

Sobre el compliance en la contratación pública

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: La contratación pública es una de las causas de la corrupción. Además de la dimensión punitiva es necesario explorar otras aproximaciones que parten de la perspectiva preventiva. Son las técnicas de compliance y de *self-cleaning*, de inspiración anglosajona. La Unión Europea acaba de regular en su Directiva de contratación pública de 2014 el *self-cleaning* estableciendo una serie de características que deberán ser desarrolladas por los Estados Miembros.

Palabras Claves: contratación pública. Lucha contra la Corrupción. Derecho Comparado. Compliance. *Self-cleaning*.

Abstract: Public procurement is one of the causes for corruption. In addition to the punitive aspect, it is necessary to study other approaches that address the preventive aspect. These would be the compliance and self-cleaning techniques, originating in English-speaking.

Key Words: Public procurement. Fight against Corruption. Comparative Law. Compliance.

1. Introducción

Los resultados de la lucha contra la corrupción aconsejan, hoy más que nunca, explorar la virtualidad operativa de las denominadas técnicas preventivas y precautorias para detener esta terrible lacra social que, poco a poco, carcome los fundamentos de la vida democrática y nos conduce a una pérdida inquietante del temple cívico de la población. En efecto, junto a la perspectiva represora y sancionadora, es conveniente indagar acerca de las posibilidades de la

¹ Catedrático-Director del Grupo de Investigación en Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña. Jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es

autorregulación regulada más allá de visiones exclusivamente punitivas también en materia de contratación pública.

La formación de los empleados públicos en los valores del servicio objetivo al interés general debe acompañarse del sólido compromiso de las empresas y sus dirigentes con la efectiva realización y cumplimiento de obligaciones atinentes a la limpieza de la contratación, evitando conductas ilícitas y, sobre todo, esto es lo más importante, asumiendo programas de “Compliance” previos a la contratación que realmente garanticen la actuación empresarial con arreglo a exigentes criterios deontológicos.

La cultura empresarial, especialmente en los países anglosajones, incluye, como es sabido, dentro de la buena administración y del buen gobierno corporativo, exigentes programas de “Compliance”. Medidas y acuerdos que en EEUU desde 2008 constituyen incluso requisitos para contratar con las Administraciones públicas.

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es bien sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años tras la constatación de ser este uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas. Los incumplimientos más graves de los deberes de objetividad e imparcialidad en la búsqueda del interés general son merecedores de reproche penal y de su condena pueden derivarse consecuencias administrativas tales como impedir adjudicar un contrato público a quienes hayan sido condenados por determinados delitos. Ahora bien, con independencia de la perspectiva punitiva, necesaria, un marco integral de lucha contra la corrupción exige además poner el acento en la prevención. Por ello, las acciones a emprender desde la normativa contractual deben centrarse en un enfoque preventivo que vincule tanto a la Administración como al ámbito empresarial y que evite el desvío de fondos públicos hacia intereses privados espurios.

Una regeneración en la gestión de los recursos públicos se debe llevar a cabo desde una mayor formación e independencia de las personas encargadas de la adjudicación contractual, pero también fomentando medidas de autorregulación que incrementen los controles internos en las propias empresas poniendo obstáculos a posibles conductas ilícitas. Esta posibilidad se encuentra refrendada por la OCDE y expresamente autorizada en los países anglosajones que se muestran favorables a considerar los programas de cumplimiento normativo (*Compliance*), los códigos internos de comportamiento ético y la adopción de pactos de integridad en las compras públicas.

La Administración pública actúa ordinariamente de forma unilateral y en ocasiones acude a la sociedad para reclamar su colaboración para prestar servicios públicos o construir infraestructuras públicas que mejoren la calidad de vida de las personas. Para cumplir sus fines, también en materia de contratación, la Administración pública precisa realizar su tarea de forma adecuada y pertinente, sirviendo permanente y objetivamente el interés general.

