan al Sistema Nacional de Anticorrupción, de tal manera como a sus leyes y sus instituciones son la extinción de dominio, las facultades del Congreso, de la Auditoría Superior de la Federación, el Régimen de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el Sistema Nacional de Anticorrupción y de los Estados, la Federación y la Ciudad de México.

Los antecedentes de la reforma en materia de combate a la corrupción consisten en el marco legal y operativo de las materias de fiscalización, rendición de cuentas y transparencia. Se implementó el Programa de Rendición de Cuentas, Transparencia y Combate a la Corrupción el 2008 hasta el 2012; después de ello se llevaron a cabo iniciativas de reformas a la Constitución, como a su vez el Plan Nacional de Desarrollo y la Creación de la Fiscalía Anticorrupción hasta la reforma del 2015.

El Sistema Nacional Anticorrupción tiene por objeto establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos

² Rowland, Michael. **Visión contemporánea de la corrupción**. Buenos Aires Argentina. Granica/Ciedla. 1998. Disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5005/18.pdf> (Consulta: 11 de octubre, 2021)

los órdenes de gobierno para la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, inclusive en la fiscalización y control de recursos públicos. Su finalidad es establecer, articular y evaluar la política en la materia. Por su parte cada entidad federativa debe crear un sistema local anticorrupción que conjugue los esfuerzos con la federación en el combate a la corrupción.

Para el funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción se promulgaron siete leyes secundarias. Cuatro de ellas fueron expedidas por completo siendo la Ley General del Sistema Nacional de Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal de Justicia administrativa, y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

Igualmente, se requirieron modificaciones en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el Código Penal Federal para adecuarlas a los cambios planteados por la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción.

Con las reformas del 18 de julio de 2016 que crearon las primeras leyes del Sistema Nacional Anticorrupción, se dio un importante avance para la conformación del Sistema. No obstante, faltan elementos para la consolidación del sistema como la creación de instituciones, la asignación de presupuesto y la promulgación de nuevas leyes.

La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción se integra por los integrantes del Comité Coordinador, El Comité de Participación Ciudadana, el Comité Rector del Sistema de Fiscalización y Los Sistemas Locales, cada uno con facultades distintas que unen el objetivo del sistema.

El Comité Coordinador cual es un órgano colegiado encargado de organizar a las instituciones que previenen, investigan y sancionan faltas administrativas o hechos de corrupción, asimismo de fiscalizar y controlar los recursos públicos.³ Además, promociona, diseña y evalúa políticas públicas de combate a la corrupción y se integra por un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien será su presidente, el titular de la Auditoría Superior de la Federación, el titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción, el

³ Comité estatal de Participación Ciudadana de Tamaulipas. **Estructura Rectora y Operativa del Sistema Nacional Anticorrupción**. 2018. Disponible en línea: <http://www.cepctamaulipas.org.mx/estructura-rectora-y-operativa-del-sistema-nacional-anticorrupcion/> (Consulta: 10 de febrero, 2021).

titular de la Secretaría de la Función Pública, un representante del Consejo de la Judicatura Federal, el Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y el Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La Secretaría Ejecutiva es el único organismo descentralizado de apoyo técnico que apoya al cien por ciento al Sistema Nacional Anticorrupción, cuyo provee asistencia al Comité Coordinador para el desempeño de sus atribuciones, ejecutando y dando seguimiento a sus decisiones, asimismo propone políticas públicas, diseña metodología de evaluación y administra los sistemas electrónicos que éste establezca.

El Comité de Participación Ciudadana tiene como fin verificar y coadyuvar el cumplimiento de las metas del Comité Coordinador, igualmente es la instancia de vinculación con las organizaciones de la sociedad civil y académicas relacionadas con las materias del Sistema Nacional Anticorrupción. Está integrado por cinco ciudadanos de probidad y prestigio que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción. Dichos integrantes deberán tener un empleo que les permita el libre ejercicio de los servicios que prestan al Sistema Nacional Anticorrupción en los cinco años de su encargo.

Por otra parte, también realiza estudios en materia de prevención y detección de hechos de corrupción, así como de fiscalización. De igual manera, es quien provee a la Comisión Ejecutiva los recursos para que estos últimos elaboren sus propuestas al Comité de Participación Ciudadana y al Comité Coordinador.

La Plataforma Digital Nacional es un sistema tecnológico que creará valor para el gobierno y la sociedad dado que importa grandes cantidades de datos. Permite cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones del Sistema Nacional Anticorrupción en la manera que quita barreras de información para que la información sea comparable, accesible y utilizable. Se plantea que la información contenida en los sistemas electrónicos de la plataforma sea en formato de datos abiertos, de acuerdo con la legislación en materia de transparencia.

La plataforma tiene 6 objetivos usando nuevas tecnologías y maneras de trabajo, aplicando la ciencia de datos e inteligencia artificial como apoyo:

- a) Analizar, prevenir y alertar a las autoridades sobre posibles riesgos de corrupción.

- b) Optimizar procesos con el fin de evitar conflictos de intereses y discrecionalidad.
- c) Promover el uso de los datos como medio de evidencia para respaldar sanciones.
- d) Dar seguimiento a los procesos y proyectos de contratación pública, asegurando sus objetivos y eficiencia en las compras públicas.
- e) Apoyar la participación ciudadana.
- f) Dar evidencia para generar recomendaciones de política pública a las autoridades del Sistema Nacional Anticorrupción.⁴

Dentro de la misma hay 6 sistemas de organización que cuentan con sus propios formatos siendo las declaraciones con relación a la evolución patrimonial y declaración de intereses, el siguiente sería los servidores públicos en contrataciones en cuestión de las intervenciones que tienen en los procedimientos de contrataciones públicas, los sancionados, la fiscalización, las denuncias y por último las contrataciones públicas que exponen información acerca de las mismas.

Para el funcionamiento de la Plataforma, el Comité Coordinador se encarga de emitir las bases para su manejo y el secretario técnico de la Secretaría Ejecutiva el encargado de administrar la misma, para que de esta manera se logre el uso ordenado y eficiente.

Como lo desarrollamos, se involucran autoridades, legislación y programas con el objetivo de llevar a cabo un funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción de la manera más efectiva para el combate de la corrupción. Cada componente tiene sus propias facultades y modelos para obtener dicho fin. En el caso de la Plataforma Digital Nacional, el Comité Coordinador y el Comité de Participación Ciudadana, aunque tengan distintas facultades y obligaciones, pero se unen para el debido funcionamiento.

En nuestra opinión pensamos que la conjunción entre ambos órganos ayuda en la efectividad de la plataforma dado que las funciones y bases que impone el Comité Coordinador se contemplan con los principios que velan los participantes del Comité de Participación Ciudadana priorizando la transparencia. Incluyendo al Comité de Participación Ciudadana incentiva a demás ciudadanos en informarse sobre la plataforma, su objetivo y sus fines,

⁴ CIAPEM Estados y Municipios por un México Digital. **¿Qué es la Plataforma Nacional Digital?** Disponible en línea: <https://ciapem.org/plataforma-digital-nacional-sna/> (Consulta: octubre 11 del 2021)

invitándoles a ser parte de la verificación de datos de los funcionarios públicos en los seis sistemas distintos.

B. MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La lucha contra la discrecionalidad y la corrupción es un tema central en el discurso público y en el debate nacional. Por ello, se han tomado acciones orientadas a mejorar la vinculación y coordinación, considerando que la desvinculación de los órganos de fiscalización, las diferencias en cuanto a mandatos, marcos legales, planeación de revisiones, metodologías por aplicar, limitan el alcance de sus esfuerzos y, por lo mismo, la efectividad de las labores de los órganos en materia de auditoría gubernamental.

En el 2010 nace el Sistema Nacional de Fiscalización con el fin de reunir a los responsables de la actividad de auditoría en el país, trabajando con instituciones como la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, los Órganos Internos de Control de la Administración Pública Federal, las Entidades de Fiscalización Superior de las entidades federativas y las secretarías de las Contralorías estatales.⁵

El proyecto de integrar un Sistema Nacional de Fiscalización emerge de la necesidad de formar un frente común y unificado, en todos los órdenes de gobierno, con las facultades de examinar, vincular, articular y transparentar la gestión gubernamental y el uso de los recursos públicos, para de esta manera mejorar la rendición de cuentas a nivel nacional.⁶

El Sistema Nacional de Fiscalización se determina como el conjunto de mecanismos interinstitucionales de coordinación entre los órganos responsables de la auditoría gubernamental con el fin de maximizar la cobertura y el impacto de la fiscalización en el país. Se involucra De

⁵ Portal, Juan Manuel. **Representando las bases del sistema nacional de fiscalización**. IMCO. Disponible en línea: <https://imco.org.mx/indices/la-corrupcion-en-mexico/capitulos/analisis/repensando-las-bases-del-sistema-nacional-de-fiscalizacion> (Consulta 11 de febrero, 2021)

⁶ Sistema Nacional de Fiscalización (SNF). **Plan Estratégico 2013-2017**. SNF, México, 18 de octubre de 2012. Disponible en línea: <http://www.snf.org.mx/SharedFiles/Download.aspx?pageid=52&mid=93&fileid=8> (Consulta 11 de febrero, 2021)

La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción estableciendo las bases y políticas para la promoción y fomento de la rendición de cuentas, transparencia y de la fiscalización.⁷

El establecimiento del Sistema Nacional de Fiscalización fue observado y considerado como una línea de acción concentrada para disminuir la fragmentación institucional. Es un medio para canalizar las inquietudes de los entes locales de fiscalización y contraloría en tema de metodología de planeación, procedimientos, prácticas, ejecución y presentación de resultados de las auditorías, entre otras. Igualmente, se representó un cambio en la configuración de las relaciones interinstitucionales para la vigilancia del uso de los recursos públicos, dado que antes no existían mecanismos formales para la comunicación y discusión sobre la auditoría gubernamental.

Hay tres facultades y atribuciones que ejecutan los integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización, identificando las áreas comunes de auditoría y fiscalización para que contribuyan con sus respectivos programas anuales de trabajo y el cumplimiento de los mismos, revisarán los ordenamientos legales que regulan su actuación y proponen mejoras a los mismos para combatir la corrupción, y elaborarán y aplicarán un marco de referencia que contenga criterios generales para la prevención y detección de actos de corrupción como igualmente incorporar prácticas para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión gubernamental.

Asimismo, se establecieron cuatro grupos de trabajo como líneas de acción siendo la Visión Estratégica, Normas Profesionales, Control Interno y Responsabilidades de los Servidores Públicos, adoptando un único cuerpo normativo-operativo de alta calidad en relación con auditorías gubernamentales, como dedicándose cada uno en cumplir con sus facultades y obligaciones para el funcionamiento del Sistema.⁸

El Sistema Nacional de Fiscalización implementa una visión estratégica con la aplicación de acciones y mecanismos de coordinación entre la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las Entidades de Fiscalización Superiores Locales y las Secretarías o Instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas.

⁷ Cynthia Urbalejo Medina. **Rendición de Cuentas como herramienta para prevenir la corrupción.** Trascender, Contabilidad y Gestión. Septiembre- Diciembre 2018. Disponible en línea: <file:///Users/aliciasalinas/Downloads/34-Texto%20del%20art%C3%ADculo-133-3-10-20200828.pdf> (Consulta: febrero 10, 2021)

⁸ Secretaría de la Función Pública. **Normas Profesionales de Auditoría del Sistema Nacional de Fiscalización.** 2016. Disponible en línea: https://contraloriavirtual.jalisco.gob.mx/ccme/externos/archivos/ponencias/07Nov2016/Lic.%20Leticia_Avila_Avila_07Nov2016.pdf (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Las comunicaciones en materia de auditoría gubernamental pueden estar dirigidas a diferentes tipos de público, desde el público más amplio, formado por los ciudadanos y los medios de comunicación hasta un público más especializado y específico, como las autoridades gubernamentales y entidades internacionales y nogubernamentales. Entre distintas formas para promover el valor y beneficios de la auditoría gubernamental, una de las más importantes es publicar y difundir los informes de auditoría de manera oportuna y accesible.

Por las diferencias en cuanto al mandato y el proceso administrativo de cada integrante del SNF, se deberán atender en todo momento las disposiciones legales aplicables en la materia, buscando favorecer el acceso a la información para que sea susceptible de ser conocida por la ciudadanía y otros actores interesados.

Los siguientes grupos pueden ser objetivos de comunicación externa clave, de acuerdo con la naturaleza y mandato del ente auditor siendo los actores interesados:

- a) Poderes legislativo y judicial federal y estatales;
- b) Organizaciones gubernamentales/ dependencias, organismos autónomos y agencias del poder ejecutivo;
- c) Entidades auditadas;
- d) Medios de comunicación;
- e) Grupos de interés especial, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, instituciones asociadas y partidos políticos;
- f) Público en general/ciudadanos;
- g) Académicos y organizaciones públicas, y;
- h) Órganos profesionales y normalizadores.

Por otro lado, las Normas Profesionales de Auditoría del Sistema Nacional de Fiscalización son el conjunto de disposiciones que determinan los principios de actuación que rigen a los organismos auditores, los prerequisites para el correcto funcionamiento de los organismos auditores, los principios de auditoría fundamentales, las directrices de revisión, y los criterios para la conducta de sus integrantes.⁹

Están basadas en las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores y su adopción es necesaria para garantizar que el desempeño y productos de los organismos auditores sean consistentes, de alta calidad y conforme a las mejores prácticas. En este sentido,

⁹ Sistema Nacional Fiscalización. **Relevancia de las Normas Profesionales**. Julio 18, 2013. Disponible en línea: <https://www.snf.org.mx/acerca-de-las-normas-profesionales-de-auditoria-1.aspx> (Consulta: enero 4, 2021)

es importante el trabajo de los organismos internacionales fijadores de normas, cuya labor garantiza la aplicabilidad y revisión periódica de los criterios de auditoría, asegurando que no sean modificados arbitrariamente.

Dentro de la misma, hay cuatro niveles en la clasificación de las normas consistentes en las generalidades relativas a la auditoría interna y externa, los tipos de auditoría, la finalidad de la labor fiscalizadora, la fiscalización previa y posterior.

Dicho Sistema Nacional de Fiscalización debe contemplar los programas anuales de auditorías de los órganos de fiscalización de los tres órdenes de gobierno, de la misma manera, los informes que deben ser públicos en términos de las disposiciones jurídicas aplicables, así como la base que permita el intercambio de información entre los miembros del mismo Sistema.

Las facultades serían de investigación, supervisión o revisión y en cuestión de la rendición de cuentas se deben de elaborar informes a las autoridades y público en general contando con una cierta metodología.

Al igual en el segundo nivel, se hace referencia a los principios de autonomía de los Organismos Auditores como la existencia de un marco normativo que respalde la autonomía, la independencia del titular del organismo fiscalizador, como las facultades y atribuciones de los organismos fiscalizadores, y más importante el acceso irrestricto a la información.

En un tercer nivel, se menciona el marco de referencia para la auditoría del Sector Público, sus facultades y objetivos. La auditoría del sector público se define como un proceso sistemático que de manera objetiva obtiene y revisa la evidencia con el fin de concluir que la información está de acuerdo con la normatividad establecida.

Los órganos internos de Control y las Entidades Superiores representan dos elementos diferentes en el Sistema Nacional de Fiscalización en torno a su naturaleza, alcances, atribuciones y objetivos. Su principal diferencia radica en la línea de mando, aunque independientemente de ello, no se debe de perder la aplicación de los mismos valores y principios.

