



ALERTA PARA CLIENTES

MEDIDAS DE EJECUCIÓN DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE. UU. E INSTITUCIONES FINANCIERAS MEXICANAS

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (*United States Department of Justice*, en adelante "USDOJ", por sus siglas en inglés) ha convertido, desde hace tiempo, la lucha contra el lavado de dinero en una prioridad central de la aplicación de la ley. El USDOJ concentra sus esfuerzos de ejecución especialmente en instituciones financieras que, o bien favorecen el lavado de dinero, o incumplen con la legislación en materia de prevención de lavado de dinero ("PLD") de EE. UU. En los últimos años, el USDOJ expandió sus esfuerzos de ejecución a bancos extranjeros, incluyendo la obtención de una declaración de culpabilidad y una multa de \$2 mil millones de dólares estadounidenses en diciembre de 2022, en contra de un banco danés. El USDOJ también ha adoptado varias resoluciones de alto perfil que involucran a bancos mexicanos. Recientemente, bajo la administración del presidente Biden, el USDOJ emitió una serie de comunicados sobre políticas públicas que dejan ver claramente la intención de los fiscales estadounidenses de enfocarse aún más en empresas extranjeras. En conjunto, estos acontecimientos incrementan el riesgo de aplicación de medidas de ejecución contra bancos mexicanos. Considerando lo anterior, es importante que los bancos mexicanos entiendan cómo es que les es aplicable la legislación estadounidense en materia de PLD y otras leyes penales estadounidenses y en qué forma el marco legal del USDOJ para casos de responsabilidad penal corporativa puede afectar la toma de decisiones de los bancos en materia de riesgos y de cumplimiento.

Esta alerta para clientes: (1) resume el marco legal en materia de PLD de EE. UU.; (2) hace referencia al marco de ejecución corporativo del USDOJ, incluyendo importantes actualizaciones recientes; y, (3) ofrece algunos puntos clave para instituciones financieras mexicanas que buscan mitigar el aumento de los riesgos de ejecución.



I Marco legal estadounidense para la prevención del lavado de dinero

Con el objetivo de impedir que el sistema financiero estadounidense sea utilizado para el lavado de dinero, en 1970 el Congreso de EE. UU. promulgó la Ley del Secreto Bancario (*Bank Secrecy Act*, en adelante “BSA”, por sus siglas en inglés), la cual obliga a bancos estadounidenses, negocios de servicios monetarios, casinos y otras instituciones financieras a mantener programas de cumplimiento en materia de PLD y a entregar ciertos reportes, v. gr. los reportes de actividad sospechosa (*suspicious activity reports*, en adelante “SARs”, por sus siglas en inglés). El BSA se aplica mediante acciones de ejecución civil impuestas por los reguladores financieros, pero también contiene sanciones penales para instituciones financieras estadounidenses que cometan violaciones dolosas a sus disposiciones.

Si bien el BSA no es aplicable a instituciones financieras extranjeras, es relevante para los bancos mexicanos por dos razones. En primer lugar, el BSA es aplicable a cualesquiera sucursales estadounidenses de bancos mexicanos. Por ejemplo, en 2017 el USDOJ celebró un acuerdo de no imputación con la subsidiaria estadounidense de un banco mexicano por no mantener un programa efectivo de cumplimiento en materia de PLD y por no presentar, dolosamente, los SARs relacionados con \$142 millones de dólares estadounidenses en transacciones de remesas potencialmente sospechosas. En segundo lugar, cuando un banco estadounidense esté siendo investigado por transacciones sospechosas con un banco mexicano, éste último puede verse implicado en la investigación. Por ejemplo, en 2018 un banco estadounidense acordó el aseguramiento de más de \$360 millones de dólares estadounidenses y se declaró culpable del delito de conspiración por ocultar deficiencias en su programa de prevención de lavado de dinero, específicamente en relación con transacciones de sus sucursales a lo largo de la frontera México – Estados Unidos.



