

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL COMPLIANCE EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN ECUADOR**

**THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE IN PUBLIC PROCUREMENT PROCESSES IN
ECUADOR**

Santiago Núñez Naranjo, Ph.D. (c)

 <https://orcid.org/0000-0002-0173-9611>

Universidad de Otavalo (Otavalo, Ecuador)
snunez@uotavalo.edu.ec

Alda Suárez Moreira

 <https://orcid.org/0009-0000-4770-6308>

Universidad de Otavalo (Otavalo, Ecuador)
ajsuarez@uotavalo.edu.ec

Luigie López Lajones, Mgtr.

Instituto de Altos Estudios Nacionales - IAEN (Quito, Ecuador)
luigielopez87@gmail.com

Wilson Ludeña Zambrano, Mgtr.

Instituto de Altos Estudios Nacionales - IAEN (Quito, Ecuador)
wludena@hotmail.com

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Recibido: 17 de agosto 2023

Aceptado: 21 de septiembre 2023

RESUMEN

La gestión del riesgo de cumplimiento (compliance) es esencial para las organizaciones a fin de evitar sanciones legales y salvaguardar su reputación. En Ecuador el compliance es un concepto nuevo introducido en 2021 con la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción (LORCIPMA), que establece responsabilidad penal para personas jurídicas por actos de corrupción y contempla la implementación de programas de compliance como atenuante. La contratación pública en Ecuador es un área vulnerable a actos ilícitos, por lo que la incorporación de programas de compliance podría mitigar riesgos de corrupción.



Mediante el análisis del marco legal del compliance en Ecuador, se describe sus beneficios en la contratación pública para promover la transparencia y rendición de cuentas, y deduciendo que dichos programas deben implementarse en instituciones públicas para fortalecer la ética y como exigente de responsabilidad penal. Su adopción obligaría a contratistas públicos a demostrar un programa de compliance efectivo.

Palabras clave: Compliance, contratación pública, transparencia, responsabilidad penal

ABSTRACT

Compliance risk management is essential for organizations to avoid legal sanctions and safeguard their reputation. In Ecuador, compliance is a relatively new concept introduced in 2021 through the Organic Law Reforming the Comprehensive Organic Penal Code on Anti-Corruption Matters (LORCIPMA). This law establishes criminal liability for legal entities involved in acts of corruption and includes the implementation of compliance programs as a mitigating factor. Public procurement in Ecuador is an area vulnerable to illicit activities, making the incorporation of compliance programs crucial for mitigating corruption risks. By analyzing the legal framework of compliance in Ecuador, this highlights its benefits in public procurement, promoting transparency and accountability, and concluding that such programs should be implemented in public institutions to strengthen ethics and serve as a defense against criminal liability. Its adoption would require public contractors to demonstrate an effective compliance program.

Keywords: Compliance, public procurement, transparency, criminal liability

INTRODUCCIÓN

La gestión del riesgo de cumplimiento puede definirse como el riesgo de las organizaciones de ser legalmente sancionadas como resultado del incumplimiento del marco regulatorio y/o legal aplicable a sus actividades (Gracia, 2016), con el propósito tanto de evitar pérdidas económicas como de salvaguardar su capital reputacional. Lo anterior adquiere especial relevancia en entornos económicos globalizados que exigen responsabilidades penales a las empresas por la comisión de actos ilícitos, pero también a sus representantes legales y a cualquier otra persona que haya podido cometerlos debido a actitudes remisas de quienes debieran controlar y supervisar sus actividades (Luengo, 2017).

La popularidad adquirida por los programas de compliance en los últimos años se asocia directamente a la aprobación en los Estados Unidos de la *Ley Sarbanes Oxley* (SOX), respuesta legislativa a los numerosos escándalos societarios ocurridos en la última década del siglo XX, cuyas secuelas llevaron a los inversores a cuestionar la veracidad de la información presentada

en los informes financieros (Jaramillo et al, 2016). El impacto de la SOX en los procesos de contratación dio lugar a la aparición de leyes espejo en diferentes partes del mundo. En caso de Ecuador, el 17 de febrero de 2021, se publicó *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción (LORCIPMA)*, la misma que, obliga a las empresas ecuatorianas a adoptar lineamientos en materia de responsabilidad de control interno en la elaboración de sus informes financieros para asegurar su veracidad y exactitud.

Es importante señalar que hasta el año 2021, el *compliance* era un concepto relativamente novedoso en la legislación ecuatoriana, no contemplado como una obligación legal exigible salvo en los sectores bancarios y de seguros (Fabara, 2021). En la actualidad, la aprobación de la LORCIPMA obliga a las organizaciones ecuatorianas a implementar programas de cumplimiento normativo para evitar sanciones. Por otra parte, la emisión de la LORCIPMA debería cubrir en Ecuador lo que Campos Acuña (2019), describe como la obligación de las legislaciones locales de introducir la integridad como un principio sustantivo de la transparencia en la contratación pública, a través de la incorporación de mandatos específicos que guíen a las organizaciones públicas hacia la prevención de los conflictos de interés y el combate a la corrupción, además de evitar la competencia desleal y asegurar el trato igualitario y transparente para todos los licitadores. De acuerdo con lo expuesto, el presente trabajo busca describir la forma en que se concibe el concepto de *compliance* en los procesos de contratación pública en el Ecuador, desde una revisión normativa de su interpretación y aplicación en ciertos otros países, principalmente EEUU y en los cuerpos normativos vigentes del Ecuador al 2022.

