

# Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: los casos de Brasil y Colombia

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

En este artículo se analiza la figura del programa de cumplimiento empresarial o *compliance* como herramienta para prevenir la corrupción en el ámbito de la contratación pública. En primer término, se revisa la irrupción y el encaje de la figura en el ámbito del derecho público a partir de su incorporación a los ordenamientos estadounidense y europeo. En segundo término, se analiza su implantación y evolución en distintas legislaciones latinoamericanas, prestando especial atención a los sistemas de contratación pública en los que goza de mayor desarrollo, como el brasileño y el colombiano.

**Palabras clave:** cumplimiento empresarial, contratación pública, autorregulación, inspección, control, América Latina.

1 Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Profesor de la Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>. Correo-e: [rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es). Fecha de recepción: 7 de octubre de 2020. Fecha de modificación: 20 de febrero de 2021. Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2021. Para citar el artículo: RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ, "Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: los casos de Brasil y Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2021, pp. 197-226. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.07>.

# Public Procurement and Regulatory Compliance in Latin America: The Cases of Brazil and Colombia

## ABSTRACT

The present article analyzes regulatory compliance as a tool to prevent corruption in the area of public procurement. It first examines the introduction and integration of regulatory compliance in the field of Public Law, since its incorporation to U.S. American and European law. Secondly, it studies the introduction and development of regulatory compliance in Latin American legal systems, with special attention to the national cases where regulatory compliance has been most advanced, such as Brazilian and Colombian law.

**Keywords:** Business Compliance, Public Procurement, Self-regulation, Inspection, Control, Latin America.

## INTRODUCCIÓN

La concepción constitucional de los Estados de América Latina como "Estados sociales" no es una novedad del "nuevo constitucionalismo latinoamericano", aunque la idea se haya reforzado en constituciones como las de Bolivia (2009), Ecuador (1991) o Venezuela (artículo 1)<sup>2</sup>. Mucho antes, las de Brasil (1988), Colombia (1991) o incluso México (1917) hicieron referencia explícita o implícita al concepto<sup>3</sup>. Esta representación que se tiene del Estado implica necesariamente que se dote a la Administración de un papel activo en la consecución de determinados fines y su legitimación para irrumpir en el mercado como adquirente de bienes, servicios y suministros, a fin de llevar a cabo su actividad de forma eficaz y eficiente, procurando el interés general a través de la prestación de servicios públicos<sup>4</sup>. Asimismo, la cláusula

2 ROBERTO GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Estudios Sociales*, vol. 48, n.º 1, 2015, p. 170.

3 Véanse, en tal sentido, GONZALO MAESTRO BUELGA, "Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 9, 2011, pp. 1-30; o DIEGO MORENO, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro" en Juan Manuel López Ubilla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Civitas, 2011, pp. 147-215.

4 En tal sentido, véase ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, en su totalidad; o JOSÉ MARÍA

de Estado social impone a los poderes públicos la obligación de regular y controlar conforme a determinados parámetros, tanto su propia actuación como la de los sujetos con los que converge en el mercado.

Por su parte, la actividad administrativa de inspección o control, directamente vinculada con la realización de ese Estado social, ha sufrido grandes transformaciones en las últimas décadas<sup>5</sup>. Con el paso del tiempo y el incremento de la complejidad ligada a la denominada "sociedad del riesgo"<sup>6</sup>, se han multiplicado los escenarios en los que la Administración debe intervenir inspeccionando, controlando y regulando, así como los obstáculos que le impiden hacerlo utilizando las herramientas tradicionales<sup>7</sup>. A ello hay que sumarle una creciente carencia de medios para hacer frente a los desafíos que se presentan, particularmente acentuada en un entorno globalizado<sup>8</sup>.

La dificultad para prevenir la corrupción en un ámbito tan sensible como el de la contratación pública, que ocupa partidas tan elevadas del presupuesto y tiene entre sus rasgos característicos una acusada vinculación al uso de la discrecionalidad, es especialmente señalada en el contexto de algunos

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Madrid: Marcial Pons, 2007, en su totalidad.

- 5 Lo que han dejado de manifiesto obras de referencia sobre la cuestión, como las de CHRISTOPHER H. BOBIS, *EU procurement law*, 2.<sup>a</sup> ed., Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 30; AGUSTÍN GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Madrid: Marcial Pons, 2006, en su totalidad; SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada: Comares, 2002, en su totalidad; MANUEL REBOLLO PUIG, "La actividad inspectora", en Juan José Díez Sánchez (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, 2013, en su totalidad; o RICARDO RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 33 y ss.
- 6 Concepto que no ha perdido actualidad desde que fuera traído a colación por Beck en 1986. ULRICH BECK, *Risikogesellschaft—Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- 7 RICARDO RIVERO ORTEGA. *El Estado vigilante*, pp. 33 y ss.; y JOSÉ ESTEVE PARDO, "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental", en José Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 201-212.
- 8 Véanse sobre el concepto: BENEDICT KINGSBURY y RICHARD B. STEWART, *Hacia el derecho administrativo global. Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla: Global Law Press, 2016, pp. 271-280; así como: MARÍA MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, "El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?", *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016, pp. 11- 50; y una aproximación a su concreción en el ámbito de la contratación pública en JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, *Derecho global de la contratación pública*, México: Ubijus Editorial, 2011, en su totalidad.

países de América Latina<sup>9</sup>. Representa un importante volumen económico (que va de más del 5 % sobre el PIB en México a más del 13 % sobre el PIB en Colombia)<sup>10</sup>, el cual se espera que crezca progresivamente en países en vías de desarrollo, llamados a consolidar la cláusula de Estado social. Por su vinculación con la discrecionalidad administrativa y la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados presentes en las distintas legislaciones, se trata además de un ámbito jurídico-administrativo especialmente sensible a la corrupción.

La limitada fortaleza institucional y los bajos niveles de desarrollo económico y cohesión social que se da en algunos países encuentra, desde la perspectiva jurídico-administrativa, una causa directa en el bajo nivel de profesionalización de su función pública<sup>11</sup>. Resulta inevitable ligar estas circunstancias a los múltiples escándalos de corrupción que han sufrido en los últimos años, relacionados en buena medida con licitaciones públicas. Casos como los de Siemens AG (2008), Walmart Stores (2011), Petrobras

- 9 De entre lo mucho que se ha escrito sobre esta cuestión, pueden citarse los trabajos de: ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, "La prevención de la corrupción en la contratación pública" en Adán Nieto Martín y Manuel Maroto Calatayud (coords.). *"Public compliance": Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-92; o JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia", *Transparencia e Integridad*, n.º 9, 2019, pp. 1-17.
- 10 OCDE y BID, *Panorama de las Administraciones públicas en América Latina y el Caribe*, París: OCDE, 2017, p. 61.
- 11 Realidad que ha sido indicada a partir de documentos como la Carta Iberoamericana de la Función Pública, resultante de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en 2003, que puso de relevancia la necesidad de impulsar la modernización de la función pública latinoamericana a partir de la proyección en su régimen jurídico de principios como los de profesionalidad y estabilidad, vinculándolos con la garantía de calidad en la prestación del servicio y la prescripción de la privación arbitraria, que garantiza tanto la independencia del poder político como la posibilidad de desarrollar políticas públicas a medio y largo plazo con la participación activa de profesionales del servicio público suficientemente formados y cualificados; o la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública firmada en Panamá en 2013, que incidió en la necesidad de reconocimiento expreso del derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública, que en ningún caso podrá materializarse. Con relación a dicha cuestión, véanse: JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Derecho administrativo y Administración pública en Iberoamérica", en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Libardo Rodríguez-Rodríguez (dirs.), y María del Carmen Rodríguez-Martín Retortillo (coord.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*, Granada: Comares INAP, 2016, pp. 1-24; JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, "La función pública en Costa Rica: Una referencia iberoamericana con necesidades de cambio", *Revista de Administración Pública*, n.º 202, 2016, pp. 413-437; o JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, "El acceso a la función pública en Colombia: Discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020, pp. 41-70.