El Control Interno es la instancia responsable de generar una estrategia para equiparar la normativa en materia de control interno, la cual aplica en los tres órdenes de gobierno con el fin de asegurar la inclusión de la fiscalización del control interno de las entidades auditadas en los

programas de auditoría de las Entidades Fiscalizadoras Superiores Locales, e identificar los cambios legales, estructurales y normativos que permitan fortalecer a los Órganos de Control del Poder Ejecutivo.¹⁰

Entre las responsabilidades derivadas, destacan:

- a) Definir las acciones pertinentes para que las normas generales de control interno (desarrolladas por la SFP y la CPCE-F, como parte del Sistema Nacional de Control y Evaluación de la Gestión Pública), se divulguen y adopten por parte de los OIC en los tres órdenes de gobierno.
- b) Definir los mecanismos de difusión en el sector público para promover el control interno entre los titulares de las entidades públicas.
- c) Analizar la aplicabilidad de las directrices para la buena gobernanza (INTOSAI GOVs) en el ámbito del control interno.
- d) Estudio sobre las necesidades de capacitación, a nivel estatal, en materia de control interno.
- e) Definir los mecanismos para asegurar la inclusión de la evaluación del control interno de las entidades auditadas, en los programas de auditoría de las Entidades Fiscalizadoras Superiores Locales.
- f) Generar un análisis sobre los cambios legales, estructurales y normativos que permitan mejorar el funcionamiento de los OIC.

Por lo tanto, el Sistema Nacional de Fiscalización crea un sistema electrónico que permite ampliar la cobertura e impacto de la fiscalización de los recursos federales y locales, construyendo un modelo de coordinación entre las autoridades e informar al Comité Coordinador sobre dichos avances en materia federal, local o municipal.

La Plataforma Digital Nacional del Sistema Nacional está conformada por la información que incorporan las autoridades que integran el Sistema Nacional, incluyendo el Sistema Nacional de Fiscalización. La Plataforma será la herramienta que centraliza la información de todos los órganos integrantes incluidos los órdenes federal estatal y municipal.

¹⁰ Sistema Nacional de Fiscalización. **Grupo de Trabajo en Control Interno**. 2013. Disponible en línea: <https://www.snf.org.mx/grupo-de-trabajo-sobre-control-interno.aspx> (Consulta: enero 4, 2021)

Los sistemas que componen la Plataforma Digital Nacional son de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal, de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas, de servidores públicos y particulares sancionados, de la información y comunicación del Sistema Nacional Anticorrupción y del Sistema Nacional de Fiscalización, de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción y de información pública de contrataciones.

Relativo a la organización del Sistema, el Comité Rector del Sistema de Fiscalización está conformado de siete miembros rotatorios entre la Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría de la Función Pública elegidos por periodos de dos años con el fin de ejecutar tres acciones específicas como el diseño, aprobación y promoción de las políticas integrales de la materia, la instrumentación de mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema y la integración de mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información en materia de fiscalización y control de recursos públicos.

Una de las recomendaciones que refiere el Comité Coordinador, instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional, es la solicitud a las entidades de fiscalización superior y los órganos internos de control de los Entes públicos que presenten un informe detallado del porcentaje de los procedimientos iniciados que finalizan con una sanción firme y a cuánto ascienden, y de la misma manera, las indemnizaciones efectivamente cobradas durante el periodo del informe.

Relativo a lo anterior, los informes serán integrados al informe anual del Comité Coordinador como anexos cuyo debe ser aprobado como máximo treinta días previos a que culmine el periodo anual de la presidencia.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) realiza un análisis ejecutivo en donde establece propuestas de acción centrado en cómo el Sistema Nacional de Fiscalización podría corregir deficiencias jurídicas, de política pública y aplicación, y aumentar la rendición de cuentas al igual atender retos para enriquecer las auditorías.¹¹

Dichas propuestas de acción consisten en fortalecer la autonomía de las instituciones de fiscalización subnacionales en México, promover un enfoque de control interno y gestión de

¹¹ OECD. **Estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública – El Sistema Nacional de Fiscalización en México**. OECD Publishing 2016. Disponible en línea <https://www.oecd.org/governance/ethics/sistema-nacional-fiscalizacion-mexico.pdf> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

riesgos en todo el gobierno y mejorar la coordinación entre los órganos de auditoría interna y externa.

Para obtener un Sistema Nacional de Fiscalización efectivo los integrantes deben de coordinar un trabajo útil, fomentar el fortalecimiento institucional, evitar duplicidades y omisiones en el trabajo de los órganos de la fiscalización llevando a cabo un ambiente con profesionalismo y transparencia, que se efectúe una mayor cobertura de la fiscalización de los recursos públicos y emitir información relevante en los reportes de auditoría y fiscalización de la manera más clara y accesible.

Como lo observamos, determinamos la manera en que funciona el Sistema Nacional de Fiscalización, los cuatro grupos y sus funciones para llevar a cabo un sistema efectivo. Consideramos importante implementar un Código de Ética y de Conducta, para promover los principios y conductas que se esperan de los funcionarios públicos en el desempeño de su trabajo.

Mientras que el Código de Ética establece los principios éticos que se deben de seguir en el espacio laboral, el Código de Conducta estipula las reglas que se espera que sigan los funcionarios públicos derivados de experiencias pasadas, así, con el fin de fortalecer el personal de los órganos de fiscalización y mitigar futuros riesgos fiscales como fraude y corrupción.

C. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES POR ACTOS CORRUPTOS

En suma, la sección anterior desarrolla la manera en que opera el Sistema Nacional de Fiscalización, cómo las autoridades que se involucran y las facultades que deben de llevar a cabo. Establecimos los mecanismos y limitantes que tiene cada grupo de trabajo, que sirven principalmente para vigilar y mitigar el riesgo cuando las personas morales y los funcionarios públicos intervienen. En el presente apartado establecemos la responsabilidad que se estipula en la Ley General de Responsabilidades Administrativas cuando se incurren en conductas riesgosas o ilícitas en los supuestos con los funcionarios públicos.

Esta sección tiene como fin explicar la manera en que pueden encajar la responsabilidad en las personas morales, exponiendo un caso para determinar los elementos de conductas riesgosas, conductas ilícitas y los mecanismos que hubieran servido para evitar esta situación.

La Ley General de Responsabilidades Administrativas tiene por objetivo distribuir las competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, como sus obligaciones como revelar sus bienes, potenciales conflictos de interés y su declaración de impuestos, y, por lo tanto, las sanciones que ocurren por actos u omisiones en que estos incurran, al igual que los procedimientos.

Se estipula en el artículo 52 del mismo ordenamiento jurídico el delito de cohecho y los supuestos que se pueden llevar a cabo como:

“Artículo 52. Incurrirá en cohecho el servidor público que exija, acepte, obtenga o pretenda obtener, por sí o a través de terceros, con motivo de sus funciones, cualquier beneficio no comprendido en su remuneración como servidor público, que podría consistir en dinero; valores; bienes muebles o inmuebles, incluso mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que se tenga en el mercado; donaciones; servicios; empleos y demás beneficios indebidos para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.”

(...)

De acuerdo con el Código Penal Federal la responsabilidad se podrá generar para algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier tipo o clase estipulado en su artículo 11:

“Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”

Así mismo, el artículo 27 del Código Penal para el Distrito Federal menciona que la responsabilidad de una persona moral recae ya sea en el administrador de hecho, derecho o en nombre o representación legal de otra persona, encuadrando lo dicho sobre la acción de una conducta delictiva en actividades por o a nombre de la empresa:

“Artículo 27.- (Responsabilidad penal en el seno de una persona moral o jurídica).

Quien actúe:

- a). - Como administrador de hecho de una persona moral o jurídica;*
- b). - Como administrador de derecho de una persona moral o jurídica, o*

c). - En nombre o representación legal o voluntaria de otra persona.

Y en estas circunstancias cometa un hecho que la ley señale como delito, responderá personal y penalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo penal requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias sí concurren en la entidad o persona en cuyo nombre o representación se actúa.”

Logremos observar en el artículo 27 Bis del Código Penal para el Distrito Federal estipula específicamente que las personas morales serán responsables penalmente de los delitos cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

“Artículo 27 BIS. - (Responsabilidad Penal de una Persona Moral o Jurídica).

I.- Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a). - Sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho; o

b). - Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica”

De tal modo, las personas morales también serán responsables por los delitos que comentan las personas sometidas a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, por no haber ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional.

En relación con lo anterior, desarrollaremos un caso reciente con el fin de observar la manera en que se desenvuelven las conductas delictivas, observar los elementos que se requieren para encuadrar a los delitos señalados atrás y la manera en que se resolvió dicho caso.

Vitol Inc. (Vitol) es una filial estadounidense del grupo de empresas Vitol, que en conjunto se conocen como una de las firmas de comercio de energía más grandes del mundo. En el período de 15 años, Vitol pagó millones de dólares en sobornos a varios funcionarios públicos, en tres países siendo Brasil, Ecuador y México con el fin de obtener ventajas competitivas inoportunas que resultaron en importantes ganancias ilícitas para la empresa.¹²

¹² Department of Justice. **Vitol Inc. Agrees to Pay over \$135 Million to resolve Foreign Bribery Case.** Diciembre 3, 2020. Disponible en línea: DOJ <https://www.justice.gov/opa/pr/vitol-inc-agrees-pay-over-135-million-resolve-foreign-bribery-case> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Durante los años 2005 y 2014, Vitol y sus cómplices pagaron sobornos de aproximadamente \$8 millones a al menos cuatro funcionarios de la empresa petrolera estatal y controlada de Brasil Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras).¹³

Los sobornos que pagó Vitol era con la intención de recibir información confidencial de la competencia y los precios de Petrobras. Mediante intermediarios y una empresa ficticia Vitol ocultó el esquema facilitando los pagos a cuentas y a los funcionarios de Petrobras. La compañía obtuvo al menos \$33 millones en ganancias de los contratos obtenidos de manera corrupta, según la presentación.¹⁴

Vitol también admitió que de 2011 a 2014, sobornó al menos a otros cinco funcionarios de Petrobras a cambio de recibir información confidencial sobre precios que Vitol utilizó para obtener contratos de fuel oil con Petrobras.

Durante ese plan, un consultor que actuaba en nombre de Vitol participó en negociaciones indirectas con un funcionario de Petrobras con sede en Houston. Luego, las partes mantendrían negociaciones por etapas, y finalmente se adaptarían en el precio preestablecido que permitía que Vitol pagara sobornos a los funcionarios de Petrobras.

Entre 2015 y julio de 2020, Vitol acordó ofrecer y pagar más de \$2 millones en sobornos a funcionarios en Ecuador y México. Los sobornos fueron con el fin de obtener y retener negocios en relación con la compra y venta de productos petroleros.

Varios de los co-conspiradores se comunicaron usando alias de cuentas de correo electrónico y nombres en clave, incluidos "Batman", "Tiger", "Phil Collins", "Dolphin", "Popeye" y "Beb".

En apoyo de este esquema de soborno, Vitol y sus co-conspiradores celebraron acuerdos de consultoría falsos, establecieron empresas fantasmas, crearon facturas falsas para supuestos servicios de consultoría y utilizaron cuentas de correo electrónico de alias para transferir fondos a compañías “offshore” bajos en impuestos involucradas en la conspiración, todo mientras sabían

¹³ BBC News. **El escándalo de corrupción de Vitol, la multinacional del petróleo que montó una red de sobornos en varios países de América Latina**. 26 de enero 2021. Disponible en línea: BBC Mundo <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55738212> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

¹⁴ Yasejko, Christopher, Hoffman, Andy, Millard, Peter. **Vitol Pays \$160 Million to Settle Bribery Manipulation Charges**. Diciembre 2020. Disponible en línea: Bloomberg <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-12-03/vitol-to-pay-135-million-over-role-in-foreign-bribery-scheme> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

que los fondos, en parte, se utilizarían para pagar sobornos a funcionarios ecuatorianos y mexicanos.

En asuntos relacionados, el departamento reveló recientemente cargos contra un exfuncionario de Petrobras con sede en Houston que recibió sobornos en asociación con el esquema y que se declaró culpable de un cargo de conspiración para cometer lavado de dinero el 8 de febrero de 2019 en el Distrito Este de Nueva York.

Además, el Departamento de Justicia reveló recientemente los cargos contra uno de los intermediarios involucrados en el esquema de Brasil, quien se declaró culpable el 22 de septiembre de 2017 de un cargo de conspiración para violar la FCPA en relación con un esquema de soborno relacionado.

México está buscando renegociar algunos de sus cientos de millones de dólares en contratos con Vitol SA luego de que reconoció haber pagado sobornos para ganar negocios con la petrolera estatal Pemex.

La problemática en México, el cuarto mayor importador mundial de productos petroleros refinados, es parte de las consecuencias de un acuerdo de diciembre que Vitol Américas, con sede en Houston, firmó con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ).

El 3 de marzo, el presidente mexicano Andrés Manuel López Obrador anunció que su gobierno había iniciado su propia investigación criminal. Además, Pemex está revisando los contratos existentes con Vitol en busca de señales de algo irregular o ilícito y buscará deshacerse de las disposiciones que considere desfavorables.¹⁵

Por lo tanto, dado a que es pública la información de que se ha llevado a cabo corrupción en las negociaciones y celebraciones de contratos, se debe de tener cuidado y revisar exhaustivamente cada transacción hecha.

Vitol no quiso comentar sobre cuántos contratos activos tiene con Pemex, el valor de esos acuerdos o si Pemex está buscando renegociar algunos o todos esos acuerdos. La empresa menciona que tenía una relación duradera y respetuosa con Pemex, implicando que pueden llevar a cabo más contratos a futuro.

¹⁵ Eschenbacher, Stephanie, Barrera, Adriana, Martinez, Ana Isabel. **Mexico seeks better trade terms from Vitol following bribery scandal.** Marzo 22 2021. Disponible en línea: Commodities News Reuters <https://www.reuters.com/article/us-mexico-vitol-exclusive-idUSKBN2BE0TG> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Durante el proceso judicial de Vitol, la petrolera Pemex ha cancelado tres contratos siendo la cancelación de un contrato de gas butano, otro de nafta y otro de gas propano con Vitol, esto por, el reconocimiento público de la empresa en cuestión de los sobornos.¹⁶

Relativo a lo anterior, la compañía admitió su participación en los actos criminales ante un tribunal de Nueva York y aceptó pagar un total de casi \$164 millones de dólares para subsanar su responsabilidad penal. El acuerdo contiene también su compromiso de colaborar de ahora en adelante con la investigación.

Russell Hardy quien es el director ejecutivo de la firma, comentó en un comunicado que "como han reconocido las autoridades, Vitol ha cooperado ampliamente durante este proceso", e incluso dijo "Continuaremos mejorando nuestros procedimientos y controles", como a su vez hizo claro que la empresa no tolera la corrupción ni las prácticas comerciales ilegales.

Según el acuerdo, los fiscales estadounidenses retirarán los cargos contra la unidad estadounidense de Vitol Holding BV en aproximadamente tres años si la empresa cumple con ciertas condiciones. La compañía no estaba obligada a declararse culpable durante los procedimientos del jueves en Brooklyn, sin embargo, "La empresa cooperó plenamente", dijo el abogado del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Derek Ettinger, en la corte.