REVISIÓN DE LA LITERATURA

Contratación Pública

La contratación pública es un factor relevante en el desarrollo de la economía ecuatoriana que, en el año 2020, representó el 14,3% del Presupuesto General del Estado y el 5,2% del Producto Interno Bruto, con un monto total de 5.072,5 millones de dólares (SERCOP, 2020, pp. 6-7). En Ecuador, el organismo rector, técnico, regulador y autónomo de la contratación pública es el Servicio Nacional de Contratación Pública, mismo que articula, controla y supervisa bajo criterios de eficacia, eficiencia, transparencia, calidad y concurrencia, las acciones efectuadas en la materia tanto por instituciones públicas como por proveedores.

Los procedimientos de contratación pública se determinan dependiendo del monto y el objeto de contratación, que puede ser: bienes y servicios normalizados y no normalizados, obras y consultorías. El monto adjudicado a cada tipo de compra varía anualmente en función del

Presupuesto Inicial del Estado (PIE). Respecto al régimen, tipos y procedimientos de contratación pública, son los que se reflejan en la tabla 1. Independientemente del tipo y procedimiento, toda contratación pública, se efectúa en tres fases, de acuerdo a lo establecido en *Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N.º 72* (enero, 2018).

Tabla 1.

Régimen, tipos y procedimientos de contratación pública

Contratación	Procedimiento	Descripción del procedimiento
Régimen común		
Bienes y servicios normalizados [Procedimientos dinámicos]	Catálogo electrónico	Bienes y servicios catalogados mediante convenio marco, directamente seleccionado por el SERCOP.
	Subasta inversa electrónica	Proceso de contratación realizado mediante el portal de compras públicas, con el objetivo de llegar a la puja y obtener un mejor precio.
	Ínfima cuantía	Contratación directa cuyos montos varían anualmente dependiendo del Presupuesto General del Estado.
Bienes y servicios no normalizados [Procedimientos comunes]	Menor cuantía	Procedimiento preferente cuyo proceso debe de ser aceptado por el proveedor en el plazo establecido en el cronograma publicado. El ganador proceso será elegido por sorteo automático del sistema y el Valor Agregado Ecuatoriano (VAE).
	Cotización	Proceso debe de ser aceptado por el proveedor en el plazo establecido en el cronograma publicado. El ganador es elegido por puntaje y el precio tiene una evaluación alta. Existen márgenes de preferencia y es por ello que la localidad y Valor Agregado Ecuatoriano (VAE) tienen puntos adicionales asignados por el SERCOP. La oferta debe ser presentada físicamente con todos los respaldos
	Licitación	Proceso debe de ser aceptado por el proveedor en el plazo establecido en el cronograma publicado y la oferta se ha de presentar físicamente con todos los respaldos. El ganador del proceso es elegido por puntaje, el precio tiene una alta evaluación y en el caso de las obras se requiere de un estudio de desagregación tecnológica.

Contratación	Procedimiento	Descripción del procedimiento
Obras [Procedimientos comunes]	Menor cuantía	--
	Cotización	--
	Licitación	--
	Contratación por precio fijo	Proceso que únicamente se utiliza para procesos de obras. No permite modificaciones y debe terminar exactamente como comenzó, sin reajustes de precios, contratos complementarios o modificatorios ni ampliación de plazos.
Consultoría [Procedimientos especiales]	Contratación directa	Invitación directa al oferente, previa selección, mediante el portal de compras. La oferta debe ser entregada de manera física con todos los respaldos. La etapa de negociación, puede ser técnica o económica y una vez adjudicado el proyecto, los consultores tienen 5 años de responsabilidad sobre los productos o diseños.
	Lista corta	Invitación de 3 a 6 oferentes mediante el portal de compras públicas. La oferta económica tendrá una ponderación de 80-20 o 90-10. La etapa de negociación puede ser técnica o económica. Los consultores adquieren responsabilidad sobre los productos o diseños entregados por 5 años.
	Concurso público	Invitación abierta a todos los oferentes mediante el portal de compras públicas. La oferta económica tendrá una ponderación de 80-20 o 90-10. La etapa de negociación puede ser técnica o económica. Los consultores adquieren responsabilidad sobre los productos o diseños entregados por 5 años.
Régimen especial		
Procedimientos que por su especial objeto o sujetos contratantes tienen un sistema diferente de contratación, definidos en la <i>Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública</i> y su <i>Reglamento</i> .		Adquisición de fármacos; seguridad interna y externa; comunicación social; asesoría y patrocinio jurídico; obras artísticas, literarias o científicas; bienes o servicios únicos en el mercado o de proveedor único; repuestos o accesorios; transporte del correo interno o internacional; contratación entre entidades públicas o subsidiarias; instituciones financieras o mercantiles del Estado; contrataciones que requiere el Banco Central del Ecuador (BCE).

Elaboración propia. Datos: Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Quito (2019, p.6-12).

El procedimiento de contratación inicia con la fase preparatoria, que incluye la elaboración de estudios de mercado, especificaciones técnicas, términos de referencia y cualquier otra actividad necesaria efectuada antes de la publicación del procedimiento en el Portal de SERCOP. Los posibles proveedores no intervienen en esta fase. A la fase preparatoria le sigue la fase precontractual, que inicia con la publicación de los pliegos y finaliza con la adjudicación o la declaratoria de desierto del proceso de contratación. En esta fase se incluyen: Etapa de preguntas, respuestas; modificaciones de condiciones contractuales; cancelación del procedimiento; convalidación de errores, verificación, y calificación; informe de la comisión técnica o del delgado y resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto (Embajada de España en Quito, 2019, p.12).