(2014), PDVSA (2015) y particularmente Odebrecht (2016), son ejemplos significativos en este sentido<sup>12</sup>. Esa carencia no se refiere exclusivamente a los medios humanos y materiales sino también a los jurídicos, lo que obliga a repensar un nuevo "Estado regulador", capaz de dar respuesta a una realidad social compleja y cambiante<sup>13</sup>.

A lo largo del presente trabajo nos proponemos revisar la progresiva incorporación del denominado programa de cumplimiento o *compliance* en distintos ordenamientos de América Latina, como instrumento para prevenir prácticas corruptas en aquellas empresas que se relacionan con la Administración en el ámbito de las licitaciones públicas, así como la trascendencia y las repercusiones que la asunción de esta figura puede tener en el ámbito jurídico-administrativo. Tras examinar su incorporación a los ordenamientos estadounidense y europeo, estudiamos su implantación y evolución en América Latina. Para ello, analizamos la irrupción de la figura en distintos ordenamientos latinoamericanos (como los de Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, México o Perú), prestando especial atención a los sistemas de contratación pública en los que goza de mayor desarrollo, como el brasileño y el colombiano.

## 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EMPRESARIAL COMPLIANCE

En el contexto de complejidad y limitación para ejercer funciones administrativas antes descrito, la tradicional heterorregulación ha ido dejando paso en determinados espacios a la autorregulación, lo que en cierto modo implica el traslado de la obligación de control a los propios sujetos que deben ser regulados e inspeccionados<sup>14</sup>. Este no es un fenómeno novedoso: la misma

12 Véase sobre el fenómeno de la corrupción vinculada a la licitación de obra pública en distintos Estados de América Latina a consecuencia del caso Odebrecht a MIRKO A. MALDONADO-MELÉNDEZ, "La contratación de obra pública y las causales de rescisión por actos de corrupción: Hacia la creación de un sistema de *compliance* en la contratación pública global en Latinoamérica", en Federico Castillo Blanco (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 335-338. El autor señala entre las modalidades más comunes de corrupción en los contratos de obra pública en América Latina la financiación de campañas electorales, la sobrevaloración de obras y los sobornos a funcionarios (p. 336).

13 RICARDO RIVERO ORTEGA., *El Estado vigilante*, p. 219.

14 La doctrina distingue entre autorregulación pura o voluntaria, metarregulación y autorregulación regulada o correulación. La primera supone un traslado directo de la capacidad para dictar normas de obligado cumplimiento al seno de los entes a regular. La segunda, la vertebración o encauzamiento de los procedimientos de autorregulación a partir de normas emanadas del poder público que, siendo aplicables *a priori* o a

lleva ganando transcendencia en muy distintos ámbitos vinculados a la regulación jurídico-administrativa desde hace décadas y su protagonismo se ha acentuado en el marco del derecho global al que antes hicimos referencia<sup>15</sup>.

El programa de cumplimiento empresarial o *compliance* es un instrumento utilizado para autorregular la organización privada con base en el principio de integridad: con el término se hace referencia al conjunto de medidas que, dentro de las organizaciones, pretenden asegurar que sus miembros cumplen la legalidad establecida y que las vulneraciones a la misma que pueden producirse en su actuación resultan fácilmente localizables y corregibles. Aunque la figura no nace en el ámbito del derecho administrativo (sino en el del derecho mercantil, con el fin de evitar la falta de confianza de inversores o la limitación de la competencia y después en el del derecho penal, ligado a la atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica)<sup>16</sup>, ha acabado por instalarse las relaciones de la Administración con los sujetos privados, como después veremos. Incluso, una parte de la doctrina entiende válido el uso de la herramienta con matizaciones en el ámbito interno a la propia Administración, por ejemplo, a partir de la promulgación de normas como la Legge anticorruzione italiana de 2012<sup>17</sup>.

Aunque existan experiencias previas que podrían entenderse como una manifestación prístina de la figura<sup>18</sup>, el programa de cumplimiento empresarial nace en la normativa estadounidense como reacción a distintos supuestos de corrupción que habían tenido lugar durante los años setenta, como los de Watergate (1972) o Bananagate (1975), que dejaron en evidencia cómo partidos políticos (como el Partido Republicano) y empresas privadas (como Chiquita

*posteriori* a la puesta en marcha de los procedimientos, impulsando y promoviendo su adopción por parte de los sujetos regulados. Por último, la autorregulación regulada o coregulación supone la colaboración entre el poder público y los entes regulados a la hora de elaborar las normas que les son de aplicación a los segundos. Véanse en este sentido: IVÓ COCA VILA, "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en Jesús María Silva Sánchez (dir.) y Raquel Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 45; y MARÍA MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, 2005, en su totalidad.

15 Como han puesto de presente JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, "Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación", *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 106 y ss., o MARÍA MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público*, en su totalidad.

16 ADÁN NIETO MARTÍN, "De la ética pública al "public compliance": Sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas", en Adán Nieto Martín y Manuel Maroto Calatayud (coords.), *Public compliance: Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 191-210.

17 *Ibid.*, pp. 31 y ss.

18 ADÁN NIETO MARTÍN, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 27 y ss.

Brands International) habían realizado prácticas orientadas al chantaje, la extorsión, la financiación irregular de campañas políticas o el soborno. Como reacción a esta situación la U. S. Securities and Exchange Commission puso de relieve los efectos perniciosos que habían tenido estas prácticas corruptas: desde el incremento de gastos procesales, hasta la falta de confianza de los inversores en los mercados. Como antídoto a esta situación se empezaría a impulsar el comportamiento ético dentro de las organizaciones públicas (a través de la Ethics in Government Act de 1978) como privadas (mediante la Foreign Corrupt Practices Act de 1977).

Las décadas posteriores supusieron significativos avances en la configuración de esta herramienta para impulsar el autocontrol empresarial en Estados Unidos. En 1984, la Sentencing Reform Act, impulsada por la United States Sentencing Commission, admitió la atenuación de condenas fundada en la implementación de programas de cumplimiento. En 1991, las Federal Organizational Guidelines homogeneizaron y contribuyeron a la generalización en el uso de la figura<sup>19</sup>. Durante las décadas de 1990 y 2000, los informes del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (informes COSO) siguieron impulsando su uso, que se demandó aún más necesario a medida que salían a la luz nuevos escándalos empresariales como el del caso Enron en 2001. A resultas de lo anterior la Sarbanes-Oxley Act de 2001 volvió a referirse a la figura para incrementar las exigencias de control interno en las empresas. Los programas de cumplimiento empresarial han ido incorporando paulatinamente cláusulas enfocadas a prevenir infracciones en ámbitos diversos, que van desde el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (a partir de las exigencias incorporadas a la USA Patriot Act de 2001 y la Victory Act de 2003), hasta la protección medioambiental (en base a las directrices de la Environmental Protection Agency)<sup>20</sup>.

La figura lleva décadas instalada también en Europa. En el Reino Unido, siguiendo la estela estadounidense, la incorporación del programa de cumplimiento se produce en la década de 1990. Así, el informe Nolan de 1995, fruto del comité de expertos convocado en 1994 por el primer ministro John Major, sería el punto de partida para la adopción de la figura por el ordenamiento británico<sup>21</sup>.