De acuerdo con el caso expuesto podemos observar elementos claros sobre la intención de la empresa, y el medio ilícito que utiliza para tener un espacio favorable en el mercado. La corrupción en el ámbito laboral involucrando a servidores públicos sigue presente, aunque contemos con legislaciones y sanciones rígidas.

Los elementos claves que plantea el caso son obtener ventajas competitivas y ganancias monetarias para la empresa. El medio que utilizan para lograr adquirir dicha información confidencial del mercado es mediante pagos ilícitos denominados como pagos corruptos.

Los receptores de los pagos son funcionarios de la petrolera estatal de sus respectivos países y observamos que al inicio fueron ciertos de ellos, y la lista creció durante los años. La influencia de los mismos oficiales dentro de su ámbito laboral igualmente es un factor que motiva e incluso fomenta la red de corrupción que se llevó a cabo.

¹⁶ Expansión. **Pemex cancela tres contratos de Vitol tras escándalo de corrupción.** Septiembre 2021. Disponible en línea: <https://expansion.mx/empresas/2021/09/15/pemex-cancela-contratos-vitol-tras-escandalo-corrupcion> (Consulta: 18 de oct 2021)

De acuerdo con el marco normativo de la OCDE, cuyo México es parte, es obligación abrir una carpeta de investigación dado que el país fue parte del asunto por sus varias intervenciones con la empresa Vitol. Dicha investigación sirve para comprender las áreas de oportunidad y de riesgo en la celebración de los distintos contratos con Vitol.

Como veremos más adelante, una eficiente gestión de riesgos hubiese prevenido esta situación de oscuridad en el tema de corrupción y la actuación de conductas ilícitas por el periodo largo de alrededor 15 años, esto concluye que la empresa no cumple con los requisitos de compliance dado que, si los tuviera, se hubieran percatado de las “señales de alerta”.

De tal modo, la empresa Vitol debió de implementar programas, módulos y un Código de Ética más rígido para que los mismos empleados no sientan la libertad de ejecutar dichas conductas esperando que la empresa los respalde.

Es de mayor importancia involucrar a un “Compliance Officer” en las negociaciones y en todas sus fases para poder imponer los lineamientos de control para evitar cualquier conducta ilícita en cualquiera de las dos partes, dado que su función es mitigar riesgos en donde pueda llevarse a cabo un pago ilícito o corrupto.

De igual manera, un programa de cumplimiento como se explicará inculca la cultura de transparencia, como a su vez mecanismos que detonan las “señales de alerta” que determinan cómo, por qué y cuándo se actuó de manera inoportuna.

Igualmente, una recomendación para las empresas es tener organismos de reacción ante este tipo de circunstancias, es por ello por lo que Vitol ante las acusaciones y sanciones impuestas fue buena, puesto que al informarse de la situación e investigación que estaban llevando a cabo las autoridades, se involucró y cooperó en entregar informes que al final apoyaron a la misma.

En estos casos, la empresa tiene que probar que la misma tiene lineamientos para combatir la corrupción y mitigar este tipo de riesgos; al no ser exitosos en ello, optaron por facilitar la investigación a las autoridades y por ello se redujo la pena a unas varias condiciones que tienen que cumplir para obtener en un mínimo de tres años el retiro de los cargos impuestos por las autoridades.

Como resultado de este caso, podemos percatarnos de la importancia de implementar y fomentar una cultura corporativa ética a todos los que llevan a cabo actividades dentro del negocio. A falta de programas, mecanismos y lineamientos que lleven un control interno cabe la posibilidad y el riesgo de que individuos actúen corruptamente ya sea en actividades de la empresa, transacciones y colaboraciones con funcionarios públicos.

Es de suma importancia vigilar la manera en que la empresa realiza su negocio cotidianamente en todas las áreas y ámbitos como al igual en situaciones desfavorables como la investigación dentro de la misma y la cooperación que dan ante las autoridades.

D. HERRAMIENTAS DE MITIGACIÓN DE RIESGO

Conforme a lo visto en el capítulo anterior, nos percatamos de cierto tipo de riesgos que pueden surgir con la carencia de un programa de cumplimiento impuesto en la empresa. Desarrollaremos la importancia de que las personas morales, en particular las empresas, cuenten las herramientas para poder mitigar los riesgos dentro de la empresa y de tal manera, evitar que se imponga alguna sanción por violaciones al marco normativo de anticorrupción.

Un programa de cumplimiento es una serie de principios, reglas, controles, procedimientos, y directrices diseñadas para cumplir con las leyes y los estándares de conducta aplicables en las empresas. Los principales principios que integran un programa de cumplimiento son la postura de que hay cero tolerancias ante una conducta ilícita, que hay compromiso completo de altos directivos y gerentes con el cumplimiento con los más altos estándares éticos; se deben de buscar que todas las terceras partes se adhieran a los más altos estándares éticos para evitar y prevenir conductas ilícitas.

Así mismo, debe haber comunicación y capacitaciones constantes en las empresas, se debe de fomentar el denunciar y reportar cualquier violación, con una política de no represalias, y el ámbito de aplicación empieza desde directores hasta proveedores incluyendo a todas las personas que llevan a cabo actividades dentro de la empresa.

Un punto importante es el manejo de casos, el ciclo de inicio a fin estableciendo canales para reportar, difundir e investigar cualquier actividad ilícita o indebida o fuera del Código de

Ética. Un mecanismo para el reporte es establecer una línea directa disponible para todas las personas ya sea internamente, externamente como una liga en la página de la empresa o la opción de reportar por teléfono, formularios en línea o mediante correo electrónico.

La línea tiene que ser administrada por un tercero como una compañía global especializada en servicios de ética y cumplimiento, que cuente con el apoyo en múltiples idiomas, con una disponibilidad 24/7 y las llamadas ser recibidas por sus propios call centers.

Hay ciertos objetivos que tiene el programa de cumplimiento como las políticas y procedimientos que se refiere a las reglas y mecanismos de alcance general que se enfocan en las principales áreas de riesgo. Dichas políticas deben estar organizadas y estandarizadas, deben ser consultadas por los empleados y personas relevantes en la empresa, es importante mencionar que se actualizan periódicamente.

Asimismo, dichas políticas y procedimientos como sus actualizaciones o modificaciones deben ser comunicadas periódicamente a todos los empleados, funcionarios, directores y representantes por medio de campañas de comunicación y capacitación.

Como lo mencionamos, es indispensable que se muestre el compromiso de altos directivos y se determine como el compromiso institucional en donde los accionistas o socios tengan conocimiento del programa y supervisen su desarrollo y operación. Se nombra a empleados responsables de la operación del programa que cuenten con recursos, autoridad y acceso a los mismos altos directivos o el comité de auditoría. Se tiene que incorporar una cultura corporativa ética por los altos directivos que los gerentes deben reforzar.

Por otro lado, la compañía en cuestión debe tomar medidas para prevenir que personas con un historial de actos ilícitos o inconsistentes con el Programa de Cumplimiento, ocupen posiciones con autoridad sustancial. Por eso, hay incentivos de cumplimiento y sistemas de consecuencias y sanciones por violaciones cuyas deben ser operados de manera consistente a través de toda la empresa, para no sólo capacitar a los trabajadores que hayan incurrido en un mal historial, sino consecuentemente mitigando futuros riesgos que puedan ocurrir. Como se menciona, se deben de hacer de manera continua, ya sea semestral o anual para determinar el estado de la empresa en cuestión de cumplimiento y corrupción, con el fin de mejorar las áreas de oportunidad.

Es por ello, que la auditoría y seguimiento es un mecanismo diseñado y operado para evaluar la efectividad del Programa de Cumplimiento detectando y reportando como a su vez investigando violaciones de este.

El contenido de un Código de Ética contiene varios puntos que se relacionan con la materia laboral siendo salud y seguridad, derechos humanos, acoso y respeto en el lugar de trabajo, diversidad e inclusión, trato justo con las partes interesadas, relaciones con clientes, proveedores, comunidad y gobierno, como también cuestiones del medio ambiente, competencia económica, anticorrupción y prevención de lavado de dinero.

Es importante tomar en cuenta que publicar los Códigos de Ética en la página de la empresa ayuda a enviar el mensaje que la empresa se preocupa por tener un ambiente honesto, justo y honrado, y que busca respetar los valores que para dicha empresa son importantes. Mediante las directrices consistentes en un Código de Ética y políticas relacionadas se busca guiar decisiones y establecer una cultura corporativa ética, comunicando y capacitando a los empleados a fomentar la conducta esperada en el ámbito laboral.

Igualmente, favorece a transacciones a futuro estableciendo una buena reputación ante terceros y empresas nacionales e internacionales, como a su vez a mantener a los empleados con una conducta recta y ética, dado que si se comportan contradictoriamente a dicho programa pueden ser sancionados disciplinariamente hasta el despido, además de la posibilidad de ser reportados a las autoridades relevantes en caso de tratarse de conductas ilícitas.

La manera en que se logran los objetivos mencionados es a través de un gobierno corporativo determinado como una serie de órganos de gobierno multifuncional en los niveles locales y con responsabilidades estratégicas y operacionales.

Se le recomienda a una empresa imponer un Programa de Cumplimiento, un Código de Ética, un Código de Conducta, mecanismos de fiscalización, un equipo o área de compliance que cuente con personas expertas y preparadas en la materia, como a su vez mecanismos de reacción en caso de que suceda una situación inoportuna.

Los elementos expuestos anteriormente, forman parte de la base o estructura de una empresa en donde favorece a la misma y las futuras relaciones ya sea con clientes, otras empresas o funcionarios públicos, estableciendo una reputación ética, transparente y honesta.

Como observamos en el capítulo pasado, instruir el programa, los mecanismos y lineamientos le ayuda a la empresa a determinar si hay “señales de alerta”, y si las hay, prepararse para los siguientes pasos de la investigación y llevar a cabo los mecanismos de reacción.

Concluimos que para evitar que los trabajadores y la empresa tinen su reputación llevando a cabo conductas riesgosas con fines corruptos, es necesario tener programas de cumplimiento adecuados, contar con un Código de Ética y políticas relevantes, designar apoderados capacitados y responsables, protocolos de apoderados para procedimientos penales, prevención y administración del riesgo legal, manuales de procedimientos de operación y canales de denuncia. Del mismo modo, las autoridades toman en cuenta si la empresa tiene los recursos necesarios y si los estableció en la empresa para evitar cualquier riesgo, para imponer la sanción o multa.

E. SANCIONES

En el 2014 se publicó en el Código Nacional de Procedimientos Penales un procedimiento para personas morales, determinando los delitos como la responsabilidad de pagos y conductas corruptas para las personas morales a través de sus representantes. De acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales las sanciones para las personas morales consisten en suspensión, disolución o liquidación, prohibición de realizar determinados negocios, operaciones o actividades, remoción, intervención, clausura, retiro mobiliario urbano, posible descalificación de participación en la contratación público de ocho a diez años dependiendo si es a individuos o a empresas, reparación del daño y multa que puede ser hasta tres veces la ganancia ilícita.

Como lo hemos comentado, se debe de implementar un programa de cumplimiento corporativo dado que las empresas pudieran recibir ciertos tratos como indulgencia por parte de las autoridades si cuentan con uno. Para recibir dicha indulgencia las autoridades verifican que se cuente con un Programa de Cumplimiento, un Código de Conducta, Controles Contables Internos, un Programa de Denuncia, organigramas especificando las funciones de cada parte de la organización, la debida diligencia en las nuevas contrataciones y mecanismos que garantizan la transparencia.

En el Código Penal Federal se determina la responsabilidad de los funcionarios públicos por delitos hechos por corrupción como abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso

ilícito de y atribuciones y facultades. En el mismo ordenamiento jurídico se establece en su artículo 11 y artículo 11 Bis los sujetos en los que puede incurrir la responsabilidad jurídica y las consecuencias para los distintos delitos que se pueden llevar a cabo.

“Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Artículo 11 Bis. - Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos: A. De los previstos en el presente Código IV. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; V. Tráfico de influencia previsto en el artículo 221; VI. Cohecho, previsto en los artículos 222, fracción II, y 222 bis; XII. Fraude, previsto en el artículo 388; XIII. Encubrimiento, previsto en el artículo 400; XIV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; VIII. Defraudación Fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, del Código Fiscal de la Federación; VIII Bis. Del Código Fiscal de la Federación, el delito previsto en el artículo 113 Bis; Fracción; X.

(...)”

Con base en los artículos estipulados observamos la manera en que pueden llegar a una sanción toda persona que sea miembro o representante de una persona jurídica que actúe con el fin de obtener un beneficio, dicha conducta puede conducir a la disolución de la misma empresa.

En el artículo 11 Bis agregamos algunas fracciones enfocadas en el tema de estudio como la corrupción de personas menores a 18 años de edad que puedan efectuar alguna conducta delictiva a nombre de la empresa, el tráfico de influencias en cuestión de aplicar un uso indebido de conocimiento o información obtenida de un cargo público en caso de que funcionarios u oficiales sean involucrados.

Otro delito del que habla el artículo es sobre el cohecho que consiste en sobornar a una autoridad o funcionario público mediante el ofrecimiento de dinero o regalos a cambio de realizar u omitir un acto, que en estos casos es común.

Con relación a lo anterior, el fraude cuyo consiste en un engaño económico con el fin de conseguir un beneficio, es uno de los riesgos que se puede surgir si no se toman e implementan los lineamientos comentados el capítulo pasado, así mismo, el encubrimiento dentro de la empresa de las conductas ilícitas.

Por último, la defraudación fiscal que se define como cuando una persona hace uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución y obtiene un beneficio indebido con perjuicio al fisco como lo observamos en el caso aplicado de Vitol que se llevaban pagos indebidos y corruptos por medio de empresas fantasmas y cuentas “offshore” para evitar impuestos.

De igual modo, hay faltas administrativas categorizadas como no graves y graves, la diferencia entre ambas es la jurisdicción para llevar a cabo dichas sanciones. Las no graves le corresponde a las Secretarías y a los Órganos internos de control, mientras que las graves corresponden al Tribunal Federal de Justicia Administrativa y sus homólogos en las entidades federativas.

Las faltas administrativas graves consisten en cualquier forma de soborno, malversación de fondos, mal uso de los recursos públicos, mal uso de la información, colusión, abuso de la capacidad oficial, influencia indebida, y ocultación de conflictos de intereses.

Igualmente, hay una categoría que establece la Ley General de Responsabilidades Administrativas denominada sanciones por faltas particulares, donde se dividen en sanciones tratándose de personas físicas y de personas morales. Las sanciones administrativas que son contenidas tratándose de personas físicas determinan que la sanción económica puede alcanzar hasta dos tantos de los beneficios obtenidos, o el equivalente a la cantidad de cien hasta ciento cincuenta mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización (UMA). Como a su vez, la inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas por un periodo que no será menos de tres meses ni mayor de ocho años, indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal ya sea local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos. Ahora en cuestión de personas morales, la sanción económica que puede alcanzar hasta dos tantos de los beneficios obtenidos y en caso de no haberlos obtenido, será el equivalente a la cantidad de mil hasta un millón quinientas mil veces el valor diario de la UMA, igualmente la inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de diez años.

Las diferencias que se observan a comparación de tratándose de personas morales es la suspensión de actividades, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de tres años

que consiste en detener o privar temporalmente a los particulares de sus actividades comerciales o económicas vinculados a faltas administrativas graves, la disolución de la sociedad respectiva llevando a cabo la pérdida de la capacidad legal de una persona moral y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal ya sea local o municipal.