Por último, en la fase contractual o de ejecución del contrato, el proveedor trabaja con un administrador designado por la entidad contratante, quien supervisara el cumplimiento de las cláusulas del contrato. Se incluyen en esta fase: Registro en el portal de SERCOP; administración de la ejecución contractual y, en su caso, realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios. La fase finaliza con la suscripción del acta de entrega de recepción (Embajada de España en Quito, 2019, p.13).

Marco legal de la contratación pública en Ecuador

La *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas* (LOSNCP, 2009), su *Reglamento General* (RGLONSCP, 2009) y las diferentes resoluciones codificadas alusivas a la misma, establece tanto los procesos para la contratación de los bienes y servicios por parte de las entidades del Estado como aquellos otros en los que se utilicen recursos públicos. La LOSNCP (2018), en sus artículos 9, inciso 5 y 25.1, se somete al artículo 288, mismo que estipula la priorización de los productos y servicios nacionales provenientes, en el orden citado, de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas estableciendo de esta forma preferencia hacia el oferente ecuatoriano, según el Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones (2021) salvo en los casos de contrataciones asociadas al régimen especial, (Ver tabla 1).

El margen de preferencia señalado puede tomar la forma de “reserva de mercado, entrega de anticipos, o subcontratación preferente, entre otros” (LOSNCP, 2018, art. 25.1) La LOSNCP limita el acceso de bienes, obras y servicios de procedencia extranjera, que podrán adquirirse únicamente cuando se haya verificado la inexistencia de oferta de origen ecuatoriano o, en el caso de adquisiciones de bienes y servicios normalizados, no normalizados o de régimen especial, cuando la oferta ecuatoriana no cumpla con el umbral mínimo del VAE, Valor Agregado Ecuatoriano.

Compliance

Compliance: Concepto y definición

Se entiende por compliance el conjunto de políticas, procedimientos y acciones aplicado en una organización y encaminados a observar que tanto esta como sus colaboradores acaten la legalidad vigente a la que están sujetas las operaciones empresariales (Muinelo, 2017), en un escenario de prevención, detección y mitigación/remediación de delitos económicos que incluyen el fraude, el cohecho y la corrupción, colusión, alteración de registros contables, malversación de fondos, blanqueo de capitales y evasión de impuestos, sin olvidar algunos tipos específicos de ciber riesgo, así como actos que atenten contra la salvaguarda medioambiental o que vulneren las responsabilidades sociales y éticas del gobierno corporativo de las organizaciones, según (Casanovas, 2016; Poniachick, 2017).

Lo anterior no significa que la implementación de un programa de *compliance* anule el riesgo de delito, sino que refiere a lo que Muinelo (2017, inciso 3) define como una “apuesta por una fórmula de autorregulación regulada” contra la comisión de actos ilícitos en el ámbito empresarial. A lo cual el carácter preventivo de los programas de compliance y su debida ejecución puede mitigar, en caso de incumplimiento, las sanciones penales que corresponderían a la empresa, siempre y cuando dicho programa haya sido definido, diseñado, implementado y gestionado de acuerdo a las características y necesidades específicas de la organización, a su tamaño, a la forma en que opera y a los riesgos pudieran amenazarla durante su operación (Pérez, 2014).

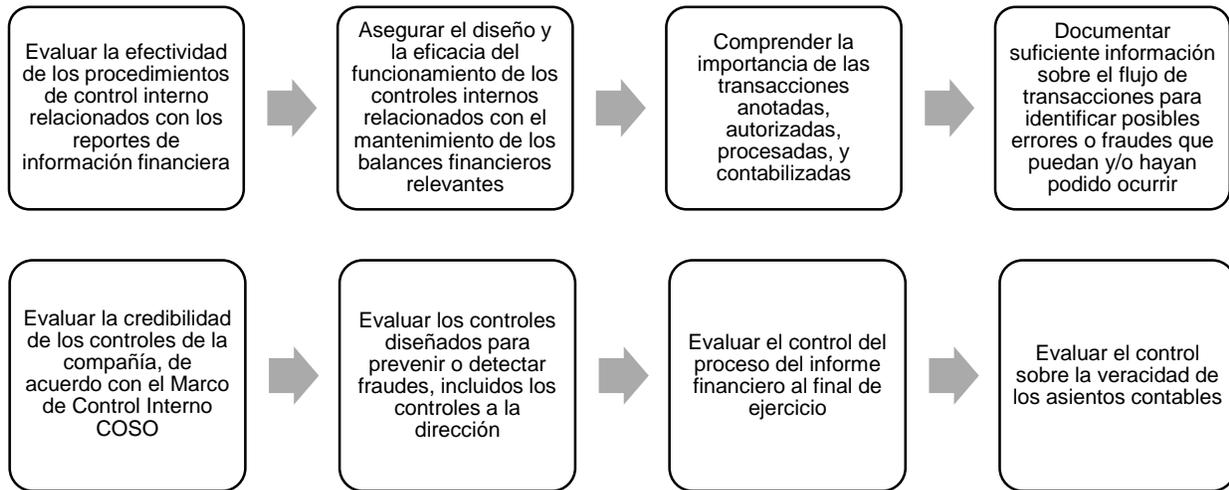
La acción preventiva del compliance se deslinda en dos objetivos específicos: sancionar el incumplimiento y determinar responsabilidades dentro de la organización, es decir identificar al personal que delinquiró por parte del oficial de cumplimiento o *compliance officer*, que, en el caso de sistemas descentralizados, recae en un individuo ajeno a la empresa; si el sistema está centralizado el oficial de cumplimiento forma parte de la nómina empresarial. En ambos casos, su función es la de desarrollar el programa anticorrupción, investigar y documentar incidentes de incumplimiento y supervisar las necesidades regulatorias asociadas a la operación de la empresa, además de establecer mecanismos de control, sanciones y auditorías periódicas para supervisar el grado de madurez de las políticas de cumplimiento (Miranda, 2018). Es importante entender que en el caso de *compliance* penal lo que se sanciona no es la comisión del delito en sí mismo sino el fallo de la organización como persona jurídica, de ahí que la implementación de programas de compliance pueda considerarse un atenuante, incluso un eximente, de la sanción organizacional (Artaza, 2013).

