

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE COMPLIANCE Y SELF-CLEANING EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

PUBLIC PROCUREMENT: COMPLIANCE AND SELF-CLEANING MEASURES ANALYSIS

GASTÓN LAPAZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público II
Facultad de Derecho Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho
Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo, Especialista en Derecho Administrativo
por la Universidad de Salamanca, Experto en Fiscalidad Internacional por el Instituto Superior de
Derecho y Economía (ISDE). Integrante del Departamento de Derecho Público y Contencioso Fiscal de
Guyer & Regules (Uruguay) Abogado Internacional en Uría Menéndez (oficina Madrid).
gastonhlapaz@gmail.com

Recibido em: 10.09.2018
Aprovado em: 27.09.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMEN: El presente trabajo toma como marco la nueva regulación de contratación pública en España, como excusa a efectos de analizar la figura de las medidas de *self cleanings* en dicho ámbito, y a su vez dentro de dicho género la hipótesis de los programas de *compliance*. En este sentido se analizan dichos institutos desde la perspectiva de las políticas públicas y el interés general, para llegar a referir a nociones como la regulación de la autorregulación, y encaminarnos hacia una idea de *public comppliance*, como posible herramienta saneadora de la ética pública.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública – Buena administración – Ética pública – Cumplimiento de normas – Medidas de autolimpieza – Contralor del Estado.

ABSTRACT: This paper originates within the framework of the new regulation of public contracts in Spain, as an excuse to analyze the instrument of self-cleaning measures within said field, and specifically they case of compliance programs. In this sense, said institutes are analyzed from the perspective of public policy and general interest, to arrive at notions such as the regulation of self-regulation, and thus head towards an idea of public compliance, as a possible tool for restructuring public ethics.

KEYWORDS: Public procurement – Good administration – Public ethics – Compliance – Self-cleaning measures – Comptroller of the State.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Las medidas de *self cleaning* como política pública en materia contractual. III. Una hipótesis de regulación de la autorregulación. IV. Ponderación del interés general en la aplicación de dichas medidas. V. Del interés calificado del administrado a la aplicación de las medidas. VI. Del *compliance* en el marco de las *self cleaning*. VII. Hacia la búsqueda de un *public compliance*. VIII. Bibliografía consultada

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como marco la nueva Ley de Contratos del Sector Público en España N.º 9/2017 (en adelante la “LCSP”), la cual transpuso varias nociones de las Directivas Comunitarias de la Unión Europea 2014/23 y 2014/24¹ (en adelante las “Directivas”), en especial a efectos del presente, es relevante considerar la incorporación de ciertas excepciones al artículo que dispone las prohibiciones para contratar², en donde se admite), como posibilidad de que se levante

1. Artículo 57.6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación. A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión. Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.
2. Artículo 72.5 No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que deriva la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar

dicho impedimento, la comprobación de que el operador haya incorporado medidas conocidas en el mundo anglosajón como medidas de *self cleaning* (medidas de autocorrección o autolimpieza). Ahora bien, adelantamos que, en realidad, la referencia de la legislación española es también una excusa, para analizar un fenómeno como el de la regulación de la autorregulación en materia de políticas públicas. Es un tema que tiene como ejes la política pública en sí misma, el derecho sancionatorio, el interés general, los principios de la contratación, la buena administración por venir, e incluso la eventual noción de un *public compliance*, o programa de cumplimiento de la propia Administración.

La noción también ya trabajada en el derecho anglosajón desde el año 2008, del *compliance* como mecanismo de *self cleaning*, en materia de contratación pública, viene a confirmar una tendencia de lo que viene siendo el *corporate compliance* en previsión en materia penal³, como es el caso de España, y a efectos más específicos como es la prevención de lavados de activos en países como Uruguay. Así, vale mencionar que en España se da la particularidad de que existe penalización de las personas jurídicas desde el año 2010, y en el artículo 31 del Código Penal se establece como atenuante de la pena la comprobación de que la sociedad cuenta con un programa de medidas para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse.

la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a). La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

3. Artículo 31 quater. 1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Por supuesto, que todo lo expresado data de un pasado muy reciente (la LCSP entró a regir en marzo de 2018), y este tipo de valoraciones debe tener un contexto de aplicación práctica que exige del paso del tiempo, pero al menos hasta el momento se pueden hacer algunas consideraciones de orden más conceptual.