Para imponer dichas sanciones se consideran cinco elementos siendo el grado de participación del o los sujetos en la falta, la reincidencia en la comisión de las infracciones previstas en la ley, la capacidad económica del infractor, el daño o puesta en peligro del desarrollo de la actividad administrativa del Estado y el monto del beneficio, lucro o del daño o perjuicio derivado de la infracción al haberse causado.

En este apartado explicamos los diferentes supuestos en los que miembros o representantes de una persona jurídica o moral pueden incurrir en conductas riesgosas con fines corruptos, actuando de manera ilegal para obtener un beneficio favorable a cambio. Los delitos varían entre cohecho, fraude, defraudación fiscal, entre otros.

El cohecho es uno de los delitos que se observan más en la práctica realizados por trabajadores o directores de las empresas en las distintas fases de negociación con relación a la convivencia con funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

Es por ello por lo que es importante inculcar una cultura honesta y transparente en el ámbito laboral instalando los distintos mecanismos de mitigación de riesgo, para de tal modo evitar posicionar a la empresa en una situación desfavorable dañando su reputación y eventualmente obtener alguna sanción.

Capítulo II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS: FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

En el presente capítulo se tiene por objetivo establecer la estructura de la legislación del FCPA. Determinaremos el origen de dicha legislación, las prácticas contables que deben proveer las empresas, la aplicación de la legislación en cuestión de su jurisdicción, prohibiciones, riesgos, la mitigación de estos y sus sanciones.

El fin del capítulo es analizar la manera en la que opera la FCPA en el ámbito laboral y la responsabilidad que tienen las personas morales para cumplir con lo que se estipula, observaremos las disposiciones como a su vez las recomendaciones que se dirigen a las empresas para poder mitigar los riesgos que pueden emanar por conductas riesgosas hechas por miembros o trabajadores de la empresa.

Relativo a lo anterior, expondremos la manera en la cual las autoridades, el Departamento de Justicia de los Estados y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos actúan en base a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, para de tal modo comprender las facultades y obligaciones que tiene cada autoridad y el propósito que tiene dicha unificación.

A. ORIGEN Y PROPÓSITO DE LA FCPA.

La corrupción representa un riesgo legal y económico importante para las corporaciones que hacen negocios en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo y en transición económica, lo cual se refiere que está cambiando de una economía de planificación centralizada a una economía de mercado, incluyendo la liberalización económica, donde los precios son fijados por las fuerzas del mercado y no por una organización central de planificación.

La FCPA es una ley promulgada para evitar que las empresas estadounidenses desembolsen sobornos o cualquier otro pago indebido a funcionarios u organizaciones públicas extranjeras. La FCPA se promulgó como resultado de las revelaciones a principios de la década de 1970 sobre el soborno generalizado de funcionarios públicos extranjeros por parte de empresas estadounidenses.

El propósito de la FCPA era remediar el problema y crear igualdad de condiciones para las empresas estadounidenses al poner fin a la corrupción estadounidense en el extranjero y restaurar la confianza del público en la integridad del mercado.

La FCPA consta principalmente de dos secciones principales: una contra el soborno y una contable, la última de las cuales está diseñada para evitar que las empresas oculten pagos corruptos y para garantizar que la SEC y los accionistas de las empresas tengan una imagen precisa de la situación financiera de la empresa.

El DOJ y la SEC son parte de los organismos que componen la lucha internacional contra la corrupción aumentando el número de investigaciones, acuerdos y enjuiciamientos por violaciones de la FCPA.

B. PRÁCTICAS CONTABLES Y RENDICIÓN DE CUENTAS.

La SEC es la autoridad responsable de determinar el cumplimiento de las prácticas contables y rendición de cuentas de las empresas y está organizada en cinco divisiones: Finanzas Corporativas, Comercio y Mercados, Gestión de Inversiones, Cumplimiento y Análisis Económico y de Riesgos, junto con numerosas sub-oficinas. Cinco comisionados dirigen la SEC en términos escalonados de cinco años, con el requisito de que no más de tres pertenezcan al mismo partido político para garantizar el no partidismo.

Es de suma importancia determinar los fines y los principios de cada una de las divisiones:

- a) División de ejecución: La División de Cumplimiento investiga y procesa las violaciones de las leyes y regulaciones federales de valores. La SEC tiene autoridad para presentar cargos civiles en un tribunal federal o en procedimientos administrativos ante un juez de derecho administrativo. Además, la División de Cumplimiento se coordina con el Departamento de Justicia y otras autoridades que pueden iniciar casos penales cuando corresponda.
- b) División de Finanzas Corporativas: La División de Finanzas Corporativas busca garantizar que los inversionistas reciban información material sobre la

situación financiera y las operaciones comerciales de una empresa para poder tomar decisiones de inversión informadas, tanto cuando una empresa ofrece inicialmente sus valores al público como de forma continua a medida que avanza para dar información al mercado. A través del proceso de revisión de archivos de la División de Finanzas Corporativas, el personal evalúa si las empresas públicas han cumplido con sus obligaciones de divulgación y busca mejorar la calidad de la divulgación. El personal también brinda asistencia interpretativa a las empresas con respecto a las reglas y formularios de la SEC y hace recomendaciones sobre nuevas reglas y revisiones de las reglas existentes.

c) División de Gestión de Inversiones: La División de Gestión de Inversiones trabaja para proteger a los inversores, promover decisiones de inversión informadas y facilitar la innovación adecuada en productos y servicios de inversión mediante la regulación de la industria de gestión de activos. La División es responsable de la regulación de la Comisión de compañías de inversión, productos de seguros variables y asesores de inversiones registrados a nivel federal. Los tipos de compañías de inversión incluyen fondos mutuos, fondos cerrados, compañías de desarrollo comercial, fideicomisos de inversión unitarios y fondos negociables en bolsa. La División lleva a cabo su misión centrándose en la orientación, la divulgación, la elaboración de normas y el seguimiento y análisis de riesgos.

d) División de Comercio y Mercados: La División de Negociación y Mercados supervisa varios de los principales participantes del mercado de valores, que incluyen: las bolsas de valores (por ejemplo, NYSE y NASDAQ), empresas de valores (por ejemplo, corredores de bolsa), organizaciones autorreguladoras (por ejemplo, FINRA, la Junta de Reglamentación de Valores Municipales y agencias de compensación que ayudan a facilitar la liquidación de operaciones), agentes de transferencia que mantienen registros de los propietarios de valores y procesadores de información de valores.

e) División de Análisis Económico y de Riesgos: La División de Análisis Económico y de Riesgos proporciona experiencia en análisis económicos, evaluación de riesgos y análisis de datos a las Divisiones y Oficinas de la SEC en apoyo del desarrollo de políticas, la elaboración de normas, la aplicación y los exámenes.

La SEC se ocupa principalmente de monitorear a los participantes clave en la industria de valores: bolsas de valores, corredores y distribuidores, asesores de inversiones y fondos mutuos. Asegura que cada uno divulgue información importante del mercado a sus inversionistas y los proteja contra delitos financieros, incluido el lavado de dinero y el fraude. Coordinando a través de sus cinco divisiones, la SEC es responsable de:

- a) Interpretar y hacer cumplir las leyes federales de valores;
- b) Emitir nuevas normas y reglamentaciones (y modificar las existentes);
- c) Supervisar la inspección de firmas de valores, corredores, asesores de inversiones y agencias de calificación;
- d) Supervisar organizaciones reguladoras privadas dentro de los campos de valores, contabilidad y auditoría; y
- e) Coordinar las regulaciones de valores de EE. UU con las autoridades federales, estatales y extranjeras.

¿Por qué está involucrada la SEC en la aplicación de las disposiciones de la FCPA? A primera vista, la participación de la SEC en la aplicación de la FCPA parece un poco peculiar, especialmente porque la aplicación de la FCPA puede implicar cargos penales, que quedan completamente fuera del ámbito y jurisdicción de la SEC. Pero, dada la naturaleza de las investigaciones que llevaron a la creación de la FCPA, la participación de la SEC tiene mucho sentido.

Primero, la aplicación de la FCPA por parte de la SEC agrega una capa de rigidez que sería más difícil de lograr si la SEC fuera eliminada del proceso. Al mantener la aplicación de la FCPA dividida en dos agencias, tanto el DOJ como la SEC pueden remodelar las unidades internas de la FCPA sin arriesgarse a dañar la aplicación general, incluso si la SEC se limita solo a la aplicación civil contra los emisores.

En segundo lugar, mantener a la SEC involucrada en la aplicación de la FCPA fomenta el crecimiento de los métodos internos de auditoría que establece la FCPA en las empresas que cotizan en bolsas de valores. Esto se debe a que la SEC puede iniciar acciones civiles no solo por violaciones a la FCPA, sino también por fallas de auditoría relacionadas con la prevención del uso indebido de fondos, ya que la SEC persigue casos civiles similares al estilo de la “contabilidad” en otras áreas.

La FCPA contiene varias prohibiciones contra el soborno, entre ellas, ciertos requisitos para las prácticas contables de las empresas. Estos últimos están diseñados para evitar prácticas contables que pudieran ocultar pagos corruptos y garantizar que los accionistas y la SEC tengan una imagen precisa de las finanzas de una empresa.

Relativo a las prohibiciones que impone la FCPA, se requiere que las empresas mantengan libros, registros y controles internos adecuados para evitar pagos ilegales. La SEC se preocupa por los libros de registros descubiertos por las investigaciones de pagos indebidos.

- a) Registros que simplemente no registraron transacciones inapropiadas.
- b) Registros que fueron falsificados para disfrazar aspectos de transacciones inapropiadas que de otra manera se registraron correctamente.
- c) Registros que establezcan correctamente los aspectos cuantitativos de las transacciones, pero no registraron los aspectos "cualitativos" de esas transacciones que hubieran revelado su ilegalidad o impropiedad, como el verdadero propósito de pagos particulares a agentes, distribuidores o clientes.

Ciertamente, es importante cumplir con la disposición de mantenimiento de registros de la ley en la medida en que prohíbe la omisión deliberada de registrar transacciones o la falsificación de registros comerciales, una recomendación para las empresas es efectuar los libros y registros para de esta forma estar preparados en caso de alguna investigación.

Sin embargo, pueden surgir cuestiones de cumplimiento en relación con el requisito que la SEC podría en algunas situaciones interpretar en el acto, para resolver estas cuestiones con confianza, será necesario centrarse en los tipos de transacciones que han causado problemas en el pasado y que la SEC insistirá en que se documenten de forma precisa y justa en el futuro:

- a) Contribuciones políticas, lícitas o no.

- b) Pagos a funcionarios gubernamentales.
- c) Sobornos comerciales o comisiones ilegales.
- d) Reembolsos a clientes que son ilegales o cuestionablemente ilegales.
- e) Violaciones de las leyes que regulan el alcohol, el tabaco, las drogas, los estupefacientes o las armas de fuego.
- f) Violaciones de las leyes aduaneras o de control de divisas.
- g) Violaciones de otras leyes o regulaciones.
- h) Fraude del impuesto sobre la renta.
- i) Negociación propia por parte de personas con información privilegiada o sus afiliados.
- j) Transacciones en las que el propósito principal parece ser la manipulación de ventas, ganancias u otros datos financieros.

Con respecto a la manipulación de datos financieros, se puede esperar que la SEC esté particularmente interesada en que los registros reflejen todos los hechos relacionados con transacciones y ajustes especiales al final de un trimestre fiscal. Obviamente, las transacciones especiales incluirían adquisiciones y enajenaciones de activos y la contabilización de elementos con mucha significación a la fecha en que habitualmente se contabilizarán. Los ajustes especiales incluirían ajustes significativamente fuera de línea con los realizados en trimestres anteriores y los que aparentemente se hicieron principalmente para "administrar" las ganancias.

Lo esencial, en cualquier caso, es que la documentación no solo registre correctamente los hechos financieros de la transacción en sí, sino que también registre cualquier otra información que pueda ser necesaria para llamar la atención del revisor sobre cualquier posible ilegalidad o impropiedad.¹⁷

Si se determina que las empresas están violando las leyes de valores, la SEC puede recomendar una investigación federal sobre sus actividades, antes de iniciar un proceso judicial a través de su división de Cumplimiento.

¹⁷ Hurd Baruch. **The Foreign Corrupt Practices Act**. Harvard Business Review. Enero 1979. Disponible en línea: <https://hbr.org/1979/01/the-foreign-corrupt-practices-act>

Cada año, la SEC presenta cientos de acciones de ejecución contra empresas e individuos que violan las leyes de valores. Más allá de monitorear las actividades sospechosas, para recomendar investigaciones y procesamientos, la SEC obtiene una cantidad sustancial de información de los propios inversionistas. Para ello, trabaja para mantener informado al público y mantiene la base de datos EDGAR que los inversores pueden utilizar para acceder a información sobre las sociedades de valores con las que están tratando.

C. RESPONSABILIDAD DE LAS
PERSONAS MORALES,
JURISDICCIÓN, PROHIBICIONES,
Y RIESGOS BAJO LA FCPA.

Una empresa, como sus líderes y asesores legales deben tener un conocimiento claro de las prácticas prohibidas por la FCPA y otras leyes aplicables, así como de las regulaciones en la materia de los EE. UU. Los gerentes que dirigen la empresa deben ser capaces de reconocer las "señales de alerta", circunstancias bajo las cuales el riesgo de prácticas corruptas es alto y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley esperan que las empresas estén particularmente atentas.

La primera cuestión para las empresas es ¿quién está cubierto por la FCPA? Las disposiciones contra el soborno de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) se aplican a "Preocupaciones nacionales" (*Domestic concerns*), es decir, todas las empresas constituidas en los Estados Unidos, toda empresa extranjera o nacional que tenga su sede principal de negocios en los Estados Unidos, y a personas que son ciudadanos, nacionales o residentes de EE. UU.

Los "emisores" y las "preocupaciones nacionales" (*Domestic concerns*) de EE. UU deben obedecer la FCPA, incluso cuando actúan fuera del país. Un "emisor" es cualquier empresa que tiene valores registrados en los Estados Unidos o que está obligada a presentar informes periódicos ante la SEC.

La categoría de "preocupaciones nacionales" (*Domestic concerns*) también incluye cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad anónima, fideicomiso comercial,

organización no incorporada o propiedad única con su sede principal de negocios en los Estados Unidos u organizada bajo las leyes de un estado de los Estados Unidos, además puede ser un individuo residente legal o ciudadano de EE. UU, esto le da a la ley un amplio alcance.

Las disposiciones contra el soborno de la FCPA también se aplican a las firmas e individuos extranjeros que causen, directamente o por medio de agentes, “un acto de fomento de un pago corrupto que se lleve a cabo dentro del territorio del país Estados Unidos.”

En consecuencia, las corporaciones y ciudadanos estadounidenses pueden ser considerados responsables de los sobornos pagados a funcionarios extranjeros, incluso si no se toman acciones o decisiones dentro de los Estados Unidos.

En los últimos años, las autoridades policiales estadounidenses han acusado y procesado a varias empresas extranjeras por sobornar a funcionarios no estadounidenses. El DOJ interpreta que la FCPA confiere jurisdicción siempre que una empresa o nacional extranjero haga que una persona que actúe como agente de esa empresa o nacional realizando un acto dentro del territorio de los Estados Unidos.