Antecedentes internacionales del compliance

El conocimiento del marco normativo internacional vigente sobre el *compliance*, es valioso tanto para las naciones que pretenden legislar en la materia como para las organizaciones, públicas y privadas, que pretendan implementar programas de cumplimiento. La regulación de *compliance* tiene su origen en los Estados Unidos a raíz de la promulgación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA, 1977), emitida para sancionar a toda persona natural o jurídica que proveyese pagos, promesas o recompensas a personal de gobiernos extranjeros para obtener o retener un negocio, así como a las organizaciones que efectuasen pagos a terceros con propósitos beneficios.

La FCPA, junto con las guías para su aplicación en los procesos judiciales publicadas por la *US Sentencing Commission*, a partir de 1991, abocaron a las empresas estadounidenses a diseñar e implementar los primeros *compliance programmes*, con el propósito de supervisar y controlar el cumplimiento normativo interno legal y regulatorio (Mejía et al, 2018). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y actualmente está ratificada por 186 países toma como modelo a la FCPA, al igual que la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 1996), cuyos propósitos incluían la promoción y fortalecimiento de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, además de asegurar la eficacia de las medidas y acciones asociadas a dichos mecanismos (Miranda, 2018, inciso 2). Es por ello que la mayor parte de la literatura considera a la FCPA como el antecedente teórico del *compliance* y a la *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, como el instrumento de supervisión de la adopción de programas de *compliance* por las organizaciones (Sanclemente-Arciniegas, 2020).

En 2002, la *Ley Sarbanes-Oxley*, aprobada por el Congreso y el Senado estadounidenses, como respuesta a los escándalos corporativos que afectaron al país en 2001, es un marco legislativo internacional que afecta a la totalidad de las sociedades que cotizan en las bolsas estadounidenses, sus filiales y subsidiarias. La Ley abarca prácticamente la totalidad de las prácticas comerciales: buen gobierno corporativo, transparencia, responsabilidad de la administración, limitaciones al trabajo de los auditores, evaluación y divulgación de la eficacia de los controles internos, protección de los trabajadores y el aumento de penas para la provisión intencional o accidental de información financiera falsa, entre otras (Del Río Soler, 2016), con propósitos de:

Figura 1.*Propósitos de la Ley Sarbanes-Oxley***MATERIALES Y MÉTODOS**

Esta investigación se sustenta desde una revisión documental y bibliográfica, considerando para ello el marco legal nacional referente a la implementación del compliance en los procesos de contratación pública en Ecuador. Es de tipo descriptiva, se examina la normativa legal vigente, los antecedentes normativos internacionales, documentos oficiales y las definiciones de conceptos clave. Este estudio procura determinar el estado actual de la normativa, sus alcances, limitaciones y las ventajas de implementar programas de cumplimiento en el país, dirigidos a mejorar la transparencia y rendición de cuentas dentro de los procesos de compras públicas, previniendo actos de corrupción, para ello se utiliza metodológicamente el derecho comparado.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN**Implementación de programas de compliance en Ecuador**

El compliance es un fenómeno reciente en Ecuador y, su desarrollo, aunque similar al de muchos de los países latinoamericanos es considerablemente menor al alcanzado en Estados Unidos o Europa. En el año 2021, la consultora internacional Albagli-Zaliasnik, especializada en análisis de cumplimiento, encuestó a sus socios latinoamericanos sobre la madurez de los programas de *compliance* en la región para editar, los resultados en forma de guía. En el caso concreto de Ecuador, respondió el Despacho Fabara Abogados (Fabara, 2021). A continuación, se sintetiza el contenido de su informe:

1. El compliance es un concepto relativamente novedoso para la legislación ecuatoriana, aunque Ecuador ha comenzado a sumarse a la implementación de programas de cumplimiento normativo, pero, de momento, está poco avanzado.
2. No existe experiencia relevante sobre el rol del *compliance officer*, esto debido a que legalmente solo ciertos sectores como la banca, inmobiliario o seguros, tienen la obligación legal de contar con uno.
3. El nivel de participación de los directorios en temas de *compliance* es bajo dado que las compañías carecen de obligación legal respecto a esta figura y, si bien en materia de buen gobierno corporativo, sí existen normas al respecto, acogerlas es de carácter voluntario para las compañías.
4. Aunque la *Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos* obliga a las empresas de los sectores bancario, inmobiliario y de seguros a contar con un oficial de cumplimiento, así como al diseño e implementación de políticas internas para la prevención de este tipo de ilícitos, la legislación no otorgaba beneficio alguno a las empresas hasta 2021, con la emisión de la LORCIPMA, que bajo circunstancias determinadas atenúa la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
5. Aun cuando en Ecuador no exista ninguna normatividad o entidad pública que haya establecido lineamientos a los modelos de compliance, si se han presentado algunas iniciativas de interés, entre las que pueden destacarse las *Normas de Comportamiento Ético Gubernamental*, cuyos objetivos las aproximan a un modelo de compliance; también, en materia de derecho de competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ha denotado un claro interés por implementar modelos de *compliance* para, de ser el caso, prevenir el cometimiento de prácticas anticompetitivas, cuya implementación pueda tener repercusiones atenuantes en términos de sanción penal. Por último, en el ámbito societario, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros dictó, mediante resolución, las Normas de Buen Gobierno Corporativo, de implementación voluntaria.

Tabla 2.

Respecto a regulaciones en materia de compliance relacionadas con diversos rubros empresariales, Ecuador cuenta con:

<p>a. La <i>Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado</i> (2011) en materia de libre competencia, hasta el momento no ha regulado nada en términos de <i>compliance</i>.</p>	<p>b. La <i>Ley Orgánica de Protección de Datos Personales</i> (2021) incluye, entre otras obligaciones, la de incorporar a las empresas un delegado de tratamiento de datos personales equivalente a un oficial de cumplimiento.</p>
<p>c. Ni la <i>Ley Orgánica de Defensa del Consumidor</i> (2000), ni la de <i>Gestión Ambiental</i> (2012) ni la legislación alusiva al resguardo de los derechos humanos prevén nada en materia de <i>compliance</i>.</p>	<p>d. Más allá de las prácticas voluntarias de buen gobierno corporativo previamente citadas, no existe regulación sobre prácticas ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo (ESG) en Ecuador.</p>
<p>e. La aprobación de la LORCIPMA permite, desde 2021, imputar delitos a las personas jurídicas, así como utilizar el programa de <i>compliance</i> como atenuante de dicha penalización.</p>	

Compliance penal en Ecuador: LORCIPMA

La literatura ha reflexionado en profundidad sobre las medidas disuasorias adecuadas para evitar conductas empresariales delictuosas, considerando que “la posibilidad de que los autores de infracciones sean castigados es baja en relación con el total de infracciones” (Sanclemente, 2020, p.9), lo que obliga a las autoridades a: “Compensar la pérdida en la que incurre la sociedad multiplicada por la posibilidad de que la infracción se detecte. En consecuencia, se hace necesario establecer sanciones suficientemente altas, tratando de fijar una relación costo-beneficio que estimule el cumplimiento normativo” (Sanclemente, 2020, p. 9). Lo anterior es especialmente relevante cuando se tiene en cuenta la presión que las partes de interés (stakeholders: accionistas, proveedores, clientes, etc.) ejercen sobre la necesidad de transparencia en las empresas, mismas que abogan por la independencia del *compliance officer* como una solución de equilibrio entre sus intereses y los de los *stakeholders*:

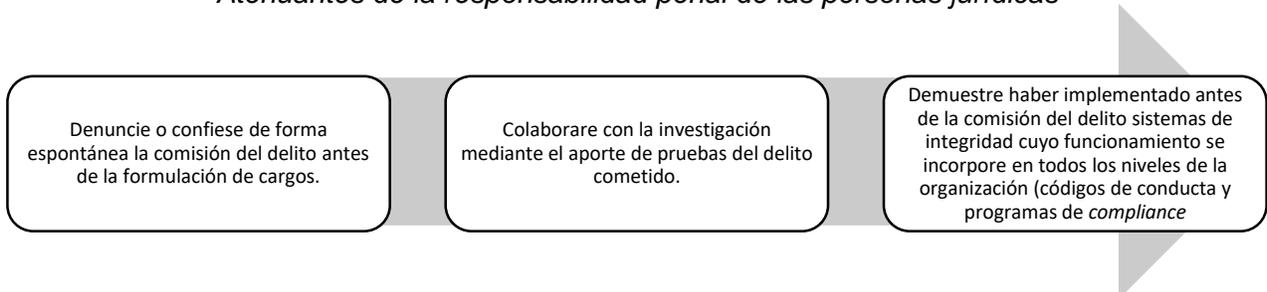
No es de recibo que el público en general se vea perjudicado por que una organización desarrolla conductas o negocios reprobables, aunque tengan algún atisbo de amparo legal (...). No es de extrañar que, para evitar dilemas éticos, la función de cumplimiento se segregue de la función jurídica tradicional, como está sucediendo en el listado de *The World's Most Ethical Companies*. Incluso algún colegio profesional europeo ya ha abogado por una regulación separada de los responsables internos de vigilar el cumplimiento de la legalidad (...) respecto de los abogados de empresa tradicionales, en un primer intento por dotarles del estatuto necesario para dar soporte a su difícil cometido (Casanovas, 2016, p.12).