19 Como indica DIANA E. MURPHY, "The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics", *Iowa Law Review*, vol. 87, n.º 2, 2004, pp. 697-719.

20 JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, "Contratación pública y compliance ambiental", en Ricardo Rivero Ortega (Coord.), *Innovación en las normas ambientales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 162 y ss.

21 Véanse en tal sentido: MANUEL MARTÍNEZ BARGUENO, "Informe Nolan (Normas de conducta de la vida pública)", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 5-6, 1996, p. 209; ADÁN NIETO MARTÍN, "De la ética pública al public compliance", pp. 31 y ss.; o MANUEL

Más allá del ámbito anglosajón, hay que destacar la decisiva influencia del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales e Internacionales, impulsado por la OCDE en 1997 a partir de que distintos países europeos adoptaron la figura, vinculándola a la atenuación o limitación de la responsabilidad penal y administrativa<sup>22</sup>. Como ejemplo de la incorporación de la figura a las legislaciones de la Europa continental podemos destacar los casos de Italia a través del Decreto Legislativo del 8 de junio de 2001, n.º 231, "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità jurídica, a norma dell'articolo 41 della legge 29 settembre 2000, n. 300*"; España, mediante la modificación del Código Penal en 2010 y la incorporación de artículo 31.bis en 2015<sup>[23]</sup>; y Francia mediante la Ley n.º 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016, "*relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Ley Sapin II)*".

## 2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EMPRESARIAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: INTEGRACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS DE ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

El programa de cumplimiento empresarial se reveló como una herramienta eficaz a lo largo de los años para garantizar la integridad de las organizaciones privadas en relación con el cumplimiento de la normativa vinculada a muy distintas ramas del derecho, por lo que avanzaría la exigencia su implementación entre los contratistas con la Administración. Claro ejemplo de ello fue la aprobación de la Rehabilitation Act de 1973 y la Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act de 1974, que aludieron a la figura de cara a prevenir la discriminación en el acceso al empleo de personas con discapacidad y veteranos de guerra. En orden a garantizar la estandarización de los programas que buscaban evitar toda discriminación laboral amparada en los presupuestos estatales se crearía, en 1978, la Office of Federal Contract Compliance Programs como parte del Department of Labour, con el objetivo de supervisar los programas orientados a garantizar la correcta

VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 153.

22 En este sentido, véase CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Public procurement, contract compliance, and social policy in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 1996, en su totalidad.

23 Y que a través de instrumentos de *soft law* dirigidos tanto a las organizaciones privadas, como la Norma UNE-ISO 19600 de Sistemas de Gestión de *Compliance*, como al seno de las Administraciones públicas, como la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

aplicación de la legislación laboral por las empresas contratistas. Es preciso llamar la atención sobre cómo este modelo de cumplimiento empresarial entronca claramente con el concepto de "contratación pública estratégica"<sup>24</sup>.

El programa de cumplimiento empresarial cuenta con dos vertientes en el ámbito de la contratación pública: una positiva, cuando los licitadores incorporan voluntariamente programas de cumplimiento destinados a impulsar en la organización políticas públicas de un determinado signo, como las que se derivan de las normas a las que hacemos mención en el párrafo anterior. Y la negativa se da en el supuesto cuando el programa sirve para evitar un incumplimiento de la ley que les excluiría del proceso de contratación<sup>25</sup>. La Federal Acquisition Regulation impone la implementación de programas de cumplimiento por los contratistas con la Administración desde 2008. No obstante, a diferencia de la legislación de la Unión Europea, el examen del mismo se lleva a cabo con anterioridad a la adjudicación, evitando así cualquier limitación de la competencia<sup>26</sup>. Este modelo, como después veremos, es el seguido en algunos ordenamientos latinoamericanos, como el de Brasil.

En el ámbito comunitario, pese a existir ciertos antecedentes en la materia desde 2000<sup>[27]</sup>, no se abre la puerta definitivamente a la posible utilización generalizada de los programas de cumplimiento en el ámbito de la contratación pública hasta 2014. El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, tras enumerar los posibles motivos de exclusión del contratista, establece la posibilidad de que todo operador económico que pueda incurrir en causas de exclusión pueda evitar la imposición de la sanción aparejada –siempre que no recaiga sentencia ejecutiva– a través –entre otros requisitos– de la adopción de "medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas", que pueden constituir pruebas para poner de manifiesto su fiabilidad de los contratistas<sup>28</sup>.

24 Sobre el concepto, JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, "Compra pública estratégica", en Juan José Pernás García (coord.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 45-80.

25 CHRISTOPHER H. BOBIS, *EU procurement law*, p. 12; o CONCEPCIÓN CAMPOS-ACUÑA, *Aplicación práctica del compliance en la contratación pública*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 93.

26 CHRISTOPHER YUKINS, "Public Procurement Law: Key International Developments in 2014— Part I: An American Perspective on the New European Public Procurement Directives", *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper*, n.º 3, 2015. Recuperado de [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2356&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2356&context=faculty_publications) [consultado el 16 de junio de 2020].

27 TERESA MEDINA ARNÁIZ, *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 353.

28 *Ibid.*, pp. 350 y ss.

Aunque no se profundiza en el contenido de las características con las que deben contar los programas para considerarse efectivos y suficientes a la hora de levantar las prohibiciones de contratar, estas sí han sido objeto de atención por la jurisprudencia del TJUE en alguna ocasión<sup>29</sup>. En el marco del derecho de la competencia, el tribunal llegó a concluir que "La adopción de un programa de adecuación por parte de la empresa interesada no obliga a la Comisión a conceder una reducción en atención a dicha circunstancia (sentencia BASF y UCB/Comisión, citada en el apartado 143 supra, apartado 52)"<sup>30</sup>.

En todo caso, los parámetros para interpretar esta regulación se encuentran en el considerando 102 de la Directiva 2014/24 EU. Respecto a los requisitos de los programas se afirma que "podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización", sirviendo el programa en estos supuestos como "mecanismo de perdón". La decisión para determinar el órgano competente

29 En tal sentido caben destacar las conclusiones de la abogada general Juliane Kokott de 18 de abril de 2013 en relación con el asunto C-501/11 *P. Schindler Holding Ltd. y otros contra la Comisión Europea*. La misma resultó de la sanción impuesta en base al volumen de negocios alcanzado por la Comisión Europea, tanto a Schindler y las empresas vinculadas a la sociedad matriz, como a otras que, según descubrió la Comisión en 2007, formaban parte del denominado cártel de los ascensores. Según la conclusión 99 de Kokott: "Es posible que el programa de adecuación no pueda evitar razonablemente hasta la más nimia infracción. Sin embargo, un *compliance programme* que sea 'efectivo' debe ser capaz de evitar eficazmente prácticas colusorias graves y duraderas, así como de descubrir y poner fin inmediatamente a posibles infracciones legales que se hayan cometido. Según las apreciaciones (esencialmente no discutidas) del Tribunal General sobre la duración y sobre la gravedad de la participación de Schindler en el cártel de los ascensores, ni siquiera desde la más benévola de las consideraciones puede admitirse que sea ése el caso. Por lo tanto, en modo alguno se puede considerar que Schindler hubiera 'hecho todo lo que estaba en sus manos' para evitar las prácticas colusorias controvertidas, y tampoco el Tribunal General ha declarado tal cosa en ningún punto de la sentencia recurrida, pese a la insistente alegación de Schindler en ese sentido". En el mismo sentido, la sentencia de la sala segunda del tribunal de primera instancia del 12 de diciembre de 2007 *BASF AG y UCB SA c. Comisión de las Comunidades Europeas* (asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05).