Mientras que el BSA es la principal herramienta utilizada por las autoridades de ejecución de EE. UU. en materia PLD, los fiscales estadounidenses recurren cada vez más a otros delitos federales para imputar a bancos no estadounidenses por infracciones relacionadas con la prevención de lavado de dinero. Por ejemplo, en diciembre de 2022, un banco global con sede en Dinamarca se declaró culpable por el delito de conspiración para cometer fraude bancario. Como parte de la declaración de culpabilidad, el banco admitió haber defraudado a bancos corresponsales estadounidenses engañándoles sobre la calidad de su programa de cumplimiento PLD y el perfil de riesgo de sus clientes. El banco confiscó más de \$2 mil millones de dólares estadounidenses, además de otros \$850 millones de dólares estadounidenses que pagó para resolver investigaciones relacionadas al USDOJ y otras autoridades.

El USDOJ también se ha apoyado en la legislación en materia de lavado de dinero para llevar a juicio a bancos no estadounidenses. Por ejemplo, desde el 2020, el USDOJ ha celebrado acuerdos de no imputación con dos bancos extranjeros en relación con su participación en el pago de sobornos en el escándalo de la FIFA. En ambos casos, los bancos admitieron su participación en una conspiración ilícita para lavar dinero.

El enjuiciamiento de ejecutivos y particulares es otra de las armas comúnmente empleada por el USDOJ para lograr sus objetivos de política pública en relación con el combate a la corrupción transnacional. Apenas el año pasado, Hanan Ofer, quien operaba la Unión de Crédito Federal de los Empleados del Estado de Nueva York (*the New York State Employees Federal Credit Union*) se declaró culpable por no mantener un sistema efectivo de prevención de lavado de dinero, incumpliendo las disposiciones del BSA. De conformidad con los expedientes judiciales, Ofer ingresó más de \$1 mil millones de dólares estadounidenses por medio de transacciones de alto riesgo, incluyendo millones de dólares en “efectivo a granel” (*bulk cash*) por medio de transacciones entre un banco mexicano y la Unión Federal de Crédito de los Empleados del Estado de Nueva York sin supervisión adecuada y sin presentar los reportes correspondientes. Ofer enfrenta una condena de hasta diez años de prisión.

Aun cuando el USDOJ no busque presentar acusaciones penales, suele utilizar la legislación estadounidense en materia de extinción de dominio para embargar y asegurar activos asociados con actividades delictivas. Esto es especialmente importante, toda vez que se pueden ejercer acciones de aseguramiento aún si no se presentan acusaciones penales. Esto se debe a que el objetivo de las medidas de aseguramiento son los bienes mismos que derivan de actividades delictivas. Los recursos de cuentas bancarias son un objetivo frecuente de las medidas de aseguramiento. Los bancos mexicanos deben estar conscientes del posible aseguramiento de los recursos de sus clientes si estos están al alcance de la jurisdicción estadounidense. Concretamente, en noviembre de 2022 el USDOJ por primera vez solicitó con éxito el aseguramiento de bienes ubicados en México. En ese asunto, el USDOJ presentó una solicitud para celebrar un tratado de asistencia legal mutua buscando el aseguramiento de inmuebles ubicados en México relacionados con el narcotráfico. Un tribunal mexicano citó la nueva ley de extinción de dominio para autorizar el aseguramiento de dichos bienes. Este antecedente augura una mayor cooperación entre EE. UU. y México en relación con acciones y medidas de extinción de dominio.