Nos parece un buen resumen de lo que buscaremos propiciar en las próximas páginas en cuanto a la conciencia o no de las medidas analizadas como políticas públicas, en materia contractual, lo que señala el profesor Jaime Rodríguez Arana cuando expresa que al final de todo, la eficiencia (como horizonte sin dudas) en este campo significa en rigor: *el discurso y las cuentas*.

II. LAS MEDIDAS DE *SELF CLEANING* COMO POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA CONTRACTUAL

Las medidas de *self cleaning* constituyen una pequeña fase de la implementación de una política global de brindar herramientas para reactivar la economía, preservar los puestos de trabajo y en definitiva buscar el horizonte de una contratación más eficiente, con más y mejores operadores en el mercado. Ahora bien, lo interesante del planteo es enfocar el análisis en la incorporación al derecho positivo de una solución que puede presentar algunos principios del derecho encontrados, o mejor dicho cruzados. En este sentido podemos preguntarnos donde se sitúa el interés general en la estipulación de la medida y luego en la aplicación de esta al caso concreto; también nos consultamos sobre los principios de concurrencia e igualdad propios de todo procedimiento competitivo; y por concluir las primeras interrogantes que más hacen “ruidos”, debemos plantear el tema de la sensibilidad social en estos casos, la idea de impunidad e injusticia.

Como es unánime en doctrina, en la actualidad en la materia: “El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados. La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar y reflexionar la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato (y se su función de implementación de políticas públicas)”.⁴ Esta reflexión, simplifica a la perfección lo que tratamos de abordar en el presente. En realidad, la contratación pública como representación del sector público en su totalidad por la envergadura que tiene

4. GIMENO FELIU, J.M, Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública, Texto ponencia V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014, en <http://www.obcp.es>.

en la materia, y en este caso las medidas de autocorrección como símbolo de un nuevo paradigma de renovación de los mecanismos de relacionamiento entre la Administración y los privados, como veremos en el próximo apartado una noción de regulación de la autorregulación. Además, avanzando un peldaño más, podemos ya referir al *compliance*, del que hablaremos más adelante, como herramienta (con sus propias herramientas, además) para buscar la transparencia, el avance en el control, y la ética empresarial e incluso pública.

También a nivel doctrinario se ha señalado respecto al esquema que debe primar en el enfoque que estudiamos que: “El trípode necesario para sostener una política pública de estas características viene determinado por la buena preparación profesional, la capacidad de diálogo y el respeto a las normas éticas. Eso significa, en materia contractual, que los pliegos deben estar bien diseñados, han de ser realistas, presididos por una manera participativa de entender el bienestar y con elevados patrones de ética pública en sus contenidos”.⁵ De nuevo creemos que la cita es precisa y por eso bastaría con la remisión. En efecto, a nuestro entender la preparación profesional tiene su reflejo en que los programas de *compliance* con su *compliance officer* y todas las *compliance tools* sean parte de la contratación pública; por su parte en esta LCSP creemos que el dialogo entre las dos partes del contrato tiende a mejorar muchísimo, con las figuras nuevas que refieren a vínculos asociativos más novedoso, las normas que buscan transparentar, la ampliación de potestades de los órganos de control, etc. y que en particular en este punto de las *self cleaning* tienen que ser protagonistas para que la implementación funcione; y finalmente, la ética que menciona Rodríguez Arana es el norte de la implementación de estas medidas, la ética de los privados que se deben adaptar a este nuevo marco para poder estar más “protegidos” ante eventuales “errores” internos, y lo que debe ser el futuro del *compliance* que es el fortalecimiento de la ética pública. Sobre este último punto, es clave la noción de la discrecionalidad en la materia, es decir ese dictado del acto administrativo que le quita la prohibición al operador por cumplir con la medida prevista. Sin dudas, debe ser un organismo imparcial el que aprecie debidamente dichas condiciones, y no la propia Administración contratante.

En definitiva, vemos con muy buenos ojos la decisión comunitaria y por supuesto la española en este caso, al cumplir las Directivas, de incorporar la figura de este “perdón muy calificado”, que implica modernización y búsqueda de eficiencia. Esto, sin decir que la clave será la aplicación per sé de las medidas

5. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, La contratación en el sector público como política pública, en Contratación Pública Estratégica, pág. 39-40.