Por consiguiente, ahora que una empresa puede determinar si le aplica la FCPA, es de suma importancia exponer las prohibiciones, elementos, riesgos y las maneras en que las empresas pueden mitigar los mismos para evitar una investigación y posible enjuiciamiento.

Por ende, se estipula que una violación de la FCPA consiste en cinco elementos, es decir, una persona u organización es culpable de violar la ley si el gobierno puede probar la existencia de:

I. Un pago, oferta, autorización o promesa de pagar dinero o cualquier cosa de valor a un funcionario de un gobierno extranjero (incluido un funcionario de un partido o gerente de una empresa estatal), o a cualquier otra persona, sabiendo que el pago o la promesa se transferirá a un funcionario extranjero con un motivo corrupto con el propósito de:

- a) Influir en cualquier acto o decisión de esa persona.
- b) Inducir a dicha persona a realizar u omitir cualquier acción en violación de su deber legal.
- c) Asegurar una ventaja indebida, o;

d) Inducir a dicha persona utilizar su influencia para afectar un acto o decisión oficial con el fin de ayudar a obtener o retener negocios para o con, o dirigir cualquier negocio a cualquier persona.

Para constituir una violación de la FCPA, un pago o promesa de pago debe tener como objetivo hacer que un funcionario tome una acción o una decisión que beneficie los intereses comerciales de quien da el pago. Hay que tomar en cuenta que el negocio para ser "obtenido o retenido" por el pago corrupto no necesita ser con el gobierno o una entidad de propiedad del gobierno. Por el contrario, se infringe la FCPA si se realiza un pago corrupto para facilitar de manera inapropiada la obtención o retención de negocios con un tercero.

Según los términos de la FCPA, no es necesario pagar un soborno para violar la ley. Más bien, la FCPA prohíbe la oferta, autorización o promesa de realizar un pago corrupto además del pago real. El estatuto no contiene ningún umbral monetario; incluso los sobornos más pequeños están prohibidos.

La FCPA como mencionamos prohíbe los pagos realizados con un motivo "corrupto". La historia legislativa del estatuto describe esto como un *"motivo o propósito maligno, una intención de influir injustamente en el destinatario"*. La Corte Suprema reforzó recientemente la noción de que una prohibición penal contra la conducta "corrupta" requiere una conciencia de irregularidad, aunque la Corte se negó a proporcionar una definición completa del término legal, se menciona que los errores verdaderamente inocentes no son ilegales.^[1]

Las definiciones de "pago" y "funcionario extranjero" son lo suficientemente amplias como para abarcar prácticamente cualquier beneficio conferido a alguien que esté en condiciones de afectar las relaciones comerciales de una persona con un gobierno extranjero. Asimismo, el DOJ ha adoptado la posición de que los empleados de una empresa estatal o una empresa propiedad del gobierno son considerados "funcionarios extranjeros" a los efectos de la FCPA.

La FCPA prohíbe no solo los sobornos pagados directamente por una empresa a un funcionario extranjero, sino también los sobornos pagados indirectamente a través de terceros intermediarios. De hecho, la gran mayoría de las acciones de aplicación de la FCPA han involucrado, de alguna manera, conducta indebida por parte de terceros que actúan en nombre de las empresas.

Por lo tanto, los terceros que realicen trabajos en nombre de la empresa deben de pasar por un procedimiento de debida diligencia (*Due Diligence*) y se debe aplicar un lenguaje antisoborno y anticorrupción, e incorporarse en los contratos, como al igual proporcionar y devolver una carta de reconocimiento de la FCPA.

Las terceras partes que plantean un mayor riesgo deben estar sujetas a una debida diligencia (*Due Diligence*) más intensiva y, además, deben completar un cuestionario de la FCPA, proporcionar certificaciones periódicas y, en algunos casos, aceptar realizar formación (entrenamiento) de anticorrupción.¹⁸

Es importante destacar que las empresas deben mantener archivos de debida diligencia (*Due Diligence*) sobre terceros intermediarios, que deben ser revisados y actualizados periódicamente para garantizar el cumplimiento de la FCPA. El grado de investigación de antecedentes por parte de terceros dependerá de los servicios prestados, la cantidad de interacción con el gobierno y las jurisdicciones en las que operará el tercero. Por otra parte, los contratos de adquisiciones gubernamentales que involucren pagos a gobiernos extranjeros o subdivisiones son otro tema común de las acciones de aplicación de la FCPA dado que puede dar lugar a conductas corruptas escondidas detrás de la naturaleza del contrato.

Se menciona que el riesgo de corrupción es alto por tres razones. Primero, los contratos gubernamentales a menudo involucran proyectos costosos, como la construcción de infraestructura, la mejora agrícola, desarrollo de redes informáticas, suministro de servicios de salud o extracción de minerales. Segundo, los funcionarios extranjeros usualmente tienen cierta discreción para otorgar tales contactos. En tercer lugar, las empresas suelen tener extensas interacciones con esos funcionarios extranjeros a lo largo del proceso de contratación. Cualquier pago que se haga en apoyo de una oferta para ganar un contrato gubernamental, o para mantener dicho contrato, deben ser examinados cuidadosamente para verificar el cumplimiento de las disposiciones contra el soborno de la FCPA.

Inclusive, los casos de FCPA más importantes por monto de a involucran casi invariablemente contratos de adquisiciones gubernamentales, como mencionamos anteriormente los emisores pueden llevar a cabo conductas corruptas que abarcan desde sobornos pagados para

¹⁸ Colwell, Gabriel. **Practical Guidance on How to Conduct FCPA Due Diligence**. 4 de junio del 2012. Disponible en línea: The Anticorruption Blog < <https://www.anticorruptionblog.com/foreign-corrupt-practices-act/practical-guidance-on-how-to-conduct-fcpa-due-diligence/>> (Consulta 19 de oct del 2021)

influir en el establecimiento de los términos de la licitación, la visualización de las ofertas confidenciales de la competencia, la contratación de consultores como un medio para facilitar pagos de sobornos, hasta intentos más sencillos de influir en los tomadores de decisiones a través de pagos en efectivo.

En otro punto, los gobiernos a veces requieren que las empresas paguen tarifas, evaluaciones, cargos e impuestos por una gran cantidad de razones legítimas relacionadas con la administración de servicios gubernamentales, ya sea para obtener licitaciones, paquetes, servicios públicos seguros, obtener licencias y certificaciones reglamentarias, importar o exportar productos o procesar y presentar formularios de registro comercial.

Sin embargo, el pago de tales tarifas crea un entorno propicio para el soborno, ya que los sobornos caracterizados incorrectamente como tarifas (y los sobornos pagados para evitar tales tarifas) son relativamente características comunes de las acciones de cumplimiento de la FCPA.

Antes de pagar las tarifas, las empresas deben confirmar tanto que:

- a) La tarifa está autorizada por el gobierno agencia y pagado y;
- b) La solicitud de tarifa sea la cantidad adecuada.
- c) El monto de la tarifa debe estar acorde a la legislación local, ya sea federal o estatal.

En la medida de lo posible, las empresas deben documentar la autorización de la tarifa, ya sea una regla o reglamento de la agencia, un estatuto, ordenanza u otra orden gubernamental.

Además, las empresas deben realizar pagos directamente a organismos, departamentos o agencias gubernamentales, y no a funcionarios extranjeros individuales. Los pagos en efectivo deben evitarse, o en la medida que se realicen, deben solicitarse recibos. Todas las tarifas deben registrarse correctamente en los libros y registros de la empresa.¹⁹

Por otra parte, los beneficios no monetarios, incluidos los viajes y el entretenimiento, se encuentran dentro de la definición de la FCPA ¿Por qué las comidas y el entretenimiento pueden ser riesgos bajo la FCPA? La FCPA no prohíbe a una empresa pagar las comidas y otros entretenimientos de extranjeros funcionarios siempre que sean razonables, y estén directamente

¹⁹ FOLEY Global Risk Solutions. **FCPA Frequent Asked Questions**. Disponible en línea: https://www.allianceforintegrity.org/es/users/service-desk/Assets/pdf/en/FCPA_FAQs-English-Version-4849-9832-4020-v.1.pdf (Consulta 19 de oct del 2021)

relacionados con un propósito legítimo, y no provisto con el fin de influir indebidamente en los funcionarios extranjeros.

Sin embargo, desde la perspectiva de los reguladores de la FCPA, el entretenimiento "excesivo" pudiera mostrar una intención de corromper o influir en un funcionario extranjero. Si bien la FCPA en sí misma no establece una regla clara para lo que se entiende por "razonable", la Guía de la FCPA publicada por la SEC y el DOJ incluye varios ejemplos de lo que no es, como, por ejemplo:

- a) \$10,000 gastados en cenas, bebidas y entretenimiento para un funcionario del gobierno;
- b) Viajes de negocios que consisten principalmente en visitas turísticas y "dinero de bolsillo" para funcionarios extranjeros y;
- c) Reunión de negocios que consiste principalmente en actividades turísticas para un funcionario extranjero y su esposa.

El nivel de entretenimiento debe estar de acuerdo con los estándares comerciales generalmente aceptados. Con este fin, muchas empresas han desarrollado políticas que abordan el suministro de obsequios, comidas y entretenimiento. Estas políticas deben ser consultadas, ya que pueden establecer límites monetarios específicos para entretenimiento o cantidades a las que se pueda requerir una aprobación adicional.

Además de establecer límites razonables al entretenimiento, las empresas también deben considerar estas prácticas:

- a) Las actividades comerciales deben predominar sobre el entretenimiento y se deben preparar itinerarios describiendo los eventos de negocios asociados con el entretenimiento.
- b) El personal de la empresa debe estar presente para respaldar la justificación comercial de la construcción de relaciones.
- c) La empresa debe determinar el entretenimiento y pagarlo directamente (un vendedor que ofrece proporcionar entretenimiento "por su cuenta" no protege a la empresa de la responsabilidad de la FCPA).

- d) La empresa no debe reembolsar a funcionarios extranjeros por "actividades personales" o entretenimiento que pueden optar por participar durante la visita.
- e) No se debe usar "dinero de bolsillo", gastar dinero en efectivo para souvenirs, viáticos u otro equivalente en efectivo previsto.
- f) Las actividades de entretenimiento deben limitarse solo a aquellas personas que tienen un negocio legítimo para asistir; la empresa no debe pagar ni reembolsar gastos de cónyuges, familiares miembros u otros amigos que no estén directamente involucrados en la relación comercial.
- g) La empresa debe registrar todos los gastos de entretenimiento con precisión.

Por último, la empresa debe estar segura de que no hay “quid pro quo” de por medio. Si el entretenimiento pretende ser un incentivo para obtener o retener negocios o para influir en una decisión del funcionario extranjero, o para recompensar favores pasados, entonces el entretenimiento no debe proporcionarse.

En algunas circunstancias, puede ser apropiado que una empresa realice acciones razonables y de buena fe. Gastos de viaje y alojamiento de un funcionario extranjero si estos gastos están directamente relacionados con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de la empresa o de la negociación, ejecución o realización de un contrato.

Sin embargo, la provisión de viajes y alojamiento a funcionarios extranjeros deben ser monitoreados de cerca, ya que numerosas acciones de ejecución recientes han alegado que las empresas han destinado a influir indebidamente en funcionarios extranjeros a través de viajes lujosos o no relacionados con el negocio.

Una empresa que planea pagar el viaje y el alojamiento de un funcionario extranjero puede tomar medidas para ayudar a mitigar el riesgo, como:

- a) Documentar claramente el propósito comercial del viaje y preparar un itinerario que detalle los negocios, reuniones y otras actividades. Los "viajes paralelos", como a Disney World o Las Vegas, nunca deben pagarse por la empresa o sus agentes.
- b) Informar al gobierno o empresa pública del viaje de negocios y confirmar que el viaje está permitido según las leyes.

- c) Los viajes y el alojamiento deben ser razonables, consistentes y coherentes con cualquier empresa interna, políticas de viaje (por ejemplo, clase turista para vuelos nacionales; clase ejecutiva para vuelos internacionales).
- d) Es preferible que la empresa no elija qué funcionarios extranjeros deben realizar el viaje de negocios, más bien, los funcionarios extranjeros deben ser seleccionados por la agencia gubernamental o la empresa.
- e) La empresa solo debe pagar a los funcionarios extranjeros seleccionados para asistir (y que tienen un motivo relacionado al negocio para asistir), y no pagar por los cónyuges, parientes u otros invitados que puedan estar acompañando al funcionario extranjero.
- f) La empresa debe pagar a los proveedores de servicios (por ejemplo, aerolíneas, hoteles, restaurantes) directamente, en lugar de reembolsar a funcionarios extranjeros.
- g) Nunca se debe proporcionar efectivo (es decir, gastos en efectivo).²⁰

Como siempre, la empresa debe registrar con precisión todos los gastos asociados con el viaje de negocios y cualesquiera otras cortesías comerciales proporcionadas a funcionarios extranjeros.

En suma, a los riesgos que pueden emanar, las donaciones caritativas entran dentro de la definición amplia de "cosas de valor" que, si se proporcionan para el propósito de influir en un funcionario extranjero, podría resultar en una acción de incumplimiento de la FCPA. Sin duda, la FCPA no prohíbe las donaciones caritativas a organizaciones extranjeras. La guía de la FCPA reconoce la importancia de la buena ciudadanía y las contribuciones corporativas a las comunidades en las que operan las empresas. Sin embargo, las contribuciones caritativas deben ser examinadas de cerca y posteriormente monitoreadas, ya que el DOJ y la SEC han identificado una tendencia emergente de donaciones caritativas que están siendo utilizadas por empresas como un medio para canalizar sobornos a funcionarios extranjeros.

A este riesgo se suma que muchas empresas pueden encontrarse con presiones políticas o comerciales, especialmente en regiones con desafíos económicos, para contribuir a los esfuerzos

²⁰ FOLEY Global Risk Solutions. **FCPA Frequent Asked Questions**. Disponible en línea: https://www.allianceforintegrity.org/es/users/service-desk/Assets/pdf/en/FCPA_FAQs-English-Version-4849-9832-4020-v.1.pdf (Consulta 19 de oct del 2021)

de desarrollo local. Por ejemplo, los funcionarios locales le pedirán a la empresa que construya una escuela utilizando ciertos proveedores o constructores, o se le puede pedir que contribuya a un fondo o proyecto de mejora comunitaria organizado o supervisado por funcionarios locales.

La preocupación de los reguladores estadounidenses en este tipo de situaciones es que la donación se pueda hacer como “quid pro quo” profesional para otorgar licencias, obtener servicios públicos o, de manera más general, obtener apoyo comercial de los funcionarios locales.

Las empresas deben evaluar cuidadosamente las posibles donaciones caritativas a entidades extranjeras por riesgo de FCPA, incluyendo formular varias preguntas clave como:

- a)Cuál es el propósito de la contribución
- b) Si la donación fue solicitada por un funcionario extranjero
- c) Es un funcionario extranjero con quien la empresa pueda tener un negocio pendiente asociado con la organización benéfica receptora
- d) Se han impuesto condiciones o requisitos a la donación
- e) Existe alguna expectativa de un quid pro quo por hacer la donación

El propósito de la donación, el proceso de debida diligencia y los hallazgos, y el pago en sí deben ser completamente documentados.