30 Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 *Schindler Holding y otros contra Comisión Europea* (asunto T-138/07), en la que a renglón seguido destaca que "aunque es sin duda importante que una empresa tome medidas para impedir que los miembros de su personal cometan en el futuro nuevas infracciones del derecho de la competencia de la Unión, la adopción de tales medidas en nada cambia la realidad de la infracción probada. La Comisión no está, pues, obligada a calificar ese elemento como una circunstancia atenuante".

a la hora de evaluar la validez del programa le corresponde con toda autonomía a los Estados miembros.

La Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) reconoce expresamente que "determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan". Estas "medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas" se toman en consideración en todo momento desde que se declaren las prohibiciones de contratar, siempre y cuando se haya pagado o exista el compromiso de pago de las multas o indemnizaciones correspondientes. Sin embargo, no pueden tenerse en cuenta en el supuesto de que la empresa contratista haya sido condenada mediante sentencia firme por una serie de delitos, tales como los relativos "a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio" (artículo 72 LCSP). La competencia para realizar comprobaciones les corresponde a distintos órganos en función del supuesto ante el que nos encontremos: será el órgano de contratación (mismo que dictó la resolución relativa a la prohibición), en relación con determinados casos, el ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en otros. Además, en determinados supuestos, resultan competentes los órganos competentes en el ámbito de las comunidades autónomas o el titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control<sup>31</sup>.

### 3. LA INCORPORACIÓN DEL COMPLIANCE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS

Son varios los países de América Latina en los que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A resultas de ese reconocimiento, los distintos textos legales han establecido como posible causa de atenuación

31 Sobre este particular ha tenido la ocasión de pronunciarse el TJUE en la sentencia de 24 de octubre de 2018 *Vossloh Laeis GmbH contra Stadtwerke München GmbH* (asunto C-124/17), dejando claro que no entiende necesario que sea una autoridad distinta al poder adjudicador la que determine la validez del programa de cumplimiento.

de la sanción e incluso como eximente, la adopción de medidas tendentes a evitar la futura comisión de ilícitos por parte de los responsables, lo que se conoce habitualmente como *compliance* penal.

Aunque exista una tendencia global al reconocimiento de la autorregulación como instrumento para la lucha contra la corrupción desde la década de los setenta, su extensión en los países de América Latina ha venido marcada en buena medida por la adopción de una serie de acuerdos internacionales, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (1997), la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, C(97)123/Final (1997) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004)<sup>32</sup>. Precisamente, la adopción de medidas tendentes a la lucha contra la corrupción en el marco de la iniciativa anticorrupción de la OCDE en América Latina y el Caribe se convirtió en una exigencia de la organización para aceptar la integración de nuevos países en la misma y se encuentra directamente relacionada con el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados Estados y la entrada en la organización de Chile (en 2010) o Colombia (en 2018).

Chile fue el primero de los países de América Latina que introdujo esta medida a través de la Ley n.º 20.393 de 2009, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho y receptación<sup>33</sup>. La norma prevé entre las circunstancias atenuantes de la responsabilidad "la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación" (artículo 6). El catálogo de ilícitos se amplió con el paso del tiempo, de tal forma que la Ley n.º 21.121, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, hizo referencia a la apropiación indebida, la negociación incompatible, los nuevos delitos de corrupción entre particulares, el tráfico de influencias entre particulares y la administración desleal. A su vez, se incorporó el artículo 260 *quáter* en el

32 A los que habría que sumar otros acuerdos internacionales como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio de 1994, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras de 2014, la Decisión 037/2017 (Protocolo de Contrataciones Públicas) del Mercosur o el Compromiso de Lima de 2018. MIRKO A. MALDONADO-MELÉNDEZ, "La contratación de obra pública y las causales de rescisión por actos de corrupción", p. 335.

33 IVÁN NAVAS MONCADA y ANTONIA JAAR LABARCA, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena", *Política Criminal*, n.º 26, 2018, pp. 1.027-1.054. Recuperado de <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A10.pdf> [consultado el 15 de junio de 2020].

Código Penal, que define entre los atenuantes la cooperación eficaz ("suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines de esclarecer la responsabilidad") que "sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito", pudiendo reducir el tribunal en estos casos la pena en hasta dos grados.

En Bolivia, la Ley 004 de 2010 de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, determinó que podían incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado las personas jurídicas, debiendo restituir al Estado los bienes afectados además de los obtenidos como producto del delito, siendo sancionadas con una multa del 25 % de su patrimonio (artículo 28). No obstante, la regulación se produjo de forma mucho más detallada a partir de lo determinado en los artículos 65 a 77 del Código del Sistema Penal, aprobado en 2017. El mismo identifica en su artículo 68 como causa de exención de la responsabilidad los supuestos en los que concurran tres requisitos. El primero, que las personas actúen en interés o beneficio propio. El segundo, que no se haya generado ningún beneficio para la organización. El último, que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia –antes de la comisión de la infracción– "modelos de organización y gestión que incluyan medidas de prevención, vigilancia y control idóneos y debidamente certificados por el órgano de regulación competente para prevenir infracciones de la misma naturaleza o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión", siempre y cuando el mismo haya sido supervisado por un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos.

México incorporó a través del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014 la responsabilidad penal de las personas jurídicas a su ordenamiento a lo largo de los artículos 421 a 425<sup>[34]</sup>. La responsabilidad se prevé en relación a los delitos previstos en el artículo 11 bis del Código, que incluyen tráfico de influencias, cohecho y fraude contra el ambiente, en materia de derechos de autor, propiedad industrial o fraude fiscal. Lo relevante a objeto de nuestro estudio es que el artículo 11.bis establece que "en todos los supuestos previstos [...], las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes

34 Véase en tal sentido a LIMÍ ABRAHAM LEÓN MELCHOR, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México, una comparación con la legislación española vigente", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 46, 2018, pp. 187-210.

o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico".

También en 2014 entró en vigor en Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, que prevé en sus artículos 49 y 50 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, la norma ecuatoriana no prevé la adopción de programas de *compliance*.

En Perú fue la Ley 30.424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional de 2016 (modificada por el Decreto 1352), la que incorporó al ordenamiento peruano un modelo de responsabilidad muy similar al existente en la normativa española<sup>35</sup>. Tras la reforma de 2018, la norma hace referencia a una relevante cantidad de delitos<sup>36</sup>. Su artículo 12.e contempla la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención como posible atenuante. Por su parte el artículo 17 prevé un "eximente por implementación de modelo de prevención" (que en la redacción original de la norma solo se contemplaba como atenuante) y describe pormenorizadamente las características que debe tener este modelo<sup>37</sup>.

35 CARMEN ROCÍO FERNÁNDEZ DÍAZ y RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú", *Derecho PUCP*, n.º 77, pp. 349-379.

36 "Delitos previstos en los artículos 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo n.º 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, y, en el artículo 4-A del Decreto Ley n.º 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio" (artículo 1 en su última redacción).

37 Concretamente se establece que: "17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

17.2. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:

17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña

En 2017 entró en vigor en Argentina la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos. La norma prevé entre los elementos a partir de los cuales graduar la pena "la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores o partícipes" y "la disposición para mitigar o reparar el daño", y como posible eximente, la implementación de "un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito".