LAPAZ, Gastón. Análisis de las medidas de *compliance* y *self-cleaning* en el ámbito de la contratación pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, n. 8, ano 3, p. 267-279. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

de forma que se garantice la igualdad de los restantes competidores, y aquí será fundamental la apreciación de las condiciones por los órganos consultivos. Compartimos con Lopez Donaire que no basta con que la Administración contratante aprecie como dice la ley, sino que la Junta Consultiva (art. 328 y ss. de la LCSP) debería efectuar recomendaciones⁶ en el caso de España, aunque lo ideal hubiese sido que estuviesen los recursos para que todo fuera resuelto en un ámbito imparcial. Esto, que consideramos una falla de la norma, deberá ser suplido con una alta capacitación estatal a sus funcionarios en materia de *compliance* en todas las administraciones.

III. UNA HIPÓTESIS DE REGULACIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN

Explica la doctrina especializada, que la autorregulación tiene diferentes acepciones, dependiendo, si el enfoque es jurídico, filosófico, sociológico, etc. A su vez, dentro del jurídico, dependerá de la rama de la que hablemos, de los casos que se analiza, etc. Tomaremos en concepto anglosajón que señala que: "...se trata de un proceso de gobierno colectivo ... la situación en que un grupo de personas o cuerpos, actuando conjuntamente, desarrollan una función reguladora respecto de ellos mismo y respecto de otros que aceptan su autoridad"⁷.

Ahora bien, en el caso que examinamos, entendemos que asistimos a un supuesto de lo que se conoce como *coerced-self regulation* o regulación forzada. En estos casos explica la autora citada que el gobierno exige la autorregulación de los privados, por tanto, la misma no es espontánea, y a su vez la Administración debe controlar la autorregulación éstos. La consecuencia de la no regulación adecuada, suele ser la imposición de una regulación más severa, esto es típico en el ámbito industrial.

El fenómeno de la regulación de la autorregulación, y en nuestro caso en el ámbito público, encuentra entre sus formas: los códigos de buenas prácticas, los programas de cumplimiento, etc. Pero lo interesante es apreciar someramente dos aspectos de la actividad administrativa donde su puesta en práctica termina influyendo. Por un lado, el Estado al regular la autorregulación y ceder ese margen al particular, termina flexibilizando el cometido de policía implícito en sus competencias (pese a que ejerce por supuesto un control de segundo grado), y

6. LOPEZ DONAIRE, Belén, *Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Contratación Administrativa Práctica, N.º 153, enero-febrero 2018, pág. 7.

7. BLACK J., citado por DARNACULLETA I GARDELLA, M.M, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, pág. 327.

por otro lado ingresa sutilmente en sectores que se definen como sensibles por su rigor técnico, imponiendo en el administrado la carga de su regulación propia.

Asimismo, y según explica la autora referida, estamos en el caso de las *self cleaning* existe autorregulación “descendente”, donde el Estado deposita en el particular una regulación que pretende fomentar, a efectos de buscar satisfacer determinados fines públicos.

Sin perjuicio, que entendemos es un punto que amerita un desarrollo específico, creemos que en estos casos donde la no sanción implica el cumplimiento de ciertas autorregulaciones, existe una directiva de fomento claro hacia una actividad, que además es muy técnica, de riguroso contralor, incluso en lo que pretende de la norma que es un meta-contralor.

IV. PONDERACIÓN DEL INTERÉS GENERAL EN LA APLICACIÓN DE DICHAS MEDIDAS

No entraremos a debatir sobre lo que implica el interés general, el interés público o la utilidad pública, todos conceptos jurídicos indeterminados multi-trabajados por la doctrina administrativista a nivel mundial. Pero sabemos que el interés general no es la suma de todos los intereses particulares, ni tampoco es el mero interés de la Administración. Partiendo de esa base, y aplicando la noción a la contratación pública, debemos decir como señala el profesor español ya citado que: “... *el interés general ya no es definido por la Administración Pública. Ahora es menester contar con la población, con la sociedad.* Por ello, en la contratación pública, entre el sector público y el sector privado se debe producir una alianza estratégica desde las que se puedan atender de manera más abierta, plural, dinámica y complementaria las diferentes exigencias sociales”.⁸

A nuestro juicio, la LCSP va en muy buena medida en busca de ese interés general, de afianzar esa alianza, lo que en definitiva aumenta las posibilidades de que se contrate mejor y por tanto implica eficiencia para todos.