Es importante destacar que en 2021 el Congreso de EE. UU. adoptó las reformas más radicales en dos décadas al marco legal PLD de EE. UU., al promulgar la Ley Antilavado de Dinero de 2020 (*Anti-Money Laundering Act of 2020*, en adelante “AMLA”, por sus siglas en inglés). Entre otras cosas, el AMLA amplió las facultades para emitir citatorios del USDOJ y promovió la creación de una base de datos de beneficiarios controladores. En relación con dicha base de datos, el AMLA obliga a todas las entidades privadas con fines de lucro que lleven a cabo negocios en Estados Unidos, que no estén obligados a registrarse en determinados organismos reguladores federales o estatales, ni a informar de otro modo a los mismos, y que empleen a menos de 20 personas de tiempo completo, a que presenten un reporte identificando a los beneficiarios controladores de la empresa ante la Red para el Cumplimiento de la Ley sobre Delitos Financieros (*Financial Crimes Enforcement Network*, en adelante “FinCEN”, por sus siglas en inglés). FinCEN es una división del Departamento del Tesoro de EE. UU. que recopila y analiza información sobre transacciones financieras para combatir el lavado de dinero internacional, el financiamiento al terrorismo y otros delitos financieros. Con la base de datos de beneficiarios controladores implementada, las agencias de ejecución estadounidenses podrán acceder a su información sin necesidad de una orden judicial.

El AMLA también otorga a las agencias de ejecución de EE. UU. la facultad para emitir citatorios a instituciones financieras internacionales que tengan cuentas corresponsales en EE. UU., independientemente de que la información que buscan las autoridades esté relacionada o no con dichas cuentas. Anteriormente, el USDOJ o FinCEN estaban limitados a emitir citatorios para solicitar expedientes de cuentas corresponsales que bancos extranjeros mantuvieran en EE. UU. Las consecuencias de esta ampliación de facultades para emitir citatorios son muy relevantes para bancos mexicanos que mantengan relaciones bancarias corresponsales en Estados Unidos, ya que las reformas permiten a la autoridad investigadora federal obtener expedientes extranjeros a través de las mencionadas facultades, en lugar de tener que recurrir a tratados internacionales y tratados de cooperación. El incumplimiento de un citatorio puede dar lugar a sanciones civiles de hasta \$50,000 dólares estadounidenses por día y, si el gobierno estadounidense solicita una orden de un tribunal de distrito estadounidense, este último puede obligar al banco extranjero a comparecer y presentar documentos o ser sentenciado por desacato.

II Marco de Ejecución Corporativo del USDOJ

En 1999, el USDOJ implementó los “Principios para la Persecución Federal de Organizaciones Empresariales” (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*), los cuales rigen los procedimientos penales para las empresas. Estas políticas establecen factores específicos que los fiscales estadounidenses deben considerar al tomar decisiones sobre la formulación de acusaciones contra empresas: (1) la naturaleza y la gravedad de la infracción, (2) la generalización de conductas indebidas e infracciones dentro de la empresa, incluyendo la complicidad de la administración o la aceptación de la conducta, (3) el historial de conductas indebidas de la empresa, (4) la disposición de la empresa de cooperar con la investigación gubernamental de la conducta indebida, (5) la idoneidad y efectividad del programa de cumplimiento de la empresa al momento de la comisión de la infracción y al momento en el que se imputa a la empresa, (6) la divulgación oportuna y voluntaria de su conducta indebida, (7) el alcance de las medidas de remediación implementadas por la empresa, (8) la idoneidad de las acciones de ejecución civiles o regulatorias como forma de reparación, (9) la relevancia de enjuiciar a los individuos responsables de la conducta indebida, y (10) el interés de las víctimas.



El USDOJ también emitió políticas públicas que rigen varios aspectos de los casos penales corporativos, incluyendo cómo resolver investigaciones paralelas, cómo beneficiar a las empresas por la divulgación voluntaria de su conducta indebida, cooperación y remediación, cuándo solicitar monitoreo de cumplimiento independiente y cómo evaluar los programas de cumplimiento corporativos. A lo largo de los años, el USDOJ ha revisado estas políticas frecuentemente para fomentar que las empresas adopten un comportamiento que auxilie a éste.