Pese a los compromisos internacionales en la materia y la globalización del derecho de contratos al que hemos referencia en páginas anteriores, las heterogéneas legislaciones en materia de contratación pública de los países de la región<sup>38</sup> siguen enmarcadas en sistemas democráticos cuyas características dificultan una efectiva prevención efectiva de la corrupción<sup>39</sup>. No en vano, ninguno de los países de América Latina forma parte del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, y solo Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Paraguay forman parte del mismo, a título de observadores. Ninguno negocia actualmente su adhesión. En todo caso, es preciso destacar que, en la línea mencionada al referirnos a la responsabilidad penal, la OCDE continúa impulsando la homogeneización de los sistemas de contratación pública latinoamericanos<sup>40</sup>.

Es importante resaltar que la consecución de objetivos vinculados a distintas políticas públicas a través de la actividad contractual de las

y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.

17.3. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.4. Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado".

38 Una visión panorámica de las mismas puede encontrarse en JOSÉ LUIS BENAVIDES y PABLO MORENO CRUZ (eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2016, en su totalidad.

39 Concretamente "serios vacíos en financiación política, escasa regulación de gestión de intereses en connivencia con una campante impunidad y ausencia de un sistema de integridad en la función pública, aunado a una indebida aplicación y en ciertos casos inobservancia de un derecho administrativo supranacional". MIRKO A. MALDONADO-MELÉNDEZ, "La contratación de obra pública y las causales de rescisión por actos de corrupción", p. 337.

40 Destacando singularmente en ese sentido el Informe de la OCDE. OCDE, *Informe Integridad para el buen gobierno en América Latina y el Caribe: de los compromisos de acción*, Washington: OCDE Publishing, 2018, en su totalidad.

Administraciones, superando el tradicional esquema de la contratación pública burocrática, no es tampoco ajena a la evolución de las legislaciones latinoamericanas en la materia. Como apuntamos en páginas precedentes, el programa de cumplimiento puede configurarse como una herramienta adecuada para la consecución de los mismos. La adopción voluntaria de programas de cumplimiento por parte de los contratistas con la Administración puede servir para impulsar un cambio de paradigma en la contratación pública latinoamericana.

A modo de ejemplo, Colombia Compra Eficiente, entidad rectora de la contratación pública, ha desarrollado la Guía de Compras Públicas Sostenibles con el Ambiente y la Guía de Compras Públicas Socialmente Responsables<sup>41</sup>. Su finalidad es guiar a los responsables de dirigir la actividad contractual en las distintas instituciones en torno a las determinaciones contenidas en el Conpes 3934 (aprobado en 2018 para establecer los lineamientos de la política de crecimiento verde del país hasta el año 2030, en conexión con los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030) y en el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa (aprobado para un periodo de 2019 a 2022 con el fin de impulsar un desarrollo económico respetuoso con el respeto a los derechos humanos). En la primera aparecen referencias al análisis del ciclo de vida –explicando el concepto y la relevancia de incorporarlo como criterio de adjudicación, fundamentalmente en relación con los contratos relativos a obras–, se incorpora un catálogo de buenas prácticas a llevar a cabo por las entidades públicas y se recoge un banco de herramientas para extender el concepto de compras públicas sostenibles entre los responsables de procedimientos de contratación desde distintas perspectivas. Entre estas se encuentran fichas técnicas con criterios de sostenibilidad del Ministerio de Ambiente, distintas guías y manuales o referencias a la Misión de Crecimiento Verde, a la Red Interamericana de Compras Gubernamentales o al Plan de Acción Nacional de Compras Públicas sostenibles. En la segunda se abordan cuestiones como la aplicación de los principios rectores sobre empresas y los derechos humanos al sistema de compra pública o las buenas prácticas, e incentivos y penalidades para incentivar compras públicas socialmente responsables.

Por su parte, dentro de Chilecompra, Compras Sustentables supuso una apuesta por incorporar la protección del medio ambiente y la responsabilidad social como criterios fundamentales en el desarrollo de la actividad

41 Véase sobre el sistema de contratación pública en Colombia RICARDO RIVERO ORTEGA y HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, *Derecho administrativo general*, Bogotá: Ibáñez, 2017, pp. 335-353.

contractual de la Administración<sup>42</sup>. Se fundamentó en la creación de un Consejo Consultivo de Compras Públicas Sustentables para asesorar a Chilecompra en el desarrollo de una política de compras públicas verdes y en el que participan desde representantes de los ministerios de Medio Ambiente y Obras Públicas hasta miembros de algunas de las universidades más prestigiosas del país, pasando por delegados de la Agencia Chilena de Eficiencia Energética, de la Superintendencia de Seguridad Social o del Consejo Nacional de Producción Limpia. En un sentido similar hay que destacar el trabajo llevado a cabo por el Consejo de la Sociedad Civil de Chilecompra, formado por representantes de organizaciones civiles sin fines de lucro periódicamente elegidos y a través del cual se pretende plasmar en el diseño de la política de compras públicas distintas sensibilidades sociales. En la actualidad forman parte del mismo un amplio conjunto de miembros que van desde representantes de las asociaciones en defensa de los consumidores y usuarios hasta representantes de pequeñas y medianas empresas o de Transparencia Internacional.

No encontramos, sin embargo, muchos países de América Latina en los que se prevea la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y su posible atenuación en su condición de contratistas con la Administración a partir de la adopción de programas de cumplimiento o la exigencia previa del mismo para poder participar en licitaciones públicas. A lo largo de los dos siguientes subepígrafos nos centramos en los que han realizado esta incorporación a su ordenamiento: Brasil y Colombia.

### 3.1. BRASIL

En 2013 entró en vigor a nivel federal la Ley 12.846, "*que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*", también conocida como Ley Anticorrupción. Su artículo 7.VII determina que "deben ser tenidos en cuenta en relación a la aplicación de las sanciones la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo para la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta en el ámbito de la persona jurídica". Dentro de los actos ilícitos vinculados a esta posibilidad, están los previstos en la ley 8.666, de 21 de junio de 1993, "*que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providência*"<sup>43</sup>.

42 ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ, "El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra", *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016, p. 364.

43 La incorporación del *compliance* en el ámbito de la contratación pública en Brasil había sido reclamada previamente por la Estrategia Nacional de Combate à Corrupção e à

Sin embargo, el impulso a la adopción de programas de *compliance* por las empresas brasileñas dedicadas a la contratación pública no era algo nuevo. En 2010, a partir de un acuerdo firmado entre la Contraloría General de la Unión y el Instituto Ethos<sup>44</sup>, se creó el "sello Pro-Ética" (que las empresas pueden obtener a partir de la inscripción en el Catastro Nacional de Empresas Comprometidas con la Ética y la Integridad). El Catastro funciona como un banco de datos que recoge el nombre de las empresas que voluntariamente adoptan medidas orientadas a la creación de un ambiente más íntegro, ético y transparente en sus relaciones con el sector privado y público, contando con similitudes con la figura del *nudge*, es decir, los refuerzos positivos y sugerencias indirectas por parte de la Administración que persiguen alinear a las empresas privadas en torno a determinados objetivos (en este caso, la lucha contra la corrupción)<sup>45</sup>. Según lo establecido en el Reglamento do Catastro Nacional de Empresas Comprometidas con la Ética y la Integridad, el Comité Gestor (formado por miembros designados por la propia Contraloría, además de por miembros designados por el Instituto Ethos y otras entidades) es el encargado de decidir la incorporación de las distintas organizaciones interesadas, a través del examen de un formulario electrónico presentado ante el Comité.