Puntualmente, en relación con el tema en examen, señala la autora: “... dado que las prohibiciones de contratar constituyen una restricción a una participación lo más amplia posible de interesados en una licitación -lo que se entiende como favor participationis-, solo se considerarán justificadas si persiguen un objetivo de protección del interés general, de mantenimiento de la rectitud en la competencia y siempre que cumpla el principio de proporcionalidad”. Si la apreciación de la prohibición de contratar debe tener como foco el interés general,

8. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, La contratación en el sector público como política pública, en Contratación Pública Estratégica, pág. 38.

una causa que remueva dicha prohibición también. Aquí, la figura más sensible pasa a ser el operador competidor respecto del cual se puede tomar una decisión que sea lesiva en su interés directo, como es que “vuelva al juego” una empresa que “de regla” estaba prohibida. Entonces, repetimos la pregunta del inicio, donde se encuentra el interés general en estos casos? Avancemos en esa línea.

Vale la pena referir, a los criterios que ha tomado el Tribunal Comunitario de la Unión Europea respecto a esta temática: “Estos criterios de selección cualitativa que se refieren a la seriedad profesional, a la solvencia y a la fiabilidad de quienes pretenden llegar a ser contratistas, cumplen a juicio del legislador europea, con el cometido de mediar entre la necesaria concurrencia y el interés por evitar que se adjudiquen contratos públicos a aquellos operadores económicos que se encuentren en determinadas situaciones contrarias al interés general”.⁹ Esta referencia jurisprudencial, que se suma a la doctrinaria antes citada, nos parece que nos sigue acercando a una respuesta. La concurrencia, la saludable y ética concurrencia debe ser resguardada en estos casos, el operador económico que cumple debe ser protegido. La buena administración debe premiar el cumplimiento de las normas, por ese motivo el *compliance* como medida, dentro del elenco de medidas de auto-corrección tiene que propiciar el interés general. La cuestión es que la motivación del acto administrativo que levanta la prohibición, además de ser debida como, en cualquier caso, tiene que estar alineada con el interés general. Pero estos fundamentos, no justifican que la ponderación del interés general haya existido detrás de la inclusión normativa en primer lugar, por eso debemos ir un paso más.

Así, traemos al presente las palabras del autor uruguayo, quien explica la trascendencia que debe tener la realidad en estas oportunidades: “la realidad es superior a la idea. Esto supone evitar diversas formas de ocultar la realidad: los purismos angélicos, los totalitarismos de lo relativo, los nominalismos declaracionistas, los proyectos más formales que reales, los fundamentalismos a históricos, los eticismos sin bondad, los intelectualismos sin sabiduría... La idea desconectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convocan. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento”¹⁰. Aquí vemos una punta importante, la realidad sobre el ideal ético puro y duro. Es cierto, debe existir el castigo, la sanción

9. MEDINA ARNAIZ, Teresa, La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, pág. 386

10. DELPIAZZO, Carlos, La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados, en <https://dialnet.unirioja.es>.

es la regla, y la consecuencia la exclusión de los procedimientos competitivos, pero también la realidad indica, que al ser la norma tan estricta hay muchos casos grises donde se deben contemplar otros intereses. Por ejemplo, a empresa descalificada puede haber sido víctima de una conducta delictiva o desapropiada por parte de un administrador. Por este motivo, aquí el interés apreciable debe ser el de los trabajadores de esas empresas que pueden depender de la adjudicación de un contrato para continuar en sus puestos, el de un mercado que muchas veces en ciertas materias presenta poco competidores por sus especificidades y que precisa de diversidad de propuestas, y el de la propia Administración, que con más “jugadores” que cumplan con las normas, siempre puede comprar mejor.

V. DEL INTERÉS CALIFICADO DEL ADMINISTRADO A LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS

Cómo sabemos, el interés legítimo es el interés que podemos situar entre el derecho subjetivo y el mero interés. Señala Vázquez: “En el interés legítimo el objeto de la garantía es una utilidad solamente instrumental para la realización de un interés instrumental en la legalidad del comportamiento administrativo. El interés sustancial podría realizarse al realizarse el instrumental (de forma eventual y mediata), y de no realizarse dan lugar a un interés procesal”¹¹. En nuestro caso, sin dudas el particular que se encuentra sujeto a una prohibición tiene un interés legítimo en que sea de aplicación la norma del *self cleaning*.