Recientemente, en enero de 2023, la División Penal del USDOJ anunció una serie de reformas a su Política de Ejecución Corporativa (*Corporate Enforcement Policy*, en adelante “CEP”, por sus siglas en inglés) dirigidas a incentivar a más empresas a realizar divulgaciones voluntarias (*voluntary self-disclosure*, “VSD”, por sus siglas en inglés), a cooperar plenamente con la investigación del USDOJ, y llevar a cabo la reparación oportuna y adecuada de cualesquier deficiencias de cumplimiento. Para las empresas que cumplen con los tres requisitos, los fiscales partirán de la presunción de que la empresa no será judicializada, lo que significa que USDOJ no ejercerá ninguna acción. Cuando sea improcedente la no judicialización del caso (por la existencia de ciertas agravantes), los fiscales concederán a la empresa un descuento de entre 50% y 75% de la parte inferior del rango de multas bajo las directrices de sentencia de EE. UU. Dado que las multas en resoluciones penales corporativas normalmente ascienden a nueve, o incluso diez cifras, el descuento puede ser significativo.

III

El enfoque del USDOJ en un cumplimiento efectivo

Un elemento fundamental que el USDOJ siempre considera es si la empresa ha implementado un programa de cumplimiento efectivo. Para evaluar si un programa de cumplimiento se considera “efectivo”, el USDOJ instruye a sus fiscales a formular tres preguntas: (1) ¿El programa de cumplimiento de la empresa está diseñado correctamente? (2) ¿El programa de cumplimiento se aplica seriamente y de buena fe? y (3) ¿El programa de cumplimiento de la empresa funciona en la práctica? En ese sentido, no es suficiente que una empresa tenga un programa de cumplimiento exhaustivo y bien diseñado sobre el papel.

Bajo las políticas del USDOJ, la falta de un programa de cumplimiento efectivo (o el no convencer al USDOJ de que el programa de cumplimiento es efectivo) puede dar lugar a consecuencias graves para la empresa. En primer lugar, puede derivar en que el USDOJ imponga a un “monitor de cumplimiento” independiente que supervise las mejoras al programa de cumplimiento de la empresa. En segundo lugar, puede dar lugar a que el USDOJ imponga una resolución más estricta (como una declaración de culpabilidad) y/o una multa mayor. En tercer lugar, puede dar lugar a que el USDOJ extienda el plazo de la resolución, o incluso puede declarar el incumplimiento del acuerdo celebrado entre la empresa y el USDOJ. Por último, el USDOJ recientemente ha empezado a exigir que el Director General (*Chief Executive Officer*) y el Director de Cumplimiento (*Chief Compliance Officer*) certifiquen que sus programas de cumplimiento están diseñados e implementados correctamente antes de liberar a la empresa del acuerdo celebrado con el USDOJ.