Dos años después de la entrada en vigor de la Ley Anticorrupción, el Decreto 8.420 de 18 de marzo de 2015 que "*Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências*" definió el programa de integridad como "el conjunto de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo para la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta, políticas y directrices con el objeto de detectar y sanar desvíos, fraudes, irregularidades y actos ilícitos practicados contra la Administración brasileña o extranjera". Asimismo, estableció que el mismo debe ser "estructurado, aplicado y actualizado de acuerdo con las características

Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), creada en 2003 como principal red de articulación para la coordinación y el impulso a la política anticorrupción en Brasil, integrando una serie de órganos de las ramas legislativas, ejecutiva y judicial, y de los distintos niveles de la Administración brasileña.

44 El instituto Ethos de Empresa y Responsabilidad social es una organización de la sociedad civil de interés público (OSCIP) creada en 1998 por un grupo de empresarios con el objeto de movilizar, sensibilizar y ayudar a las empresas a gestionar sus negocios de forma socialmente responsable.

45 Véanse en relación a la figura a RICARDO RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 125 y ss.; y DANIEL TERRÓN SANTOS, "La nueva actividad pública de fomento: el "green nudge" en la actual contratación pública", *Gestión y análisis de políticas públicas*, n.º 22, 2019, pp. 24-39.

y riesgos actuales de las actividades de cada persona jurídica, la cual por su parte debe garantizar la continua mejora y adaptación del programa, buscando garantizar su efectividad" (artículo 41).

Más allá de definir los parámetros en torno a los cuales debe diseñarse el programa (artículo 42), el Decreto regula detalladamente el Processo Administrativo de Responsabilização (artículos 2 y siguientes) y los términos en los que puede realizarse el *acordo de leniência* (artículos 28 y siguientes). Además, incorpora la referencia al Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que contiene informaciones referidas a las sanciones administrativas impuestas a las personas físicas o jurídicas que impliquen una restricción al derecho a participar en licitaciones o celebrar contratos con la Administración pública brasileña (federal, estatal o local).

La aprobación a nivel estatal de las leyes 7.753/2017 de 17 de octubre de 2017 de Rio de Janeiro, 6.11/20182 de 2 de febrero do Distrito Federal, 4.730/2018 de 27 de diciembre del Estado do Amazonas y 20.489/2019 de 10 de junio del Estado de Goiás, supuso un punto de inflexión, en la medida en que en diferentes estados de Brasil se ha pasado de contemplar los programas de cumplimiento como posible atenuante o eximente, a exigir su implementación a los contratistas como requisito previo para acceder a procesos de contratación pública<sup>46</sup>. Esta exigencia había sido introducida previamente en otros ámbitos como el de la regulación bancaria a partir de lo establecido por el artículo 2 de la Resolución 4.595, de 28 de agosto de 2017, de Bacen<sup>47</sup>.

La Ley 7.753 establece la necesidad de que adopten programas de cumplimiento todas las empresas (con independencia de su forma jurídica y siempre que tengan sede, filial o representación en territorio de Brasil), que celebren un contrato con las Administraciones del Estado de Rio por un monto superior a los 1,5 millones de reales (en los contratos de obras y servicios de ingeniería) y 650.000 reales (en los de compras y servicios), siempre que el plazo para la ejecución del contrato sea superior a 180 días y con independencia de que se use el mecanismo de la subasta electrónica. La norma prevé un plazo similar para que los contratistas que no cuenten con un programa de cumplimiento lo implementen.

46 RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA y JÉSSICA ACOCELLA, "A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal", *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 17, n.º 64, 2019, pp. 15 y ss.; y FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO y AMANDA SCALISSE SILVA, "A Exigência de Compliance nas Contratações Públicas", en Ana Flávia Messa, João Luiz Martins Esteves y Paulo de Tarso Domingues (comps.), *Governança, Compliance e Corrupção*, São Paulo: Almedina Brasil, 2020, en su totalidad.

47 En tal sentido el Proyecto de Ley 7149/17 determina que: "As pessoas jurídicas que celebrarem contrato com a administração pública deverão desenvolver programas de compliance a serem observados na definição de toda as estratégias da empresa" (artículo 4).

El programa de cumplimiento se define por la norma fluminense como “el conjunto de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoria e incentivo para la denuncia de irregularidades y en la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta, políticas y directrices con el objetivo de detectar y reparar desvíos, fraudes, irregularidades y actos ilícitos practicados contra la Administración del Estado” (artículo 3). Se exige una actualización permanente del mismo de acuerdo con las características y riesgos que la empresa asume en cada momento. El artículo 4 establece a su vez una serie de parámetros para evaluarlo<sup>48</sup>. El incumplimiento de la obligación impuesta supone la posible imposición de una multa del 0,02 % por día de retraso en la implementación sobre el valor del contrato (limitándose al 10 %). Si este se produce durante la vigencia del contrato, da lugar a la prohibición de seguir contratando con la Administración.

48 Art. 4º. O Programa de Integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I—comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, quando aplicado, evidenciados pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II—padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III—padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV—treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade;

V—análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao Programa de Integridade;

VI—registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII—controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII—procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX—independência, estrutura e autoridade da instância responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X—canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI—medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade;

XII—procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII—diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV—verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV—monitoramento contínuo do Programa de Integridade, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Federal nº 12.846 de 2013;

XVI—ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”.

En la norma de Rio de Janeiro se atribuyen multitud de funciones al gestor del contrato, que según el artículo 67 de la Ley 8.666 es el "encargado de monitorear y supervisar el contrato como representante de la Administración especialmente designado para este fin, a quien se permite contratar a terceros para que lo ayuden y subsidien con información relevante". Entre estas se encuentran las de fiscalizar la implementación del programa de integridad garantizando la aplicación de la Ley o informar al *ordenador de despesas* (encargado de gasto) sobre el incumplimiento del plazo para la implementación del programa<sup>49</sup>.

En el Distrito Federal, la Ley 6.112 –algo más limitada que la anterior, fundamentalmente a partir de las modificaciones operadas por la Ley 6.308, de 13 de junio de 2019– establece la obligatoriedad de poner en marcha un programa de integridad para los contratistas con la Administración, siempre que los contratos tengan un valor global igual o superior a 5 millones de reales y que la validez o ejecución del contrato sea superior a 180 días.

Una particularidad reseñable de la norma es que impone, a partir de lo establecido en el artículo 6, mayores exigencias al gestor del contrato (que tiene que asegurarse de la idoneidad del programa teniendo en cuenta múltiples parámetros de la entidad contratista en relación a los cuales se introducen además conceptos jurídicos indeterminados como "complejidad de la jerarquía interna" o el "grado de interacción con el sector público")<sup>50</sup>. Con relación a la evaluación se exige que el contratista presente un informe de perfil y otro de cumplimiento del programa sujeto a las (limitadas) disposiciones contenidas en la norma y en la Ley Anticorrupción. Por el incumplimiento de esta obligación, se prevé una multa equivalente al 0,08 % por día sobre el valor actualizado del contrato (limitado al 10 % de su importe).

La Ley 4.730/2018 de 27 de diciembre del Estado de Amazonas establece la exigencia de adopción de programas de integridad para los contratistas con las Administraciones del Estado, siempre que el contrato tenga un importe superior a 3,3 millones de reales para obras y servicios de ingeniería y 1,43 millones para compras y servicios, y que el plazo de duración sea superior a 180 días (artículo 1). La norma da el mismo plazo para su implantación desde la firma del contrato (artículo 5). Además de determinar los parámetros en base a los cuales es preciso evaluar el programa (artículo 4)<sup>51</sup>, establece una multa del 0,02 % por día sobre el valor del contrato celebrado limitado al

49 Art. 80. § 1º Decreto-Ley 200 de 25 de febrero de 1967: "*Ordenador de despesas é tóda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda*".

50 RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA y JÉSSICA ACOCELLA, "A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas", p. 22.