Además del estudio del interés general que deberá estar en juego siempre en estos casos como hemos señalado, recordemos que el operador en cuestión tiene la situación jurídica referida, y tiene un legítimo interés en que el acto administrativo que dicte la Administración se encuentre debidamente motivado, y que se aplique la norma analizada como corresponda.

En concreto, un sujeto que se sitúa en la prohibición podrá exigir que la Administración al menos evalúe si cuenta con un programa de *compliance* adecuado en base a la norma. Entendemos que debería existir un pronunciamiento expreso del contratante que se debería notificar a todos los competidores, donde de forma motivada se exprese si la medida incorporada es viable para que pueda ser levantada la prohibición, y que dicho acto además haga referencia a un futuro contralor durante el procedimiento de ese programa, en caso de ser aceptado como válido.

11. VÁZQUEZ, Cristina, Posición jurídica del particular frente a la Administración, Revista de Facultad de Derecho, Uruguay, N.º 30, pág. 22.

También entendemos que en base al amparo de debido proceso y del principio de igualdad respectivamente, tanto el operador como sus competidores podrán impugnar el contenido de dicho acto, en caso de que les cause agravio.

VI. DEL COMPLIANCE EN EL MARCO DE LAS SELF CLEANING

Comencemos definiendo el concepto de *compliance*, lo que se exige desde el 2008 a cualquier empresa privada que quiera contratar con la Administración, en los Estados Unidos. En doctrina especializada han señalado que es: "...aquella función de gestión de las consecuencias que una entidad puede sufrir como resultado de incumplir las leyes, regulaciones, normas, estándares de autorregulación y códigos de conducta aplicables a sus actividades"¹². Así, este tipo de programas, han llegado a incorporarse en el ámbito empresarial de forma definitiva. En este caso debatimos sobre una cuestión de política legislativa concreta para un cierto sector de actividad, pero lo cierto es que como ya sucede en muchos países, y seguirá aconteciendo, los privados a efectos de estar resguardados antes posibles efectos reputacionales e incluso sancionatorios monetarios, van a hacer propios estos mecanismos. En la lucha contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo, es una medida de contralor interno muy importante a efectos de prevenir, y a nivel de contratación pública, pasa a ser también una medida para prevenir la corrupción en sus muy diferentes formas.

Por eso, el *corporate compliance* o programa de cumplimiento de normas empresarial necesita de una: "actitud activa, que produce efectos que los poderes públicos asumen o toman en consideración"¹³. Más allá que estamos tomando ideas del *compliance* típico, en materia de lo que nos compete en este trabajo, creemos que es un detalle muy relevante el de que el programa incorporado por la empresa que solicita la liberación de la prohibición debe ser controlado en funcionamiento en tiempo real, y no alcanza con una merca acreditación epistolar de contar con el mismo. Aquí aparece de nuevo la importancia de la capacitación de los órganos que deben controlar que estos funcionamientos sea adecuada.

Siguiendo con la idea de lo que debe incluir como herramientas el propio *compliance*, se ha expresado que: "Se trata de determinar cuáles son las *Compliance Tools* idóneas: entre otros contenido debería figurar la designación del

12. BERNAL BLAY, M.A., Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, pág. 413.

13. BERNAL BLAY, M.A., Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, pág. 418.

compliance officer, protocolos de investigación de cualquier incumplimiento de las medidas contenidas en el modelo, establecimiento de mecanismo de denuncia anónima de para cualquier trabajador pueda reportar, de manera confidencial, las infracciones apreciadas (*whistleblowing*), un régimen disciplinario que responda a las infracciones detectadas en el seno de la organización”¹⁴. En definitiva, hablamos de una noción que es dinámica, y estos rasgos son los adecuados bajo el mundo de hoy, pero como la elasticidad de la norma (que incluso no refiere a la noción anglosajona siquiera) lo permite, se podrá ir amoldando a las exigencias de la tecnología y las complejidades fácticas respectivas que puedan presentarse, que sean más o menos relevantes en este campo.