Pues bien, constatadas relevantes insuficiencias y disfuncionalidades relevantes en el funcionamiento y actividad de las Administraciones públicas, surge el debate acerca de la necesidad de contar con aparatos y estructuras públicas que trabajen con equidad, con imparcialidad, con sensibilidad social y que sean capaces de resolver los asuntos en plazos razonables. En este sentido, se comprende fácilmente que una Administración caracterizada de esta manera esté en las mejores condiciones posibles para hacer posible el libre y solidario desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos.

La buena administración trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación pues, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, es una de las causas, junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos, que desencadena esta lacra social que solo en el año 2014 se cobró 120.000 millones de euros.

2. Los compromisos de compliance en la lucha anticorrupción: sentido y funcionalidad

Desde una perspectiva unilateral, la sanción frente a los casos de corrupción constituye la prohibición o exclusión para contratar y, es, desde luego, la solución clásica al problema. Sin embargo, junto a la necesidad de castigar el ilícito penal o administrativo, es menester también tener presente que, desde el pensamiento abierto, dinámico y compatible, es menester integrar otros factores en esta cuestión como puede ser la garantía de un mercado competitivo que ofrezca buenos servicios y buenas obras públicas.

Si se genera una cultura de la prevención pertinente e inteligente, hasta se podría pensar, como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica, que la emisión de compromisos de “Compliance” por las empresas sea requisito para ser admitido a una licitación pública¹. Es decir, los programas de “Compliance”, además de atenuar la responsabilidad penal de la empresa contratista ante los daños causados por su personal en nombre y por cuenta de la

¹ Vid. Government Compliance Handbook, 4^o edition, 2012.

empresa, pueden ser medios eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, jurídicas y éticas, por parte del contratista.

Ni que decir tiene que frente a una razonable política de promoción de programas de “Compliance” por parte de los contratistas, es necesaria también la existencia de códigos de conducta, de buenas prácticas por parte de la Administración, por parte de los funcionarios que integran las mesas de contratación, por el personal al servicio de la Administración pública que forma parte de los Poderes adjudicadores. Esto es, hay que seguir programas de Compliance por ambas partes pues la corrupción, no lo olvidemos, es cosa de dos. Por cierto, los órganos de contratación y los Poderes adjudicadores, al igual que los Tribunales y Comisiones encargadas de la selección de personal al servicio de la Administración pública, deben estar integrados exclusivamente por personal no político. De otra manera, no se estaría atajando creíblemente la corrupción.

Si como parece el hecho de que las empresas dispongan de programas de “Compliance” para detectar la existencia de comportamientos y conductas ilícitas y de ponerlas en conocimiento de la Administración, atenúa la responsabilidad penal de las empresas, es lógico, deseable, que se establezca como una exigencia de contratación que las empresas contratistas de la Administración pública tengan un sistema de “Compliance” efectivo y en vigor al momento de enviar sus ofertas². En este sentido, ha sido constante, dice GÓMEZ-JARA, la inclinación de la doctrina especializada hacia estas prácticas pues la instauración de estos programas en los que resultan indispensables sistemas de denuncias internas, nombramiento de un oficial de cumplimiento, reacciones post-delictivas de investigación de los hechos denunciados, formación continuada, etc, son una necesidad para una mejor y más justa imputación o des imputación de los contratistas y también, por supuesto, para evitar la comisión de delitos³

Esta tendencia, que se nos antoja imparable, es consecuencia, no sólo de la operatividad de la denominada autorregulación regulada, sino de las exigencias del pensamiento abierto, dinámico y compatible aplicado a la lucha anticorrupción. Es decir, la colaboración de las

² C. GÓMEZ-JARA DÍEZ. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?*, en A. PALOMAR OJEDA/M. GARCÉS SANAGUSTÍN (Directores), *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1236

³ ES decir, estas prácticas, dice GÓMEZ-JARA..., p. 1247, constituyen un marcado incentivo para que las organizaciones adopten o implementen de manera efectiva dichos programas de cumplimiento puesto que constituyen su herramienta de defensa más evidente frente a una eventual imputación de responsabilidad penal.

empresas es fundamental para vencer a la corrupción. Para ello, es menester que se instalen estos programas de cumplimiento. Unos programas llamados a prevenir y detectar las conductas ilícitas⁴. Prevención y detección precoz son dos armas fundamentales en el combate a la corrupción que estos instrumentos, cuando se implementan con rigor y seriedad, con sistemas de evaluación y seguimiento eficaces, realmente pueden obtener mejores resultados que la dimensión exclusivamente penal o punitiva.