En el escenario descrito, la responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus administradores remite en Latinoamérica a la doctrina de la FCPA. Es decir, a la tendencia a castigar a las personas jurídicas por los actos delictuosos cometidos por sus colaboradores (personas físicas), al considerar que el daño social causado por la supervisión ineficaz de las empresas respecto a su cumplimiento legal es superior al ocasionado por la persona física que cometió el ilícito, puesto que esta, en última instancia, expresa la voluntad de la persona jurídica (Sanclemente, 2020, p.18).

En Ecuador, el ordenamiento jurídico que corresponde es la LORCIPMA. El 17 de febrero de 2021, el Estado ecuatoriano promulgó la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción (LORCIPMA), entendida como una guía de procedimientos que asegure el cumplimiento legal, oportuno y transparente de las empresas en materia de anticorrupción a fin de evitar sanciones penales por incumplimiento o falta de transparencia en sus relaciones con terceros. De acuerdo a ello, la Ley establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado por los delitos cometidos para su beneficio propio o de sus asociados, por las acciones u omisiones (Ernst y Young, 2021, p.3). Por otra parte, la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá ser atenuada cuando la citada persona jurídica:

Figura 2.

Atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas



Ahora bien, estos serán los requisitos mínimos para ser considerado un atenuante:

Figura 3.

Requisitos mínimos para ser considerado como atenuantes



Tabla 2.

Los asuntos de mayor relevancia considerados por la Ley

<p>Los asuntos de mayor relevancia considerados por la Ley son los siguientes</p>	<p>1. Sanción a ejecutivos relacionados a una persona jurídica de derecho privado, organización no relacionados a una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación fundación, comité, incluidas entidades irregulares, que intencionalmente acepten, reciban o soliciten beneficios o ventajas indebidas (por acción u omisión) en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales de dicha persona jurídica.</p>
	<p>2. Sanción de soborno a funcionarios públicos extranjeros o a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero.</p>
	<p>3. Impactos reputacionales relacionados con sanciones regulatorias</p>
	<p>4. Regulación de la corrupción entre privados.</p>
	<p>5. Vinculación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (cuando se produce un nexo que cause perjuicio, sea una conducta ilegítima que afecta al Estado o distorsione la libre competencia).</p>
	<p>6. Alineación a leyes y marcos internacionales anticorrupción</p>
	<p>7. Atenuantes de incumplimiento - Sistemas de integridad</p>

Fuente: Ernst & Young Global Limited. (2021). "Ecuador y el compliance penal".

Programas de compliance en el marco de la contratación pública

Para la normativa que regula la contratación pública en Ecuador, el *compliance* es medular en tanto que alcanza a todos los contratos, sin importar su cuantía o naturaleza (administrativa o privada), así como a la totalidad de las fases del procedimiento de contratación (Pintos y López, 2021). Garantizar las políticas de cumplimiento es esencial dado el alto índice de corrupción y fraude detectado en los procedimientos de contratación pública en los países latinoamericanos (Rastrollo, 2021), lo que vuelve imprescindible articular una infraestructura en ética e integridad que refuerce la buena administración. En tal escenario debe entenderse que la implementación de programas de *compliance* asociados a la contratación pública debe trascender el hecho de la prevención de penal para incidir en la creación de una cultura de cumplimiento y ética empresarial que abarque la totalidad de las actividades de la persona jurídica e impulse la autorregulación con propósitos preventivos de la comisión de actos delictuosos.

Por otra parte, los programas de *compliance* se relacionan con la contratación pública mediante una doble vía: (i) los licitadores incorporan voluntariamente programas de *compliance* orientados a impulsar en la organización políticas públicas en la materia; (ii) el programa de *compliance* es utilizado por los licitadores para evitar un incumplimiento de la ley que les excluiría del proceso de contratación (Campos, 2019, p.93). Para la OCDE (2011), la actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción es la contratación pública, dada la elevada cantidad de riesgos asociados a actos ilícitos y corrupción en los procesos de contratación pública:

1. Riesgo en la evaluación de necesidades, es decir, de contratación de bienes, servicios u obras innecesarias y sin justificación, con el fin de otorgarle un contrato a un contratista sin que el mismo genere ningún beneficio social.
2. Riesgo en la fase de diseño de la contratación o direccionamiento de las bases de contratación y de los requisitos técnicos mínimos hacia determinado postor o licitante; arbitrariedad en la elección del procedimiento de contratación para favorecer a un postor.
3. Riesgo en la fase de selección del contratista a partir de decisiones arbitrarias e injustificadas en relación a la calificación de los postores, vulnerando los principios de igualdad de trato y transparencia.
4. Riesgo en la fase de ejecución del contrato debido a la presencia de cambios sustanciales en el mismo (precio, tiempos) asociados a supervisión ineficiente (Del Castillo, 2020).