En relación con ello, las contribuciones políticas, ya sea que se realicen como pagos directos, en especie o como gastos para apoyar a un candidato. Por ejemplo, un evento de recaudación de fondos es una actividad de alto riesgo desde la perspectiva de la FCPA.

A menudo existe la percepción de que las contribuciones se realizan con alguna expectativa de un “quid pro quo” dado que son realizadas por empresas con el propósito de apoyar a una causa o resultado político que beneficiaría a la empresa.

Además, la provisión de contribuciones políticas por parte de entidades extranjeras es una actividad altamente regulada en muchos países y, de hecho, puede estar totalmente prohibida por las leyes locales. También por esta razón, las empresas deberían ser extremadamente cautelosas y buscar asesoría legal al decidir si involucrarse en asuntos extranjeros políticos. Como ocurre

con todos los gastos, las contribuciones políticas deben documentarse de manera completa y precisa.

Otro punto relativo a los reguladores de la FCPA es que se han intensificado las decisiones de empleo de la empresa, específicamente, la contratación de familiares o amigos de funcionarios extranjeros para trabajos o pasantías. La preocupación aquí es que las empresas no contratan en función del mérito o necesidad, sino que contratan a amigos o familiares como un "favor" a un funcionario extranjero o para influir o recompensar a un funcionario del gobierno.

Algunos ejemplos de banderas rojas de contratación incluyen:

- a) Trabajo creado específicamente para el solicitante;
- b) Solicitante contratado sin pasar por los procedimientos de contratación estándar
- c) El solicitante carece de las habilidades, experiencia o educación para el puesto;
- d) El salario del solicitante no es proporcional al de otros empleados con similar habilidades, experiencia o educación;
- e) Contratación de trabajo o pasantía solicitada por funcionario extranjero;
- f) Trabajo o pasantía en el área de negocios en la que el funcionario extranjero tiene alguna supervisión o autoridad;
- g) Empleo creado a pesar de cualquier necesidad comercial percibida; y
- h) El solicitante recibiría (o recibirá) beneficios adicionales que no proporcionado a otros empleados.

Incluso en situaciones en las que una empresa toma la decisión de buena fe de contratar a un amigo o familiar de un extranjero funcionario basado en el mérito, la empresa debe revisar periódicamente la relación laboral para garantizar que el nuevo empleado no recibió un trato favorecido o beneficios que no se proporcionaron a otros de manera similar a empleados situados.

E. HERRAMIENTAS DE MITIGACIÓN DE RIESGO

Una solución para mitigar los riesgos mencionados anteriormente es la implementación de un programa de cumplimiento en materia anticorrupción eficaz que puede beneficiar a las empresas desde el punto de vista económico y social con relación a la reputación que planean lograr en el mercado, y puede ayudar a las empresas a aprovechar las oportunidades de expansión comercial.

Si se redacta e implementa adecuadamente, un programa de cumplimiento servirá como una herramienta invaluable contra la corrupción, promoverá la conducta ética dentro de la empresa, reducirá los costos económicos, reputacionales y sociales de la corrupción y fomentará la expansión comercial a nivel nacional y mundial.

Con el conocimiento y compromiso relativo a las prácticas comerciales éticas, una empresa pudiera estar en una mejor situación implementando un programa de cumplimiento efectivo para evitar las trampas de la corrupción internacional. Debido al riesgo de enjuiciamiento federal, las empresas que hacen negocios con entidades extranjeras se recomienda ejecutar un programa de cumplimiento diseñado específicamente para prevenir, detectar y permitir una respuesta adecuada a las transacciones que pueden entrar en conflicto con la FCPA.

Además de ayudar a prevenir y remediar las violaciones de la FCPA, la adopción de un programa de cumplimiento sólido también demuestra la intención de seguir la ley y puede crear una visión positiva de su empresa a los ojos de las autoridades federales.

La implementación de un programa efectivo de cumplimiento sirve para varios propósitos importantes como mitigar el riesgo de que sus empleados se involucren en prácticas corruptas, desalentar la conducta corrupta de otras entidades y demostrar a las autoridades federales que están comprometidas con el cumplimiento de la ley al igual que tener la herramienta de prueba en caso de un proceso judicial.

Como mencionamos, las empresas que tienen negocios con entidades extranjeras necesitan adoptar un programa de cumplimiento, la FCPA es una herramienta invaluable en la lucha del gobierno federal contra la corrupción extranjera. Dicha ley es una pieza legislativa masiva que está diseñada para permitir que el DOJ y la SEC combatan de manera efectiva la corrupción y el soborno que involucran a funcionarios extranjeros. En última instancia, la aplicación de la FCPA tiene como objetivo eliminar los costos de la corrupción extranjera para los Estados Unidos.

Por lo tanto, un programa de cumplimiento eficaz y sólido promueve estos objetivos al mismo tiempo que protege a las empresas y las personas contra la responsabilidad civil y el enjuiciamiento penal, para determinar los riesgos de corrupción que pueda tener la empresa. Las empresas que cuentan con políticas integrales contra el soborno y la corrupción envían un fuerte mensaje a otras empresas y funcionarios extranjeros de que están comprometidas a ayudar en la lucha del gobierno federal contra la corrupción.

El cumplimiento de las leyes anticorrupción promueve la moral positiva entre el personal de la empresa que siente el orgullo de trabajar para una empresa comprometida con la transparencia y la conducta ética. Es menos probable que los funcionarios extranjeros soliciten sobornos a empresas que promueven un entorno empresarial anticorrupción a través de sus políticas y procedimientos de cumplimiento.

La FCPA permite a las empresas desarrollar fuertes controles internos y evitar un incidente resbaladizo hacia una cultura poco ética. Es probable que las empresas que utilizan regularmente sobornos en sus operaciones comerciales eventualmente encuentren múltiples problemas, tanto en los EE. UU., como en el extranjero.

Una vez que un funcionario extranjero sabe que una empresa está dispuesta a pagar sobornos, ese funcionario extranjero solicitará cantidades mayores de soborno. Para continuar con las operaciones comerciales en la jurisdicción pertinente, el personal de la empresa puede seguir aceptando los términos del funcionario extranjero y pagar sobornos mayores.

Como efecto, si no se controlan, las prácticas corruptas pueden volverse tan frecuentes que crean una enorme exposición de responsabilidad para la empresa. Mantener un enfoque en el cumplimiento de la FCPA permite a las empresas desarrollar controles internos efectivos que promueven la eficiencia en sus operaciones comerciales.

La FCPA reduce los costos sociales de la corrupción. La corrupción aumenta los costos para la sociedad. Esto incluye los costos políticos, sociales, económicos y gubernamentales que resultan de una conducta empresarial poco ética. Al adoptar y hacer cumplir sólidos programas de cumplimiento de la FCPA, las empresas pueden ayudar a reducir estos costos.

La FCPA reduce los costos comerciales internos de la corrupción. El éxito empresarial depende de la certeza, la previsibilidad y la responsabilidad. Un entorno donde la corrupción es

desenfrenada cuesta a las empresas tiempo y dinero, y puede provocar interrupciones en la continuidad de sus operaciones comerciales. El cumplimiento de la FCPA infunde previsibilidad en las inversiones, transacciones comerciales y tratos con funcionarios extranjeros.

La corrupción y el soborno crean un entorno empresarial injusto. Es más probable que las empresas tengan éxito en un entorno que enfatiza la competencia leal y en el que todos los competidores venden sus productos y servicios en función de la diferenciación, los precios y la eficiencia.

La corrupción y el soborno permiten resultados injustos en el mercado. Por ejemplo, las empresas que utilizan sobornos pueden lograr mayores ventas y una mayor participación de mercado a pesar de ofrecer un producto inferior a un precio no competitivo.

E. SANCIONES.

Las sanciones bajo la FCPA fomentan el cumplimiento y los informes precisos. Las sanciones impuestas en virtud de la FCPA incentivan la divulgación y el informe de infracciones legales. Estas sanciones incluyen multas, encarcelamiento, restitución, e inhabilitación.

Una persona o entidad cubierta que infrinja la FCPA puede estar sujeta a cargos penales por parte del DOJ, lo que podría resultar en encarcelamiento o una multa, además de sanciones por parte de la SEC de hasta \$500,000 o la cantidad por la cual la entidad se benefició del delito

Asimismo, los denunciantes pueden recibir entre el 10% y el 30% de los montos que el gobierno federal recupera en los litigios de cumplimiento de la FCPA, y esto proporciona un fuerte incentivo para denunciar también las infracciones.

El riesgo de sanciones importantes es un factor que las empresas deben considerar al decidir cuánto tiempo, esfuerzo y dinero invertir en la construcción de un programa de cumplimiento de la FCPA. Las leyes anticorrupción fomentan la expansión y la estabilidad empresarial tanto a nivel nacional como mundial.

Para las empresas que planean expandirse a nivel nacional o internacional, el éxito depende de la existencia de un entorno competitivo en el que las empresas compitan de manera justa en función de la diferenciación de productos, el precio y otros factores del mercado.

La competencia justa y las oportunidades de crecimiento se ven obstaculizadas cuando los competidores pueden simplemente sobornar para abrirse camino hacia el éxito. Por lo tanto, la aplicación de la FCPA es esencial para mantener una competencia leal y justa.

Las investigaciones del Departamento de Justicia y la SEC pueden interrumpir gravemente los esfuerzos para mantener la estabilidad y la previsibilidad, y pueden provocar un daño financiero y de reputación significativo.

Por lo tanto, considerando los puntos mencionados, es de gran importancia que los líderes de la empresa consideren implementar los mecanismos necesarios para prevenir llegar a una multa, sanción o encarcelamiento, de la misma manera contratar asesores legales con experiencia para brindar asesoramiento y representación con respecto al cumplimiento de la FCPA para proteger a su empresa y a sus propietarios, ejecutivos y personal contra el enjuiciamiento civil o penal.²¹

²¹ Dr. Nick Oberheiden. **10 Reasons Why FCPA Compliance Is Critically Important for Businesses**. The National Law Review. Julio 24, 2020. Disponible en línea: <https://www.natlawreview.com/article/10-reasons-why-fcpa-compliance-critically-important-businesses> (Consulta 19 de oct del 2021)

Capítulo III

COMPARACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA CON LA LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS

En el presente capítulo efectuaremos una comparación entre la Legislación Mexicana, el Sistema Nacional Anticorrupción, y el FCPA, con el propósito de analizar ambas legislaciones observando la manera en que opera la FCPA, los mecanismos con los que cuentan, las facultades y obligaciones de las autoridades que intervienen y la mitigación de riesgo que recomiendan como a su vez las sanciones que se pueden llegar a efectuar.

Esto, para poder determinar las áreas de oportunidad que tiene la legislación de México en cuestión de principios, mecanismos, lineamientos y funcionamiento en general para utilizar como base o aplicar los mismos en nuestra legislación para obtener un mayor control y rigidez en la misma.

A. MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Los mecanismos de fiscalización, las prácticas contables y la rendición de cuentas son aspectos básicos e importantes en el manejo de cualquier empresa dado que mediante ellos se observan las “señales de alerta” más visibles para las autoridades como las áreas vulnerables de cada corporación.

En la legislación mexicana, el Sistema Nacional de Fiscalización es una línea de acción que contempla las prácticas, ejecución y procedimientos, resultados de auditorías, entre más cosas. La legislación mexicana se forma por cuatro comités, todos con facultades y obligaciones con el fin de llevar a cabo una coherencia y orden en el mismo Sistema:

- a) El Comité Coordinador;
- b) El Comité de Participación Ciudadana;
- c) El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, y;
- d) Los Sistemas Locales Anticorrupción de cada entidad federativa

Su organización se basa en cuatro grupos denominados como líneas de acción cuyos tienen diferentes funciones y facultades con el fin de presentarse como un único cuerpo normativo-operativo en materia de auditoría gubernamental, así como el involucramiento del Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización.

El primer grupo es la visión estratégica aplica acciones y mecanismos de coordinación para la coherencia del control interno en las entidades federativas apoyada por varias autoridades como la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las Entidades de Fiscalización Superiores Locales y las Secretarías o Instancias homólogas con facultad de participación en los mismos.

El segundo grupo son las Normas Profesionales de la Auditoría del Sistema Nacional de Fiscalización en donde se estipula que es una auditoría interna y externa, los tipos de auditoría, la finalidad de la labor fiscalizadora, la fiscalización previa y posterior. Se investiga, supervisa y revisa los informes de rendición de cuentas que se entregan.

Relativo al mismo punto, los Organismos Auditores actúan con un carácter autónomo con el fin de respaldar al organismo fiscalizador, como las facultades y atribuciones de los organismos fiscalizadores y a su vez provee la información al público. Por último, los órganos internos de Control y las Entidades Superiores apoyan el sistema contemplando los alcances, atribuciones y objetivos que expone el sistema.

El mismo Sistema implementó un sistema electrónico (La Plataforma Digital Nacional del Sistema Nacional) con el fin de ampliar la cobertura e impacto de la fiscalización de los recursos federales y locales, en donde los integrantes del Sistema incorporarán la información creando coordinación entre las autoridades y facilitando la comunicación al Comité Coordinador sobre cualquier avance ya sea en materia federal, local o municipal.

Los temas que versan en la Plataforma Digital Nacional son de evolución patrimonial, declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal, de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas, de servidores públicos y particulares sancionados, de la información y comunicación del Sistema Nacional Anticorrupción y del Sistema Nacional de Fiscalización, de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción y de información pública de contrataciones.

Es obligación de las entidades de fiscalización superior y los órganos internos de control de los Entes públicos presentar un informe detallado del porcentaje de los procedimientos

iniciados que finalizan con una sanción firme y a cuánto ascienden, y de la misma manera, las indemnizaciones efectivamente cobradas durante el periodo del informe el cual debe ser verificado y aprobado por el Comité Rector.

Ahora bien, estableceremos la organización que estipula la legislación de Estados Unidos en cuestión de los mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas, la SEC, autoridad responsable que determina el cumplimiento de las prácticas contables y rendición de cuentas de las empresas.

Está dividido en cinco grupos cuyos tienen distintas facultades:

- a) Finanzas Corporativas
- b) Comercio y Mercados
- c) Gestión de Inversiones
- d) Cumplimiento
- e) Análisis Económico y de Riesgos

Se efectuó una guía (Resource Guide) para la FCPA por el DOJ y la SEC determinando los lineamientos que una empresa debe de seguir para obtener transparencia en las finanzas de su empresa. Las empresas deben mantener una secretaría corporativa (libros), registros y controles internos adecuados con relación a sus finanzas.

En dicha guía, se estipulan las transacciones que se insisten en que se documenten con precisión siendo:

- a) Contribuciones políticas, lícitas o no.
- b) Pagos a funcionarios gubernamentales.
- c) Sobornos comerciales o comisiones ilegales.
- d) Reembolsos a clientes que son ilegales o cuestionablemente ilegales.
- e) Violaciones de las leyes que regulan el alcohol, el tabaco, las drogas, los estupefacientes o las armas de fuego.
- f) Violaciones de las leyes aduaneras o de control de divisas.
- g) Violaciones de otras leyes o regulaciones.
- h) Fraude del impuesto sobre la renta.

- i) Negociación propia por parte de personas con información privilegiada o sus afiliados.
- j) Transacciones en las que el propósito principal parece ser la manipulación de ventas, ganancias u otros datos financieros.