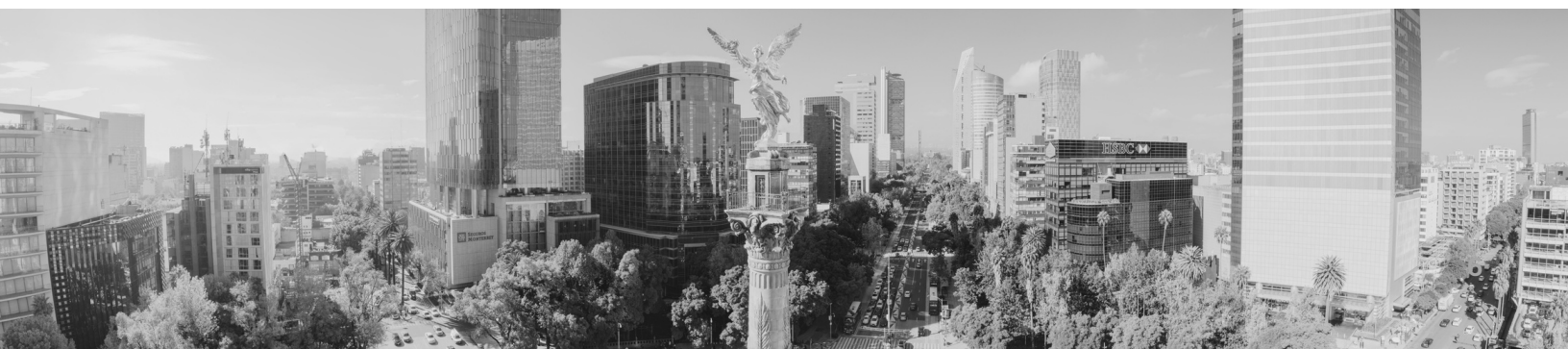
IV Puntos clave para bancos mexicanos

Conforme la cooperación entre EE. UU. y México incrementa en relación con la regulación PLD, los bancos mexicanos cada vez enfrentan mayores riesgos de ejecución. El USDOJ tiene facultades para solicitar información a bancos mexicanos por medio de un citatorio bajo el AMLA y bajo diversos convenios de cooperación existentes (como el Memorándum de Entendimiento celebrado en 2013 por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores). Asimismo, los gobiernos estadounidense y mexicano podrían llevar a cabo medidas de ejecución coordinadas que resultarían en consecuencias de mayor alcance para los bancos mexicanos que ya se encuentren siendo investigados.

El marco legal PLD concede a las autoridades estadounidenses una amplia variedad de facultades y mecanismos de ejecución que no requieren de la cooperación entre EE. UU. y México. Para mitigar los riesgos bajo el marco legal actual, los bancos mexicanos deben desarrollar e implementar estrategias basadas en el cumplimiento, la orientación interna adecuada, así como en el desarrollo de planes de respuesta rápida para cubrir situaciones en las que tengan que interactuar con el USDOJ. El USDOJ y otras autoridades estadounidenses podrían requerir a los bancos mexicanos que enfrenten una potencial acción de ejecución que entreguen expedientes e información confidencial y privilegiada para acceder a los beneficios de cumplimiento bajo el CEP. Adicionalmente, bajo el AMLA, el USDOJ y otras autoridades de EE. UU pueden optar por solicitar información a los bancos mexicanos a través de citatorios. Las instituciones que no cooperen plenamente y no proporcionen un VSD adecuado pueden ser sancionadas.

En consecuencia, el riesgo de ejecución debe ser un componente fundamental en la evaluación interna de riesgos de los bancos mexicanos. Para ello, los bancos mexicanos deben llevar a cabo un análisis exhaustivo de sus políticas internas PLD para identificar riesgos y deficiencias en sus programas de cumplimiento.

Conforme el USDOJ y las autoridades reguladoras estadounidenses continúen sometiendo a bancos extranjeros, especialmente a bancos mexicanos, a investigaciones y procedimientos en relación con la legislación de PLD, un programa de cumplimiento interno bien diseñado, bien implementado, supervisado y eficaz puede ayudar a identificar temas preocupantes antes de que constituyan riesgos graves de incumplimiento. Además, una red de cumplimiento interna amplia y efectiva puede ayudar a reducir sanciones y a minimizar las consecuencias cuando no se puedan evitar las medidas de ejecución. La legislación mexicana y estadounidense, las directrices internacionales, y las mejores prácticas proveen herramientas suficientes para que los bancos mexicanos creen e implementen programas de cumplimiento robustos que minimicen o incluso excluyan la posible responsabilidad penal, civil o administrativa de los bancos.



Para cualquier duda relacionada con esta Alerta para Clientes, por favor contacte a cualquiera de los siguientes autores:

PAUL HASTINGS  WASHINGTON, D. C.



Leo Tsao
leotsao@paulhastings.com
1 (202) 551 1910

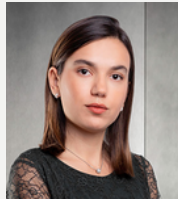


Braddock J. Stevenson
jbraddockstevenson@paulhastings.com
1 (202) 551 1890

RITCH MUELLER  CIUDAD DE MÉXICO



**Ricardo Calderón
Mendoza**
rcalderon@ritch.com.mx
52 (55) 9178 7049



**Sara Hardy
Perez**
shardy@ritch.com.mx
52 (55) 9178 7014



**Pablo Rueda
Carmona**
prueda@ritch.com.mx
52 (55) 4165 7206