Los riesgos citados deberían obligar a las autoridades de la Administración Pública como a las empresas a implementar mecanismos anticorrupción, para asegurar la transparencia en los procedimientos de selección para contratar con el Estado y evitar las acciones más habituales de corrupción asociadas, en Ecuador, a los procesos de contratación:

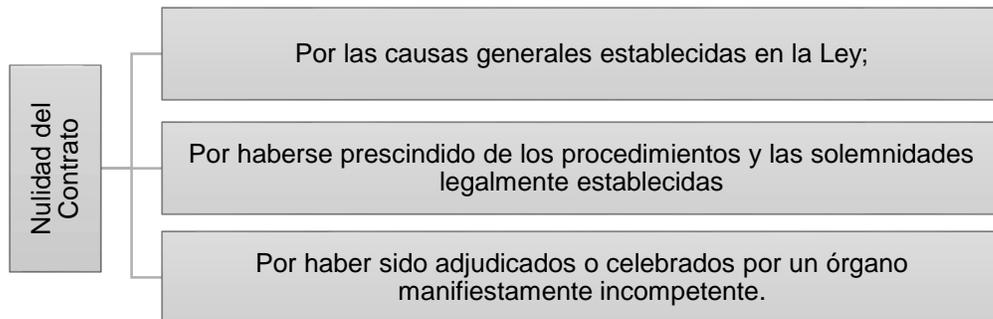
1. Aprovechar de las contrataciones directas contempladas en la LOSNCP y aquellas que la administración tiene la potestad de preseleccionar su participación, (régimenes especiales, consultorías: directa y lista corta, menor cuantía) para evitar concurrencia.
2. Pliegos que contienen especificaciones técnicas orientadas a que uno o pocos oferentes puedan cumplir con las exigencias, para sesgar adjudicación aun tratándose de un procedimiento de concurso.
3. Generación de necesidades sin la realización de estudios previos.
4. Nepotismo al permitir la participación en los procesos de selección de empresas de amigos y familiares del funcionario público, para su beneficio o el de terceros interesados.
5. Nepotismo al favorecer la creación de nuevas empresas dirigidas por amigos y familiares del funcionario público.
6. Ejecutar la subdivisión de contratos, es decir partir en varias porciones un objeto de contratación, que permitan llevar a cabo procedimientos menos rigurosos por su cuantía y menos controlados para facilitar su manipulación.
7. Efectuar contrataciones especiales de forma directa al amparo de una declaratoria de emergencia, sin las exigencias de un procedimiento convencional.
8. Obviar la LOSNCP y requerir provisión de bienes, obras, servicios y/o consultoría sin un procedimiento previo obligando a la Administración a cubrir el costo de la prestación mediante el procedimiento de convenio de pago.
9. Elaborar presupuestos referenciales discordantes con los precios de mercado para elevar las utilidades del contratista.
10. Ubicar a personas de confianza en cargos públicos estratégicos para facilitar el flujo de autorizaciones, adjudicaciones y pagos hacia funcionarios o terceros interesados.
11. Demorar o complicar los trámites burocráticos con el fin de extorsionar proveedores para que otorguen sobornos a los funcionarios a fin de agilizar los procedimientos.

12. Utilizar información privilegiada en las distintas instancias del procedimiento de contratación para favorecer a determinados postores a cambio de beneficios.
13. Suscribir contratos complementarios que no correspondan a las necesidades del proceso de contratación a fin de beneficiar al funcionario público o a terceros.
14. Evitar las garantías respecto al uso de equipos que no recibieron el mantenimiento preventivo estipulado.
15. Sobreseer las multas a los contratistas en caso de incumplimientos del contrato a cambio de beneficios personales para el administrador del mismo (Díaz, 2019, pp. 21-22).

El artículo 65 de la LOSNCP (2018) señala tres causas de nulidad en caso de corrupción en el ámbito de la contratación pública:

Figura 4.

Nulidad del contrato



El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad. La adopción de la función de programas de *compliance* en los procesos de contratación pública sería útil para fortalecer los mecanismos establecidos por la legislación ecuatoriana para identificar, evaluar y dar respuesta a los riesgos legales a los que los citados procesos de contratación pública se encuentran expuestos, asegurando mediante la autorregulación el cumplimiento de la normativa aplicable y el comportamiento ético por parte de los servidores públicos (Parra, 2020).

Añadir al art. 65 de la LOSNCP una cláusula de atenuación de nulidad si tanto el contratista como la entidad contratante cuentan con un programa de *compliance* correctamente implementado, reduciría sensiblemente los riesgos de corrupción asociados a la contratación pública, al tiempo que obliguen tanto a las instituciones gubernamentales como a los funcionarios públicos a actuar con integridad y transparencia.

CONCLUSIONES

En la administración pública ecuatoriana, tal y como sucede en el sector privado debería obligarse la implementación de programas de *compliance*, a fin de garantizar la transparencia de sus acciones de forma acorde a lo establecido en la legalidad vigente además de prevenir y detectar conductas delictuosas, de modo particular en los procesos de contratación pública. En tal escenario, los programas de *compliance* aplicados a la contratación pública en el Ecuador deberían de entenderse desde una triple perspectiva:

1. Como un elemento vertebral para el cargo o descargo de responsabilidad penal o administrativa de personas jurídicas o instituciones públicas.
2. Como un factor integrador en la observancia normativa de la vida de todo ente jurídico.
3. Como un efectivo potenciador de buenas prácticas que atiendan los principios rectores que la ley señala.

Únicamente de dicha forma los programas de *compliance* aplicados a los procesos de contratación pública se convertirán en una herramienta válida para que las entidades gubernamentales y los funcionarios públicos que fungen como administradores de los contratos puedan acreditar el ejercicio de las tareas de supervisión y control encomendadas por la legislación alusiva, incluyendo, tal y como sucede en el sector privado, el beneficio de favorabilidad penal, atenuación o eximente para la persona jurídica.