Relativo a lo anterior, verifican los que los registros reflejen todos los hechos relacionados con transacciones especiales (adquisiciones y enajenaciones de activos) y ajustes especiales al final de un trimestre fiscal, con el fin de comprobar las ganancias. De hecho, se pide que también se documente o registre cualquier otra información necesaria que pueda llamar la atención del revisor.

La primera diferencia que se observa entre ambas legislaciones es en torno a la organización. En el Sistema de Fiscalización el Comité Rector es el encargado y facultado de diseñar, aprobar y promover las políticas integrales de la materia. Hay cuatro grupos que se dividen facultades y obligaciones que varían entre los informes públicos para los ciudadanos hasta las auditorías que se llevan a cabo en los tres niveles gubernamentales.

Mientras que, en los Estados Unidos, en materia anticorrupción, la SEC es la autoridad que verifica el cumplimiento de las prácticas contables bajo la normativa del FCPA apoyándose en 5 divisiones de esta. Como observamos dicha autoridad vela por los intereses de los inversionistas y esta involucrada en la FCPA corroborando que las empresas cumplan con los lineamientos.

Opinamos que dos de las divisiones que componen el ordenamiento de la SEC podrían ayudar a México tener un balance y una organización más eficiente, dado que se enfocan en la protección de las empresas e inversionistas, y no solo exclusivamente en las autoridades gubernamentales y funcionarios públicos.

Una de las obligaciones de la División de Finanzas Corporativa es informar a los inversionistas de las empresas sobre la situación financiera y sus operaciones comerciales con el fin de ofrecerle al público un valor evaluado de sus acciones para la toma de decisión sobre futuras inversiones, igualmente para comprobar su cumplimiento en torno a sus obligaciones de divulgación.

En la legislación mexicana contamos con un grupo denominado el Control Interno que tiene la facultad de realizar auditorías, rendición de cuentas y transparencia en el gobierno.

Opinamos que dicho grupo debe añadir esta facultad de llevar a cabo estos principios y mecanismos que tiene la División de Finanzas Corporativa con el fin de verificar el cumplimiento de las empresas en cuestiones financieras como de tal manera publicar un informe a la ciudadanía con los resultados de las empresas, indirectamente apoyando a los inversionistas a tener un panorama informativo

Proponemos que el grupo de las Normas Profesionales de la Auditoría del Sistema Nacional de Fiscalización apoye al Control Interno dado que ellos efectúan la auditoría de la labor fiscalizadora, publican los informes de esta e investigan y supervisan los resultados, están familiarizados con dichos elementos, la diferencia remarca en que las personas sujetas a ellos son las empresas y el informe igualmente sería para ellas.

El beneficio sería que las empresas comprueben el cumplimiento regulatorio que estipulan las legislaciones y a su vez llamen la atención de potenciales inversionistas nacionales o internacionales manteniendo una postura transparente en el mercado.

La División de Gestión de Inversionistas es otro grupo que se enfoca en proteger a los inversionistas y regula la Comisión de compañías de inversión, productos de seguros variables y asesores de inversiones registrados a nivel federal como compañías de desarrollo comercial, elaborando normas y análisis de riesgos.

En la legislación de México no se contempla la protección a los inversionistas en relación al Sistema Nacional Anticorrupción, enfocándose en los funcionarios públicos, la única manera en que los inversionistas tendrían una protección sería imponiendo una secretaría corporativa y controles internos rígidos en donde ellos pudieran estar al tanto de cualquier inquietud, a pesar de contar con mecanismos de protección en la materia bursátil, quedan totalmente expuestos y en riesgo bajo el Sistema Nacional Anticorrupción.

Otra diferencia es en torno a las transacciones. Tenemos el conocimiento que cada transacción se debe registrar en su libro corporativo correspondiente, sin embargo, la legislación mexicana no estipula específicamente el contenido de este, es por ello por lo que propongo la iniciativa de elaborar una guía o manual donde se establezcan los puntos más vulnerables en la que una empresa pueda correr algún riesgo ya sea el efecto en la integridad de la corporación o en una investigación por las autoridades. La propuesta es basarnos en la FCPA Guide con la que cuenta Estados Unidos, con el fin de comparar las transacciones que se consideran de alto o mediano riesgo para las empresas y los individuos que participan en ella, adaptando un listado

recomendando a las empresas a estipular las mismas para de tal manera, logren mantener un control contable rígido con poco espacio para algún incidente o situación inoportuna.

Ambas propuestas se enfocan en la empresa u organización, incluyendo a los accionistas o socios en la responsabilidad sin exclusión a los funcionarios públicos, entendemos que hay ocasiones en donde se involucran y es indispensable mantener un control. Por lo tanto, dicho apoyo igualmente fortalece al Programa de Cumplimiento que las empresas deben de implementar, el mismo se enfoca en todos los aspectos funcionales de la corporación buscando un ambiente honesto e íntegro, con el fin de proteger a los mismos inversionistas nacionales y exponenciar la seguridad de la economía mexicana dado que de esta manera garantiza a los inversionistas internacionales que México tiene las herramientas para combatir la corrupción desde el ámbito gubernamental hasta el empresarial.

B. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES Y HERRAMIENTAS DE MITIGACIÓN DE RIESGO

El Sistema Nacional Anticorrupción como a su vez la Ley General de Responsabilidades Administrativas se enfocan en observar en qué se involucran los funcionarios públicos con las empresas desde su creación, fusión o avances en el mercado. Dicha legislación es la que estipula las disposiciones, establece la responsabilidad de los servidores públicos y las obligaciones como revelar sus bienes, potenciales conflictos de interés y su declaración de impuestos como información relevante.

De acuerdo con la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se establece una responsabilidad al servidor público en torno a rechazar cualquier beneficio, consistente en dinero, valores, bienes muebles o inmuebles, donaciones, servicios, empleos ya sea para él mismo o familiares y terceros, con el fin de llevar a cabo una conducta o acto a favor del emisor.

La legislación cuya se enfoca en la responsabilidad que tienen las empresas es el Código Penal Federal donde estipula la obligación de una persona jurídica de llevar a cabo el debido control del ámbito organizacional. De tal modo, establece que el responsable por los delitos que se comentan varía entre el administrador de hecho, derecho o en nombre de una persona moral,

el representante legal o voluntaria de otra persona, haciendo referencia a que cualquier tercero pueda actuar por dicha empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad de las personas morales recae en las obligaciones que uno tiene como empresa o corporación para evitar encajar en una conducta riesgosa u ilícita como se establece en el Código Penal Federal.

Una recomendación como herramienta para mitigar los riesgos que pueden surgir en cuestión de corrupción es implementar un programa de cumplimiento, que como mencionamos es una serie de principios, reglas, controles, procedimientos, para cumplir con las leyes y los estándares de conducta aplicables en la empresa. En base a lo previsto listamos los elementos básicos que contiene un programa de cumplimiento:

- a) Postura de cero tolerancia ante una conducta ilícita.
- b) Compromiso completo de altos directivos y gerentes con el cumplimiento.
- c) Solidarizar que todas las terceras partes se adhieran a los más altos estándares éticos.
- d) Implementar comunicación y capacitaciones constantes en las empresas.
- e) Fomentar el denunciar y reportar cualquier violación, con una política de no represalias, y el ámbito de aplicación empieza desde directores hasta proveedores incluyendo a todas las personas que llevan a cabo actividades dentro de la empresa.
- f) Establecer canales para reportar, difundir e investigar cualquier actividad ilícita o indebida o fuera del Código de Ética.
- g) Tomar medidas para prevenir que personas con un historial de actos ilícitos o inconsistentes con el Programa.
- h) Publicar los Códigos de Ética en la página pública de la empresa para enviar el mensaje que la empresa se preocupa por tener un ambiente honesto, justo y honrado.

Mientras tanto, la FCPA establece las regulaciones a las cuales se tienen que acatar las empresas u organizaciones para evitar una investigación y posible enjuiciamiento. El alcance de la jurisdicción de la FCPA aplica a todas las empresas constituidas en Estados Unidos, toda empresa extranjera o nacional que tenga su sede principal de negocios en los Estados Unidos y

cualquier persona que sea ciudadano, nacional o residentes de Estados Unidos, igualmente individuos (terceros) que funjan como agentes de una empresa.

Igualmente, establece que una persona u organización es culpable de violar la ley si se hace la oferta, autorización o promesa de realizar un pago corrupto además del pago real. Un pago corrupto varía entre los pagos o sobornos más pequeños hasta los más grandes, aunque se deben de actualizar cinco elementos vistos en el capítulo anterior.

Relativo a lo anterior, las empresas se basan en la guía de la FCPA publicada por la SEC y el DOJ. Dentro de la misma se establecen las conductas riesgosas y se listan recomendaciones y obligaciones que tiene cada empresa para la mitigación de riesgos, los temas que se versan son:

- a) Contratos de adquisiciones gubernamentales.
- b) Pago de tarifas, evaluaciones, cargos e impuestos.
- c) Los registros específicos de hacer o no hacer en cuestión de viajes y entretenimiento.
- d) Las especificaciones de registro en cuestión de las donaciones caritativas y contribuciones políticas.
- e) El reclutamiento y empleo en las empresas.

Dado a las cuestiones mencionadas anteriormente, es recomendable incorporar un programa de cumplimiento en las empresas, se determinan ciertos elementos fundamentales:

- a) Establecer una política clara que prohíba las violaciones de la FCPA y las violaciones de otras leyes anticorrupción aplicables.
- b) Marcar un compromiso de la alta dirección que se filtra a través de la organización.
- c) Políticas y procedimientos del programa de cumplimiento que detallan los controles internos adecuados, las prácticas de auditoría y las políticas de documentación.
- d) Comunicar las políticas y los procedimientos del programa de cumplimiento en toda la organización.

- e) Imponer medidas disciplinarias claras por violar las políticas y procedimientos de cumplimiento. Animar a los empleados a adherirse a las políticas y procedimientos de cumplimiento y ofrecer incentivos de cumplimiento.
- f) Los oficiales de cumplimiento (Compliance Officers) deben estar separados de la gerencia y tener recursos suficientes para implementar el programa de cumplimiento correctamente
- g) Evaluar periódicamente a los terceros, incluidos los socios comerciales, e informarles sobre el programa de cumplimiento y el código de conducta de la empresa.
- h) Instituir un mecanismo de denuncia de irregularidades basado en la confidencialidad en el que los empleados puedan denunciar posibles infracciones de la FCPA sin temer represalias. Después de una investigación interna, una organización debe actualizar su programa de cumplimiento y controles internos.
- i) Revisar y actualizar el programa de cumplimiento y los controles internos con regularidad porque el entorno empresarial cambia constantemente.

Como podemos corroborar los programas de cumplimiento sugeridos bajo ambas legislaciones tienen puntos similares que categorizan como básicos y fundamentales. La FCPA es usado como base para ellos, dado que en la legislación mexicana no se estipula en ninguna disposición que sean obligatorios; de hecho, su implementación se apoya de la norma ISO 19600, guía de referencia internacional. Dicha norma es aplicable para las empresas y menciona a mayor detalle los requerimientos que se requieren adoptar para contar con un programa de cumplimiento efectivo.

Un elemento que consideramos como básico y fundamental que no se considera en el programa de cumplimiento son los componentes de corrección. Es crítico responder de forma oportuna y efectiva a los problemas de cumplimiento, entre ellos, potenciales temas de corrupción, porque el tiempo comienza a correr y los denunciantes y los empleados en general pueden pensar que no se está haciendo nada frente a los problemas de cumplimiento, es por ello por lo que es indispensable que establezcan:

- a) Investigaciones y soluciones: Las investigaciones deben ser realizadas por personas calificadas y tener alcance para determinar el “quién”, “qué”,

“cuándo”, y “cómo” del problema. Es indispensable que las investigaciones identifiquen la causa raíz, así como también descubrir y corregir áreas de vulnerabilidad del sistema. El objetivo es garantizar que no existan nuevos problemas de cumplimiento similares a futuro.

b) Políticas disciplinarias: Deben existir políticas disciplinarias claras para cualquier persona que haya participado en acciones ilegales o poco éticas. Las políticas deben aplicarse de manera consistente en todos los niveles y puestos, incluidos los empleados, los miembros de la junta y los proveedores. Los miembros de la alta dirección deben ser sustituidos y los empleados despedidos en caso de mala conducta probada.

De acuerdo con lo observado en este subtítulo, podemos hacer la distinción que la legislación mexicana estipula disposiciones generales y ambiguas en torno a las prohibiciones que puede llegar a efectuar un funcionario público, pero deja abierto los temas que sí se tocan en la guía de la FCPA en cuestión de viajes y entretenimiento, de contribuciones políticas, donaciones caritativas entre otros, dejando un margen más limitado de error o tentación de realizar conductas ilícitas.

Se propone reformar el artículo 52 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas para añadir dichas cuestiones y especificar los supuestos que se pueden llevar a cabo para que de esta manera las empresas igualmente se puedan apoyar en qué no hacer tomando en cuenta situaciones que se exponen en la FCPA guide, utilizándose como base en relación a los lineamientos que imponen en los viajes y entretenimiento con funcionarios públicos, contribuciones políticas, donaciones caritativas, oportunidades de empleo con el fin de obtener favores a cambio, entre otros.

El beneficio que se obtendría agregando los dos elementos fundamentales en el programa de cumplimiento sería obtener un sistema más rígido en cuestión de las imprudencias o situaciones que se puedan llevar a cabo y tener un mecanismo de reacción dado que las empresas deben de estar preparadas para cualquier investigación para el bien de esta.

De tal modo, la reforma del artículo 52 ayudaría a las empresas a tener una base sobre los lineamientos que deben acatar y seguir para evitar conductas riesgosas, como a su vez mantener

en línea a los funcionarios públicos en cualquier duda en cuestión de la legalidad del pago o conducta que pudiese ser corrupta.

C. SANCIONES

En la legislación mexicana podemos percatarnos que hay sanciones para las empresas, como para los funcionarios públicos. Las sanciones para las personas morales pueden ser la suspensión, disolución o liquidación, prohibición de realizar determinados negocios, operaciones o actividades, remoción, intervención, clausura, retiro mobiliario urbano, posible descalificación de participación en la contratación público de ocho a diez años dependiendo si es a individuos o a empresas, reparación del daño y multa.

Asimismo, el Código Penal Federal determina los delitos hechos por corrupción en torno a los servidores públicos por abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso ilícito de y atribuciones y facultades, como a su vez impone la responsabilidad en las personas morales estableciendo varios supuestos y dependiendo a ellos la multa o sanción varía.

Por otro lado, la FCPA determina que una persona o empresa puede estar sujeta a cargos penales por parte del DOJ, lo que podría resultar en encarcelamiento o una multa, además de sanciones por parte de la SEC de hasta \$500,000 o la cantidad por la cual la entidad se benefició del delito por la vía civil. Se menciona que los denunciantes pueden recibir entre el 10% y el 30% de los montos que el gobierno federal recupera en los litigios de cumplimiento de la FCPA.

Así pues, podemos determinar que la legislación mexicana sujeta a cargos penales a las empresas y a los funcionarios públicos estipulando los delitos a los que pueden incurrir dependiendo de su conducta. La única diferencia que se precisa es el beneficio que los denunciantes pueden recibir, lo cual podríamos incorporar a la legislación mexicana con el fin de promocionar la cultura de la denuncia incentivando a las personas que lo hacen.