Por ello, bien podría establecerse que como requisito *sine qua non* para poder presentarse a licitaciones públicas, las empresas presenten programas de Compliance solventes que deberían ser juzgados por Comisiones independientes establecidas al efecto integradas por personas de reconocido prestigio en la materia.

La estrategia de “Compliance” parte de la autorregulación y busca evitar el incumplimiento de las normas y, por supuesto, de las obligaciones que caracterizan la posición jurídica de quien contrata con la Administración pública.

En Estados Unidos desde 2008 es menester para contratar con la Administración pública contar con un programa de cumplimiento anti-corrupción⁵. Tal medida trae su causa de la experiencia de los programas de buen gobierno corporativo en el sector privado. Al igual que aconteciera con la introducción de códigos éticos al interior del sector público, que se establecieron a imagen y semejanza de lo que acontecía en el sector privado (*management cualitativo*)⁶, ahora, tras constatar el fracaso de la perspectiva exclusivamente punitiva en el combate a la corrupción, se buscan otros caminos más complementarios y compatibles y se acude “*mutatis mutandis*” a estos programas de cumplimiento en el sector privado⁷ adaptados, es lógico, a negocios en los que prima el interés general, como son los contratos públicos, una categoría jurídico-administrativa que, como queda expuesto, es expresión de la política pública de un Estado definido como social y democrático de Derecho.

⁴ Vid. J. ALONSO GALLO, *Los programas de cumplimiento*, en J. DÍAZ MAROTO (Coordinador), Estudios sobre la reforma del Código Penal, Madrid, 2011, pp. 141 y ss.

⁵ Tal exigencia se repite como imprescindible para los contratos de una cuantía superior a los cinco millones de dólares y a partir del 24 de septiembre de 2007 con carácter general tras las pertinentes reformas de la legislación norteamericana. Cfr. R. SCHECHTER/S. TURNER, *New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment*, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 7 y ss.

⁶ Vid. J. RODRIGUEZ-ARANA, *La dimensión ética de la función pública*, INAP, Madrid, 2013, pp. 25 y ss.

⁷ C. GÓMEZ-JARA..., p. 1248. Vid. C. YUNKINS, *Enhancing Integrity-Aligning proposed contractor compliance requirements with broader avances in Corporate Compliance*, *The Government Contractor* 49 (2007), pp. 146 y ss.

La tendencia a la progresiva implementación de estos programas de cumplimiento anti-corrupción tuvo su apogeo en EEUU tras los escándalos de todos conocidos protagonizados por relevantes contratistas durante las operaciones militares desarrolladas en Irak y Afganistán, en las que asuntos de obvio interés general relativos a la seguridad se confiaron al sector privado.

En esta política pro “Compliance” anticorrupción ha tenido mucho que ver la acción pública del Presidente Obama pues se puede apreciar recientemente el aumento de los procedimientos sancionadores a cargo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, así como el crecimiento exponencial de las denominadas acciones “qui tam”⁸, en las que personas físicas que denuncian determinados hechos delictivos que conocen en relación con empresas son beneficiarios de un porcentaje de la multa adoptada tras el acuerdo entre la Administración y la compañía⁹.