51 "*I—comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os Conselhos, quando aplicado, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao Programa*,"

10 % de su valor, no pudiendo contratar la empresa con el Estado hasta que regularice su situación (artículo 7).

La Ley 20.489/2019 de 10 de junio del Estado de Goiás establece la exigencia de programas de *compliance* para los contratistas que mantuvieran contratos por un plazo igual o superior a 180 días siempre que superaran el importe de 650.000 reales para contratos de obras y servicios y 1,5 millones de reales para obras y servicios de ingeniería (artículo 1). La conceptualización del programa en la norma se establece en base a los parámetros

*II—padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;*

*III—padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, quando, em qualquer fase de execução, a prestação tenha o Estado como destinatário;*

*IV—treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade;*

*V—análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao Programa de Integridade;*

*VI—registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;*

*VII—controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;*

*VIII—procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, meios que serão definidos em regulamento, bem como os princípios orientadores na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;*

*IX—independência, estrutura e autoridade da instância responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento;*

*X—canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;*

*XI—medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade;*

*XII—procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;*

*XIII—diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;*

*XIV—verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturaciones societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;*

*XV—monitoramento contínuo do Programa de Integridade, com vistas ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5.º da Lei Federal n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013;*

*XVI—ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza.*

*Parágrafo único. A avaliação do Programa de Integridade será efetuada por comissão formada por 03 (três) membros, com a seguinte formação:*

*I—01 (um) membro oriundo da Controladoria-Geral do Estado, que exercerá a função de Presidente da comissão;*

*II—01 (um) membro oriundo da Procuradoria-Geral do Estado, que exercerá a função de Vice-Presidente;*

*III—01 (um) membro oriundo da Secretaria da Fazenda”.*

determinados en el artículo 5<sup>[52]</sup>. Como en los casos anteriores, el plazo para la implementación del programa es de 180 días, siendo la multa prevista en caso de incumplimiento de esta obligación del 10 % del valor actualizado del contrato por día (artículo 7). La no regularización de la situación durante la duración del contrato puede dar lugar, además de a la rescisión, a la imposibilidad de contratar con el Estado de Goiás por un periodo de dos años (artículo 8).

### 3.2. COLOMBIA

Aunque existan antecedentes en cuanto a la regulación del *compliance* y su incidencia en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (como en el Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o la Ley 1471 de 2011, por medio de la cual se dictan normas relacionadas con la rehabilitación integral de los miembros de la Fuerza Pública, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal)<sup>53</sup>, la responsabilidad administrativa vinculada a la contratación pública se prevé en la Ley 1778 de 2016. La misma determina

- 52 “I—padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independente de cargo ou função exercidos;  
II—treinamentos periódicos sobre Programa de Integridade;  
III—análise periódica de riscos para realização e adaptações necessárias ao Programa de Integridade;  
IV—registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;  
V—controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras de pessoa jurídica;  
VI—procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como o pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;  
VII—independência, estrutura e autoridade da instância responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento;  
VIII—canais de denúncia de irresponsabilidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;  
IX—medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade;  
X—procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidade ou infração detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;  
XI—ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”.
- 53 FRANCISCO BERNATE OCHOA, “El *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. X, n.º 20, 2018, p. 41. Recuperado de <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/issue/view/155> [consultado el 18 de junio de 2020]; o LINA FERNANDA HENAO BELTRÁN y FABIO ANDRÉS BONILLA SANABRIA, “Los programas de cumplimiento como una herramienta del gobierno corporativo. Análisis de sus características y fundamentos

que las personas jurídicas que por medio de uno o varios empleados, contratistas, administradores o asociados propios o de cualquier persona jurídica subordinada den, ofrezcan o prometan a un servidor público extranjero, directa o indirectamente sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que el servidor público realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, serán sancionadas administrativamente (artículo 2).

Entre las sanciones previstas se encuentran la multa de hasta 200.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la inhabilidad para contratar con el Estado por hasta 20 años a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada, la publicación en medio de amplia difusión y la página electrónica de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un año o la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio gubernamental en cinco años (artículo 5). Lo relevante a efectos de nuestro estudio es que, como criterio de graduación de las sanciones, se contempla expresamente "La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa".

Respecto a los mismos, es el artículo 23 el que establece los parámetros a seguir. Sin embargo, el precepto tan solo apunta a que la Superintendencia de Sociedades debe promover en las personas jurídicas sujetas a vigilancia "la adopción de programas de transparencia y ética empresarial de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y mecanismos de prevención" en relación con las conductas señaladas en el artículo 2 de la norma. Es responsabilidad de la Superintendencia determinar qué personas jurídicas se sujetan a este régimen en base a criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados o el objeto social.

En virtud de lo anterior, la Superintendencia de Sociedades publicó la Circular Externa 100-000003 de 2016, que hace referencia a la guía destinada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016 (o guía de prevención antisoborno). La misma utilizó como criterio fundamental a partir de cual identificar a las empresas obligadas a adoptar programas de cumplimiento que habitualmente hubieran realizado negocios con personas extranjeras, teniendo en tal caso la obligación de implementarlos antes del 31 de marzo de 2017.

normativos", en Juan Carlos Henao Pérez y Carmen Eloísa Ruíz López, *Corrupción en Colombia*, t. III, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018, pp. 300-353.

## CONCLUSIONES

La externalización de la inspección administrativa –reservada a la Administración bajo determinados parámetros en un Estado social y democrático de derecho– es un fenómeno imparable desde hace décadas a partir de la realidad científica, económica y técnica a la que los poderes públicos tienen que enfrentarse. Paralelamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido introduciéndose en los ordenamientos jurídicos de muchos países de América Latina. Como consecuencia de lo anterior, se han reconocido los programas de cumplimiento como posible atenuante o eximente de la responsabilidad, en conexión con pactos y acuerdos internacionales de lucha contra la corrupción y procesos de integración en organizaciones internacionales como la OCDE. Por todo lo anterior, es previsible la integración de la figura en los sistemas de contratación pública de distintos países latinoamericanos.

El reconocimiento de estos programas está asentado en Brasil. Distintos Estados exigen su adopción por todas las empresas que pretendan contratar con las Administraciones. Sin embargo, el modelo puede ser problemático, entre otras cosas porque limita la posible participación de las pequeñas y medianas empresas, que tienen menor capacidad económica. En Colombia, pese al reconocimiento expreso de la figura en el ámbito administrativo, falta aún un considerable desarrollo legislativo.

La integración de la figura en el marco de la contratación pública cuenta con una doble dimensión. Como mitigante de la responsabilidad penal y administrativa, se puede identificar con el interés particular de las empresas concernidas. Pero, además, desde la perspectiva del interés general perseguida por el derecho administrativo, la incorporación del programa de cumplimiento se configura como un instrumento preventivo en la lucha contra la corrupción.

Su relación directa con el ejercicio de la potestad de inspección exige una reflexión y una regulación pormenorizadas, acordes a la concreta realidad con la que se enfrenta cada sistema de contratación. ¿Cuál debe ser el contenido del programa? ¿Quién debe llevar a cabo el control de que cumpla determinados parámetros? Parece lógico que debe hacerlo la Administración, ya que estamos ante una nueva forma de inspección, pero ¿a través de un servicio especializado? ¿De las contralorías? ¿De las superintendencias vinculadas a la contratación pública? ¿De un nuevo órgano autónomo especializado? Si es así, ¿cómo configurarlo?