Opinamos que la mayoría de las veces en que las personas no denuncian o alzan la voz a sus superiores cuando se percatan de una situación corrupta es por falta de mecanismos o por miedo de alguna consecuencia, es por ello por lo que pensamos en implementar el modelo de la FCPA con el fin de observar la manera en que aplica en el país y determinar si la cifra sube o baja en cuestión de las denuncias e investigaciones que se llevan a cabo.

Es importante ejecutar un modelo de práctica con relación a la manera en que operará el mecanismo de denuncia y beneficio, pensamos que dicho beneficio podrá otorgarse cuando el

juicio haya llegado a una sentencia definitiva, cuidando la integridad del mismo modelo, evitando que abusen del mismo buscando solamente el beneficio monetario.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo efectuamos un análisis comparativo del alcance de la responsabilidad jurídica en cuestión de anticorrupción, determinando las diferencias entre la Legislación de México, el Sistema Nacional Anticorrupción (en lo sucesivo, SNA) y la de Estados Unidos, la Foreign Corrupt Practices Act (sucesivamente, FCPA).

Para cumplir con nuestro objetivo en primer lugar desarrollamos la organización del SNA, desde el origen, sus principios, la importancia de los mecanismos de fiscalización en los tres órdenes de gobierno, la obligación de rendición de cuentas de los funcionarios públicos, la responsabilidad de las personas morales, las herramientas de mitigación de riesgo y las sanciones que estipulan las legislaciones que apoyan a la SNA.

Conocemos que cada autoridad que apoya a la SNA tiene sus propias facultades y obligaciones que ayudan a crear un frente unificado como es el Comité Coordinador y el Comité de Participación Ciudadana. Por lo mismo, la creación del Sistema Nacional de Fiscalización y el Comité Rector de Fiscalización junto a los cuatro grupos que intervienen en el funcionamiento de este realizando actividades como auditoría gubernamental, establecen los prerequisites de las directrices de revisión, revisión de la información de auditorías e informes entre más. Igualmente contamos con la Plataforma Digital que es una herramienta que reúne la información e incorpora a los órganos integrantes incluidos los órdenes federal estatal y municipal.

En cuestión de las sanciones nos percatamos que no hay un delito establecido como corrupción, sino una serie de delitos que se categorizan dentro de este ámbito por el fin de la actuación de su conducta ilícita, como el cohecho, soborno, fraude, entre otros. Se estipula la responsabilidad que tienen los funcionarios públicos con relación a sus declaraciones y en los lineamientos que deben de seguir para evitar dichos delitos y sanciones. Del mismo modo, estipula que la responsabilidad de una persona moral recae ya sea en el administrador de hecho, derecho o en nombre o representación legal de otra persona, encuadrando lo dicho sobre la acción de una conducta delictiva en actividades por o a nombre de la empresa.

Por consiguiente, determinamos la manera en que la FCPA se organiza y con qué autoridades se apoya, siendo el DOJ y la SEC, igualmente mencionamos los principios, las prácticas contables que deben de incorporar las empresas dado a los lineamientos que establece

el SEC, la responsabilidad de las personas morales, sus herramientas para mitigar los riesgos y las sanciones que pueden llegar a obtener ya sea por vía penal o civil.

Una gran distinción es que la SEC esta involucrada en los controles en materia financiera, para de tal manera evitar pagos o transacciones corruptas, establecen mecanismos, libros corporativos, y una guía en donde se describen los datos que se deben de registrar. Igualmente tiene cinco divisiones que apoyan en el funcionamiento de la SEC en cuestión de investigaciones, entrega de información a inversionistas, supervisión en el mercado de valores, entre otros.

Observamos que, bajo la FCPA, se puede llevar a cabo una investigación penal, como una civil dado a que la SEC es quién busca la remuneración por daños y perjuicios, mientras que el DOJ se enfoca en la vía penal, en la práctica es común que se exija a las empresas o compañías comprometerse a llevar a cabo un Programa de Cumplimiento, como de la misma manera a seguir los lineamientos que estipula la FCPA.

Por lo tanto, el principal hallazgo del trabajo es comprender que ambas legislaciones contemplan distintas esferas en cuestión del enfoque que tienen, la SNA se enfoca en imponer lineamientos de control dentro del ámbito gubernamental, mientras que la FCPA se enfoca en las empresas e inversionistas.

Del análisis efectuado llegamos a la conclusión que es necesario que la legislación mexicana considere la manera en la que operan las empresas respecto a los puntos vistos en los capítulos anteriores. Facultando al grupo de Control Interno en realizar sus principios, actividades, y mecanismos en el ámbito empresarial, imponer una protección a los inversionistas y estipular en un manual o guía de las transacciones riesgosas que deben de registrar las empresas en su libro correspondiente.

Igualmente, apoyando los elementos que deben de añadir sería contemplar la especificación de los supuestos que se pueden llevar a cabo relativo a los pagos ilícitos dirigidos a los funcionarios públicos previsto en el artículo 52 de Ley General de Responsabilidades Administrativas. Las sanciones como lo mencionamos contemplan a los funcionarios públicos, como a las personas morales ya sea un individuo o alguna empresa, la FCPA provee un incentivo entre el 10% y el 30% de los montos que el gobierno federal recupera en los litigios de

cumplimiento al igual que está previsto que la SEC puede promover una investigación por la vía civil, como el DOJ puede hacerlo mediante la vía penal.

Es importante mencionar que México se apoya en el T-MEC que contempla un capítulo sobre la anticorrupción el cual está dedicado a que los tres países adopten o mantengan estándares para prevenir y combatir el cohecho internacional y la corrupción en el comercio internacional e inversiones, reconociendo la necesidad de tener mayor integridad en el sector público y privado a partir de responsabilidades complementarias. Del mismo modo, nos apoyamos en la FCPA en cuestión de observar los principios, lineamientos, y aplicación de su herramienta de mitigación de riesgo, siendo el programa de cumplimiento.

A partir de los aprendizajes mencionados, determinamos que la legislación mexicana tiene su propia organización, legislaciones, y autoridades que trabajan conjuntamente para obtener un frente fuerte en el combate de la corrupción. Asimismo, se apoya en la legislación de Estados Unidos, el T-MEC y la convención de la OCDE para observar cuestiones de aplicación.

Concluimos que la legislación mexicana carece en el ámbito empresarial, y comprendemos que es importante imponer mecanismos de control en el ámbito gubernamental, pero sin excluir a las empresas dado que son ellas las que pueden llegar a realizar dichas conductas corruptas.

Es indispensable hacer cambios en las legislaciones correspondientes y facultando a los grupos de organización dentro de la SNA para aplicar los mismos principios y mecanismos a las empresas, con el fin de obtener una cultura de transparencia y honor en ambos ámbitos, contando con una legislación completa por sí misma sin depender del apoyo internacional.

BIBLIOGRAFÍA

A DOCTRINA.

Antonio Fernández. **El Concepto de Responsabilidad.** UNAM. Disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf> (Consulta: octubre 1, 2021)

BBC News. **El escándalo de corrupción de Vitol, la multinacional del petróleo que montó una red de sobornos en varios países de América Latina.** 26 de enero 2021. Disponible en línea: BBC Mundo <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55738212> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Capital 21 Web. **México mejora su posición en Índice de Percepción de Corrupción.** 2021. Disponible en línea: <https://www.capital21.cdmx.gob.mx/noticias/?p=9335> (Consulta: 10 de febrero, 2021)

Comité estatal de Participación Ciudadana de Tamaulipas. **Estructura Rectora y Operativa del Sistema Nacional Anticorrupción.** 2018. Disponible en línea: <http://www.cepectamaulipas.org.mx/estructura-rectora-y-operativa-del-sistema-nacional-anticorrupcion/> (Consulta: 10 de febrero, 2021).

Comply Advantage. **What is the U.S Securities and Exchange Comission?** 2021. Disponible en línea: <https://complyadvantage.com/knowledgebase/securities-exchange-commission/> (Consulta: agosto 10, 2021)

Cynthia Urbalejo Medina. **Rendición de Cuentas como herramienta para prevenir la corrupción.** Trascender, Contabilidad y Gestión. Septiembre- Diciembre 2018. Disponible en línea: <file:///Users/aliciasalinas/Downloads/34-Texto%20del%20art%C3%ADculo-133-3-10-20200828.pdf> (Consulta: febrero 10, 2021)

Dave Schmoeller. **FCPA compliance checklist**. Reciprocity. Abril 28, 2020. Disponible en línea: <https://reciprocity.com/fcpa-compliance-checklist/> (Consulta: octubre 1, 2020)

Department of Justice. **Vitol Inc. Agrees to Pay over \$135 Million to resolve Foreign Bribery Case**. Diciembre 3, 2020. Disponible en línea: DOJ <https://www.justice.gov/opa/pr/vitol-inc-agrees-pay-over-135-million-resolve-foreign-bribery-case> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Dr. Nick Oberheiden. **10 Reasons Why FCPA Compliance Is Critically Important for Businesses**. The National Law Review. Julio 24, 2020. Disponible en línea: <https://www.natlawreview.com/article/10-reasons-why-fcpa-compliance-critically-important-businesses> (Consulta: agosto 4, 2021)

Eschenbacher, Stephanie, Barrera, Adriana, Martínez, Ana Isabel. **Mexico seeks better trade terms from Vitol following bribery scandal**. Marzo 22 2021. Disponible en línea: Commodities News Reuters <https://www.reuters.com/article/us-mexico-vitol-exclusive-idUSKBN2BE0TG>

Eschenbacher, Stephanie, Barrera, Adriana, Martínez, Ana Isabel. **Mexico seeks better trade terms from Vitol following bribery scandal**. Marzo 22 2021. Disponible en línea: Commodities News Reuters <https://www.reuters.com/article/us-mexico-vitol-exclusive-idUSKBN2BE0TG> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

FOLEY Global Risk Solutions. **FCPA Frequent Asked Questions**. Disponible en línea: https://www.allianceforintegrity.org/es/users/service-desk/Assets/pdf/en/FCPA_FAQs-English-Version-4849-9832-4020-v.1.pdf (Consulta: agosto 4, 2021)

Hilder & Associates P.C. **What is a domestic concern under the FCPA?** Febrero 19, 2020. Disponible en línea: <https://www.hilderlaw.com/blog/2020/02/what-is-a-domestic-concern-under-the-fcpa/> (Consulta: 10 de agosto, 2021)

Hurd Baruch. **The Foreign Corrupt Practices Act**. Harvard Business Review. Enero 1979. Disponible en línea: <https://hbr.org/1979/01/the-foreign-corrupt-practices-act> (Consulta: agosto 4, 2021)

ISO 19600- ISO 37301- ISO 37001. **8 componentes de un Programa de Compliance efectivo**. Octubre 10, 2019. Disponible en línea: <https://www.compliance-antisoborno.com/8-componentes-de-un-programa-de-compliance-efectivo/> (Consulta: septiembre 20, 2021)

ISOTools Excellence. **¿Qué es la ISO 19600?** Disponible en línea: <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/> (Consulta: septiembre 20, 2021)

James Chen. **Securities and Exchange Commission (SEC)**. Investopedia. Julio 15, 2020. Disponible en línea: <https://www.investopedia.com/terms/s/sec.asp> (Consulta: agosto 10, 2021)

Jones Day Publications. **The Foreign Corrupt Practices Act: An Overview**. Washington. Enero 2020. Disponible en línea: <https://www.jonesday.com/en/insights/2010/01/the-foreign-corrupt-practices-act-an-overview> (Consulta: agosto 4, 2021)

Julie S. Mendel. **Foreign Corrupt Practices Act: Background and History**. WebCE. Septiembre 29, 2020. Disponible en línea: [https://www.webce.com/news/2020/09/29/foreign-corrupt-practices-act-\(fcpa\)-background-history](https://www.webce.com/news/2020/09/29/foreign-corrupt-practices-act-(fcpa)-background-history) (Consulta: agosto 10, 2021)

Nick Gersh. **The Global Anticorruption Blog**. Enero 30, 2017. Disponible en línea: <https://globalanticorruptionblog.com/2017/01/30/why-does-the-sec-enforce-the-fcpa/> (Consulta: agosto 10, 2021)

OECD. **Estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública – El Sistema Nacional de Fiscalización en México**. OECD Publishing 2016. Disponible en línea <https://www.oecd.org/governance/ethics/sistema-nacional-fiscalizacion-mexico.pdf> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Portal, Juan Manuel. **Representando las bases del sistema nacional de fiscalización.** IMCO. Disponible en línea: <https://imco.org.mx/indices/la-corrupcion-en-mexico/capitulos/analisis/repensando-las-bases-del-sistema-nacional-de-fiscalizacion> (Consulta 11 de febrero, 2021)

Prelafit Compliance. **Elementos básicos del programa de compliance.** Junio 26, 2013. Disponible en línea: <https://prelafit.cl/elementos-basicos-del-programa-de-compliance/> (Consulta: septiembre 20, 2021)

Secretaría de la Función Pública. **Normas Profesionales de Auditoría del Sistema Nacional de Fiscalización.** 2016. Disponible en línea: https://contraloriavirtual.jalisco.gob.mx/ccme/externos/archivos/ponencias/07Nov2016/Lic.%20Leticia_Avila_Avila_07Nov2016.pdf (Consulta: 11 de febrero, 2021)

Sistema Nacional de Fiscalización (SNF). **Plan Estratégico 2013-2017.** SNF, México, 18 de octubre de 2012. Disponible en línea: <http://www.snf.org.mx/SharedFiles/Download.aspx?pageid=52&mid=93&fileid=8> (Consulta 11 de febrero, 2021)

Sistema Nacional de Fiscalización. **Grupo de Trabajo en Control Interno.** 2013. Disponible en línea: <https://www.snf.org.mx/grupo-de-trabajo-sobre-control-interno.aspx> (Consulta: enero 4, 2021)

Sistema Nacional de Fiscalización. **Guía de Comunicación para los integrantes del SNF.** Disponible en línea: <https://www.snf.org.mx/SharedFiles/Download.aspx?pageid=202&mid=295&fileid=188> (Consulta: enero 10, 2021)

Sistema Nacional Fiscalización. **Relevancia de las Normas Profesionales.** Julio 18, 2013. Disponible en línea: <https://www.snf.org.mx/acerca-de-las-normas-profesionales-de-auditoria-1.aspx> (Consulta: enero 4, 2021)

The Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act: An Overview**. Febrero 3, 2017. Disponible en línea: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (Consulta: agosto 4, 2021)

Thea García. **Who does the FCPA apply to?**. Reciprocity. Octubre 29, 2019. Disponible en línea: <https://reciprocity.com/resources/who-does-the-fcpa-apply-to/> (Consulta: agosto 10, 2021)

U.S Securities and Exchange Comission. **Investor Bulletin: An Introduction to the U.S. Securities and Exchange Commission – Organization and Mission**. Mayo 21, 2018. Disponible en línea: https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/ib_mission.html (Consulta: agosto 10, 2021)

Yasiejko, Christopher, Hoffman, Andy, Millard, Peter. **Vitol Pays \$160 Million to Settle Bribery Manipulation Charges**. Diciembre 2020. Disponible en línea: Bloomberg <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-12-03/vitol-to-pay-135-million-over-role-in-foreign-bribery-scheme> (Consulta: 11 de febrero, 2021)

B. LEGISLACIÓN.

Código Penal Federal. (P.O. Agosto 1931/ Febrero 2021)

Ley General de Responsabilidades Administrativas. (P.O Julio 18, 2016/ Mayo 5, 2021)