Estos programas de cumplimiento se fundan sobre cuatro elementos¹⁰. Primero, integridad al tratar con funcionarios públicos, prohibiéndose expresamente toda promesa, dádiva o recompensas a este personal. Las relaciones entre el licitador o contratista y los funcionarios públicos encargados del procedimiento de adjudicación o de ejecución contractual deben constar por escrito y las conversaciones orales deben estar a disposición de quienes ostenten un interés legítimo en su difusión. Por supuesto, de las reuniones que se mantengan deberá siempre levantarse acta por escrito. En este punto, un asunto relevante que afecta a los conflictos de interés se refiere a la futura contratación del personal funcionario por la empresa una vez incluso que se supere el periodo de gracia en el que tras la salida de la función pública ha de abstenerse de mantener relaciones comerciales o profesionales con compañías con las que ha trabajado de algún modo de su condición de servidor público. En este punto, como en casi todos los que se refieren a la ética de las conductas de los funcionarios públicos, la transparencia y publicidad que ha de caracterizar su actividad y sus relaciones con las empresas privadas, suele resolver siempre cualquier dilema o problema que se plantee.

El segundo de los argumentos sobre los que descansan estos programas de cumplimiento se refiere a la honestidad en el intercambio de información, prohibiéndose, es lógico, las falsedades documentales. Pienso que no solo se debe castigar este tipo penal sino también la puesta en conocimiento de los licitadores de información privilegiada. También debería encajar

⁸ Vid. M.H. LEMOS, *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review 95 (2011), pp. 782 y ss.

⁹ C. GÓMEZ-JARA..., p. 1249.

¹⁰ *Ibidem*.

aquí la prohibición de facilitar más o menos información a unos licitadores que a otros y, por ende, cualquier manejo de la información que no siga las reglas de la objetividad y de la igualdad entre todos los licitadores.

El tercer elemento se refiere a la consolidación de las relaciones éticas con terceros prohibiéndose especialmente las comisiones ilícitas o Kicks-backs, hoy lamentablemente una práctica habitual en esta materia. El fortalecimiento ético pasa, en este tema, por mantener elevados estándares éticos en las denominadas subcontrataciones, muchas veces un mundo opaco e ignoto en el que se realizan grandes intercambios financieros al margen de la ética y la legalidad.

En cuarto y último lugar, estos programas de cumplimiento anti-corrupción deben fomentar la competencia leal evitándose toda suerte de prácticas encaminadas a que los licitadores o el marco jurídico general expresen subjetividad o favoritismo¹¹.

Estos programas de cumplimiento anti-corrupción en materia contractual en los EEUU deben contener un mapa de riesgo, que es un análisis acerca de las principales áreas de corrupción que amenazan a una empresa. También el plan de Compliance debe contar con un Código de buena conducta que identifique buenas prácticas, un Código que debe elaborarse con la colaboración de los directivos y de los empleados de las empresas y que debe ser objeto de revisión periódica y de formación continuada.

Junto a la existencia de códigos de conducta y de buenas prácticas, los programas de “Compliance” anticorrupción deben disponer de revisiones periódicas que aseguran su efectiva implantación y realización. Es decir, los contratistas deben verificar periódicamente que el programa se cumple efectivamente y que, por ello, la sensibilidad ética en la compañía aumenta exponencialmente. Además, y esto es complejo y difícil, cada empresa debe tener un sistema que permita reportar o informar en tiempo a la Administración acerca de conductas ilícitas de personal de la compañía. Para ello se debe garantizar el anonimato y hasta incentivar y premiar estas denuncias pues siempre es preferible el interés general al particular. Los programas de cumplimiento incorporan también, es lógico, la realización de auditorías internas y externas acerca del grado de efectividad del programa y, por supuesto, la adopción de medidas disciplinarias internas cuándo se detectan comportamientos ilícitos. Finalmente, es menester que las empresas contratistas de la Administración en materia contractual colaboren plenamente

¹¹ Vid. A.B. STYLES, *Developing Effective, Transparent Compliance Program for Government Contractors*, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 89 y ss.

con la Administración pública competente para perseguir estas conductas ilícitas, ministerio fiscal especialmente.

La exigencia de estos programas de cumplimiento anti-corrupción para las empresas que quieran contratar con la Administración pública en Estados Unidos de Norteamérica implica que han de aplicar respecto de sus empleados un estándar de diligencia debida así como informar a las Autoridades por escrito, adjuntando el material probatorio correspondiente, acerca de aquellas conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier tipo de actividad ilícita que detecten al interior de su propia compañía¹². Estas regulaciones están modificando cualitativa y sustancialmente la praxis anterior, de forma y manera que han aumentado exponencialmente las denuncias de los contratistas que llegan a las Autoridades públicas. Hasta el punto de que, como señala GÓMEZ-JARA, los Tribunales están comenzando a considerar que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuándo el contratistas debía estar al tanto de las mismas consiste una falsedad documental perseguible de oficio por las Autoridades competentes¹³.