VII. HACIA LA BÚSQUEDA DE UN *PUBLIC COMPLIANCE*

Decíamos que cada día está más aceitado el *corporate compliance* con el fin de que las empresas se protejan ante eventualidades criminales que la terminen afectando. Luego referimos al mismo *compliance* pero que ahora tiene efectos en el ámbito de la contratación pública, como medida de *self cleaning*, al menos en varios países de Europa, y ahora en España. Un tercer nivel, implica el programa de este tipo y la capacitación requerida pero ya en la propia Administración pública, y no podemos dejar de pensar en los casos de las empresas públicas, temáticas tan cuestionadas sobre sus poco o muchos controles en toda Sudamérica.

Así, señala la autora española: “No obstante, también sería deseable, como señala Nieto Martín que las Administraciones Públicas adoptaran en su seno medidas de prevención eficaces, inspirado en los programas de *compliance* de las empresas privadas, lo que en él denomina *public compliance* para detectar o mitigar los riesgos no solo desde el ámbito penal”¹⁵. Entonces, nace la idea del *public compliance*, una figura espejo del utilizado el privado. En las políticas de buena administración decíamos que la modernización y profesionalización son impostergables, y creemos que en legislaciones como la española -novedosa y muy detalla- donde encontramos muchas figuras de contralor de la actividad administrativa, sería conveniente y saludable adicionar la idea del programa de cumplimiento propio. El gran contratista del país como es el Estado, el gran prestador de servicios y receptor de éstos, tiene que tener programas de cumplimiento que

14. BERNAL BLAY, M.A, Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, pág. 418.

15. LOPEZ DONAIRE, Belén, Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa Práctica, N.º 153, enero-febrero 2018, pág. 6.

LAPAZ, Gastón. Análisis de las medidas de *compliance* y *self-cleaning* en el ámbito de la contratación pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 8. ario 3. p. 267-279. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

sean ejemplos de la actividad privada, así como los bancos estatales que suelen competir de manera muy poderosa y donde su materia de profesionalización muchas veces supera a la privada, se debe capacitar a las restantes administraciones.

En definitiva, esta idea va vinculada a la pata ética del trípode que mencionábamos al comenzar: “Asimismo, como ineludible medida de regeneración democrática convendría extender las exigencias de los programas de *compliance* empresarial -que es más que ético, la responsabilidad corporativa, etc. (*soft law*)- al organigrama gerencial de estas organizaciones, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc.”.¹⁶ Las problemáticas referidas no son exclusivas de América o Europa, en Estados Unidos explotó todo en Afganistán, en Sudamérica con las empresas públicas, en algunos países de Europa recientemente con contrataciones fraudulentas y sobornos, por todo ello la sugerencia de los doctrinos citados se hace global, habla de salubridad pública que debe contagiarse, lo cual se debería hacer incluso “epidémico” para contrarrestar los golpes del lado oscuro que en los últimos tiempos quebraron la balanza en la materia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BERNAL BLAY, M.A, Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, 2013.
- DELPIAZZO, Carlos, La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados, en [<https://dialnet.unirioja.es>].
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.M, Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada, Madrid, 2005.
- GIMENO FELIU, J.M, Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública, Nueva Época, N°7, mayo 2017.
- GIMENO FELIU, J.M, Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública, Texto ponencia V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014, en [<http://www.obcp.es>].
- LOPEZ DONAIRE, Belén, Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa Práctica, N.º 153, enero-febrero 2018.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa, La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de los contratos públicos, 2013.

16. GIMENO FELIU, J.M, Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública, Nueva Época, N°7, mayo 2017, pág. 51.

RODRIGUEZ ARANA, Jaime, La contratación en el sector público como política pública, en Contratación Pública Estratégica, 2013.

VÁZQUEZ, Cristina, Posición jurídica del particular frente a la Administración, Revista de Facultad de Derecho, Uruguay, N.º 30.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*, de Eduardo Saad-Diniz – RT 988/25-53 (DTR\2018\7952); e
- Processo e procedimentos da responsabilização das pessoas jurídicas sob a égide da lei anticorrupção – Lei 12.846/2013 – Correlacionada às inovações do novo CPC – Lei 13.105/2015, de Fábio Junior de Oliveira e Romina Diana Flores Choque – RT 966/203-222 (DTR\2016\4814).