Podemos concluir que todo dependerá del grado de especialización y autonomía con el que cuente la entidad. Ello estará vinculado tanto a la existencia de una configuración legal que garantice la plena independencia en la toma de decisiones de quien la dirige –garantizando su autonomía respecto del ejecutivo a partir de la elección por consenso suficiente y la existencia de mandatos no coincidentes con los de naturaleza política– como

a la suficiencia de personal capacitado y su grado de profesionalización, asegurando la transparencia en el acceso, la selección por mérito, la evaluación por objetivo o la formación continua.

Por otra parte, ¿deben ser opcionales u obligatorios? ¿Cuál es el efecto que debe tener en cada caso concreto? Y, por último, ¿quién debe decidir en última instancia que concurren las circunstancias vinculadas al programa para decidir la limitación de la responsabilidad en la que ya se ha incurrido? Si le damos esa atribución a la propia Administración licitadora sin supervisión externa, podríamos estar favoreciendo la perpetuación de la corrupción.

El tejido económico de América Latina está plagado de pequeñas y medianas empresas económicamente incapaces, en muchos casos, de adaptarse a esta realidad a corto plazo. Sin embargo, promover su participación en el mercado de la contratación es un objetivo a perseguir que supone múltiples ventajas. Por otra parte, la obligatoriedad del programa puede derivar en su banalización y pérdida de eficacia, al dar lugar a la creación de un mercado oligopolístico de –pocas– empresas dedicadas a la elaboración de programas estandarizados para otras –pocas– empresas capaces de adquirirlos. De esta manera se incorporaría un nuevo escenario en el ámbito de la contratación pública más sensible a la existencia de prácticas corruptas.

En definitiva, es preciso ser prudente en cuanto al reconocimiento de la figura, diseñando legalmente con detalle los puntos examinados en los epígrafes anteriores a partir de un análisis minucioso, así como otras cuestiones de no menor relevancia, como la configuración de las ordenanzas e instrucciones sobre el contenido de los programas de cumplimiento o el establecimiento de un sistema de recursos que cuente con las mayores garantías para los contratistas. Tanto ante un órgano especializado como, a mayores, ante los tribunales de justicia. De lo contrario, la introducción de la figura en el contexto de la contratación pública, podría resultar incluso contraproducente.

## BIBLIOGRAFÍA

- BECK, ULRICH. *Risikogesellschaft—Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS, Y PABLO MORENO CRUZ (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO. "El *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. X, n.º 20, 2018.
- BOBIS, CHRISTOPHER H. *EU procurement law*, 2.ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

CAMPOS-ACUÑA, CONCEPCIÓN. *Aplicación práctica del compliance en la contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, RAFAEL, Y JÉSSICA ACOCELLA. "A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal". *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 17, n.º 64, 2019.

CHIARELLO DE SOUZA PINTO, FELIPE, Y AMANDA SCALISSE SILVA. "A Exigência de Compliance nas Contratações Públicas". En Ana Flávia Messa, João Luiz Martins Esteves y Paulo de Tarso Domingues (comps.), *Governança, Compliance e Corrupção*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

COCA VILA, IVÓ. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?". En Jesús María Silva Sánchez (dir.) y Raquel Montaner Fernández (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

DARNACULLETA I GARDELLA, MARÍA MERCÈ. "El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?". *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016.

DARNACULLETA I GARDELLA, MARÍA MERCÈ. *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental". En José Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local*, 2.º ed. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.

FERNÁNDEZ DÍAZ, CARMEN ROCÍO, Y RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio comparado entre España y el Perú". *Derecho PUCP*, n.º 77, 2016.

FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Comares, 2002.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. "La prevención de la corrupción en la contratación pública". En Adán Nieto Martín y Manuel Maroto Calatayud (coords.), *Public compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

- GARCÍA JIMÉNEZ, ANTONIO. "El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra". *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016.
- GARCÍA URETA, AGUSTÍN. *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- GARGARELLA, ROBERTO. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Estudios Sociales*, vol. 48, n.º 1. 2015.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA. "Compra pública estratégica". En Juan José Pernás García (coord.), *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA. "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia". *Transparencia e integridad*, n.º 9, 2019.
- HENAO BELTRÁN, LINA FERNANDA, Y FABIO ANDRÉS BONILLA SANABRIA. "Los programas de cumplimiento como una herramienta del gobierno corporativo. Análisis de sus características y fundamentos normativos". En Juan Carlos Henao Pérez y Carmen Eloísa Ruíz López, *Corrupción en Colombia*, t. III. Bogotá: Universidad del Externado, 2018.
- KINGSBURY, BENEDICT, Y RICHARD B STEWART. *Hacia el derecho administrativo global: Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Global Law Press, 2016.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. "Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación". *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011.
- LEÓN MELCHOR, LIMÍ ABRAHAM. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México, una comparación con la legislación española vigente". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 46, 2018.
- MAESTRO BUELGA, GONZALO. "Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista general de derecho público comparado*, n.º 9, 2011.
- MALDONADO-MELÉNDEZ, MIRKO A. "La contratación de obra pública y las causales de rescisión por actos de corrupción: hacia la creación de un sistema de *compliance* en la contratación pública global en Latinoamérica". En Federico Castillo Blanco (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, MANUEL. "Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública)". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 5-6, 1996.
- MCCRUDDEN, CHRISTOPHER. *Public procurement and equal opportunities in the European Community*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

- MEDINA ARNÁIZ, TERESA. *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *Derecho global de la contratación pública*. México: Ubijus Editorial, 2011.
- MORENO, DIEGO. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro". En Juan Manuel López Ubilla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Civitas. 2011.
- MURPHY, DIANA E. "The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics". *Iowa Law Review*, vol. 87, n.º 2, 2004.
- NAVAS MONCADA, IVÁN, Y ANTONIA JAAR LABARCA. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena". *Política criminal*, n.º 26, 2018.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. "De la ética pública al "public compliance": Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas". En Adán Nieto Martín y Manuel Maroto Calatayud (coords.), *"Public compliance": Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- OCDE. *Informe Integridad para el buen gobierno en América Latina y el Caribe: De los compromisos de acción*. Washington: OCDE Publishing, 2018.
- OCDE Y BID. *Panorama de las Administraciones públicas en América Latina y el Caribe*. París: OCDE, 2017.
- RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. "Contratación pública y compliance ambiental". En Ricardo Rivero Ortega (coord.), *Innovación en las normas ambientales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. "El acceso a la función pública en Colombia: Discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020.
- RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. "La función pública en Costa Rica: Una referencia iberoamericana con necesidades de cambio". *Revista de Administración Pública*, n.º 202, 2016.
- REBOLLO PUIG, MANUEL. "La actividad inspectora". En Juan José Díez Sánchez (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2013.

- RIVERO ORTEGA, RICARDO. *El Estado vigilante: Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1999.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO. *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO, Y HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA. *Derecho administrativo general*. Bogotá: Ibáñez, 2017.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. "Derecho administrativo y administración pública en Iberoamérica". En Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Libardo Rodríguez-Rodríguez (dirs.) y María del Carmen Rodríguez-Martín Retortillo (coord.). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Comares INAP, 2016.
- TERRÓN SANTOS, DANIEL. "La nueva actividad pública de fomento: el 'green nudge' en la actual contratación pública". *Gestión y análisis de políticas públicas*, n.º 22, 2019.
- VILLORIA MENDIETA, MANUEL. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000.
- YUKINS, CHRISTOPHER. "Public Procurement Law: Key International Developments in 2014— Part I: An American Perspective on the New European Public Procurement Directives", *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper 2015-3*, 2015. Recuperado de [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2356&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2356&context=faculty_publications) [consultado el 16 de junio de 2020].