Algunas de las cuestiones que las Autoridades consideran relevantes en orden a la eficacia de estos programas de “Compliance” se refieren a si la empresa dispone realmente de mecanismos a través de los cuales los empleados pueden informar de conductas ilícitas, a si existe algún instrumento que preserve la documentación sensible para investigar las conductas denunciadas, a si el contratista adopta medidas adecuadas cuándo el sistema detecta fallos en el sistema de “Compliance”, a si el contratista revisa periódicamente la eficacia del procedimiento de control interno y a si el contratista ha declarado y ejecutado una política de no represalias contra los empleados denunciantes¹⁴.

La experiencia norteamericana nos enseña que fue la regulación penal la que provocó la emergencia en el ámbito público la proliferación de los *Compliance program*. Programas que en opinión de GÓMEZ-JARA son la única defensa que las empresas contratistas tienen frente a imputaciones de responsabilidad penal por actuaciones de sus empleados en su nombre y representación y con la intención de beneficiarla¹⁵.

¹² C. GÓMEZ-JARA....., p. 1250

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Vid. C. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The interplay between Corporate Compliance, Self-regulation and Corporate Citizenship*, en *New Criminal Law Review* 14, 2011, pp. 78 y ss.

¹⁵ C. GÓMEZ-JARA....., p. 1251.

En efecto, en esta dirección se pronuncia GIMENO FELIÚ pues en realidad si queremos que el principio de integridad brille con luz propia en esta materia y disponga de eficacia jurídica, es menester exigir estos programas de Compliance como requisitos para contratar con las Administraciones públicas¹⁶. En un mundo de legislación motorizada en el que reina la heterogeneidad de las normas, especialmente en materia punitiva, es menester que estos programas de buen gobierno y de buena administración de las empresas se implementen. De forma y manera que esta tarea de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas permita gestionar las consecuencias de que una compañía pueda sufrir como resultado del incumplimiento de leyes, reglamentos, normas, reglas, o estándares de conducta o comportamiento autorregulados¹⁷.

3. Reflexión conclusiva

La lucha contra la corrupción debe plantearse de forma integral. Desde la perspectiva punitiva y, también, dado el éxito de las políticas represoras, desde la prevención. La prevención de esta terrible lacra social invita a elevar la temperatura ética de la vida social, para lo cual es menester, desde luego, trabajar a fondo en los ámbitos educativos y familiares. Y, en el campo del combate a la corrupción en el marco de la contratación pública, a la vista de lo experimentado estos últimos años en diferentes países y ordenamientos, parece conveniente incluir como criterio de clasificación para las empresas contratistas acreditar sólidos programas de cumplimiento. Además, en los casos de empresas castigadas por casos de corrupción. Siempre que se pueda verificar, a través de Autoridades independientes, de que se han eliminado las causas próximas y remotas de tales ilícitos, podría, excepcionalmente, y de acuerdo con argumentadas razones de interés general, rehabilitar a tales empresas siempre que ello sea beneficioso para que ciertamente los ciudadanos puedan disponer de las mejores obras y servicios públicos posibles.

La existencia de programas de cumplimiento y de medidas de autosaneamiento que están en vigor en el presente, especialmente en el marco de la Unión Europea, aconsejan que la

¹⁶ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española: Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur menor, Navarra, 2015, pp. 37 y ss, especialmente páginas 94 y ss.

¹⁷ M.A. BERNAL BLAY, *Los efectos de los programas de Compliance en la contratación pública*, en *Las nuevas...*, p. 413

dimensión preventiva y la perspectiva de la autorregulación regulada puedan ayudar a reducir la cuantiosísima factura que la corrupción pasa año a año a los ciudadanos.