Es obligación del Estado fomentar e impulsar la autorregulación en las entidades públicas, donde la adopción de programas de *compliance* tienen un elevado grado de alcance en el ámbito de la contratación pública reduciendo el riesgo de la comisión de delitos, además de obligar a todo contratista que desee participar en los procesos de selección a presentar evidencia de que cuenta con programa de *compliance* efectivo para evitar actos de corrupción desde una cultura de prevención.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Artaza Varela, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento: Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, 8(16), 544-573. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992013000200006>
- Asamblea Nacional. (2021). Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción. Registro Oficial 392 Segundo Suplemento. <https://www.oficial.ec/registro-oficial-392-segundo-suplemento-2021>
- Campos Acuña, M. C. (2019). Aplicación práctica del compliance en la contratación pública. Cizur Menor, España: Editorial Aranzadi.
- Casanovas, A. (2016). El cumplimiento de las normas y su relación con la gobernanza y la gestión del riesgo. Serie Cuadernos de cumplimiento legal, no 2. KPMG. https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Cuadernos_Legales_N2.pdf
- Cortijo Gallego, V. (2007). Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del sistema financiero español. *Boletín Económico del ICE*, 2921, 23-40.
- Del Castillo Naters, G. D. (2020). Análisis para la aplicación de programas de compliance en materia de contratación pública. Universidad de Piura, Lima, Perú. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4536/DERL_031.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Del Río Soler, F. J. (2016). La importancia de la aplicación de la Ley SOX dentro de una empresa transnacional (Tesis de maestría). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://avalon.cuautitlan2.unam.mx/biblioteca/tesis/574.pdf>
- Díaz Colmachi, J.F. (2019). La corrupción en la contratación pública. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6838/1/PI-2019-20-D%c3%adaz-La%20corrupci%c3%b3n.pdf>
- Embajada de España en Quito, Oficina Económica y Comercial de la. (2019). Contratación Pública en Ecuador. <https://www.icex.es/icex/GetContentGestor?dDocName=663154>
- Ernst & Young Global Limited. (2021). Ecuador y el compliance penal. https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/es_ec/topics/fraud-and-corruption/ey-ec-compliance-penal-brochure21.pdf?download

- Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones. (2021). Comunidad Andina de Naciones: Guía de compras públicas. <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/202162481637cp.pdf>
- Fabara Vera, M. R., Castelo, D., & Dávila, E. (2021). Compliance 2021: Ecuador. In R. Albagli & D. Hirsch (Eds.), *Legal compliance: LATAM 2021* (pp. 22–24). AZ Compliance. <https://d2labml0vmb1kx.cloudfront.net/files/news/documents/gui-a-legal-compliance-2021.pdf>
- Gracia, P. E. (2016, 17 de marzo). Gobierno corporativo, fraude y compliance. *El Cronista*. <https://www.cronista.com/columnistas/Gobierno-corporativo-fraude-y-compliance-20160317-0017.html>
- Jaramillo, M., García Benau, M. A., & Pérez Chávez, M. A. (Eds.). (2016). Escándalos financieros y su efecto sobre la credibilidad de la auditoría. Congreso Internacional AECA. http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xviicongresoaeaca/cd/103d.pdf
- Luengo, M. (2017, febrero 7). El responsable de cumplimiento normativo o ‘Compliance Officer’ en la empresa. *Tribuna del Compliance*. iiR España. <http://www.tribunadelcompliance.com/responsable-cumplimiento-normativo-compliance-officer-la-empresa/>
- Mejía Garcés, R. E., Parra Proaño, R. E., & Vergara Solis, B. E. (2018). Consideraciones teóricas sobre el control legal, el cumplimiento normativo (compliance) y la auditoría jurídica, en las sociedades anónimas ecuatorianas. *Caribeña de Ciencias Sociales*. <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/07/sociedades-anonimas-ecuador.html>
- Miranda, J. I. (2018). Compliance program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador. *RFJ, Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 4, 37-52. <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263661002/html/>
- Muinelo, A. (2017). La importancia de los programas de compliance para la empresa. *Iwsconsultores.com*. <http://www.iwsconsultores.com/la-importancia-los-programas-compliance-la-empresa/>
- OECD. (2011). *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A la Z*. Instituto Nacional de Administración Pública. <https://doi.org/10.1787/9789264085084-es>

- Parra Noriega, L. G. (2020). Compliance en el sector público. https://www.infoem.org.mx/doc/presentaciones/Capacitaciones%20del%20Comisionado%20LGPN/10_Compliance_sector_publico_Transparencia_y_Datos.pdf
- Pérez Fernández, P. (2014). La importancia de los programas de cumplimiento —compliance programmes— en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. ICE, Revista de Economía, (876), 75-90. http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_75-90__6CF6073831B346B205EBCF8AFB2DBE5F.pdf
- Pintos, J., & López Donaire, B. (2021). El compliance en la contratación pública: retos y oportunidades. El marco de la integridad pública. World Compliance Association.
- Poniachick, K. (2017). La importancia de los programas de compliance, el Due Dilligence y los controles internos. Columbia.edu. http://globalcenters.columbia.edu/santiago/santiago/files/globalcenters_chile/3.poniachick%20%20final%2017%20de%20mayo.pdf
- Rastrollo Suárez, J. J. (2021). Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: Los casos de Brasil y Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo, (26), 197-226. <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.07>
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional. Derecho PUCP, (85), 9-40. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001>
- Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). (2020). Informe de rendición de cuentas de la contratación pública, 2020. Aportes ciudadanos. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/06/Sercop_InformeRendiciónCuentas_2020_AportesCiudadanos_vd.pdf