

LOS DESAFÍOS DEL COMPLIANCE EN LAS CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS DEL ESTADO PARAGUAYO ¹

THE CHALLENGES OF COMPLIANCE IN PUBLIC PROCUREMENT AND CONTRACTING IN THE PARAGUAYAN GOVERNMENT

Tania Villagra

Correspondencia: tavillagras@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1569-1118>

Resumen: Este artículo describe la importancia del *compliance* en el sector público y específicamente su incidencia dentro de un área muy vulnerable a la corrupción como es la contratación pública dentro de Estado paraguayo. La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) por medio de la adopción de dos instrumentos claves como lo son la Política de Integridad y *Compliance* en el ámbito de las Compras Públicas y su correspondiente Plan de Acción para implementarla representan un paso fundamental en materia de transparencia y control y una interesante expansión del *compliance* que se abre del ámbito financiero a uno de los sectores claves de desarrollo del Paraguay.

Palabras clave: *compliance*, sector público, contrataciones públicas, transparencia, anticorrupción.

Abstract: This article describes the importance of compliance in the public sector and specifically its incidence in an area that is very vulnerable to corruption such as public procurement within the Paraguayan State. The National Directorate of Public Procurement (DNCP) through the adoption of two key instruments such as the Integrity and Compliance Policy in the field of Public Procurement and its corresponding Action Plan to implement it represent a fundamental step in terms of transparency and control and an interesting expansion of compliance that opens from the financial sphere to one of the key sectors of development in Paraguay.

Keywords: compliance, public sector, public procurement, transparency, anti-corruption.

¹ Buena parte de este documento recoge ideas, propuestas y textos del artículo de mí autoría: "Reflexiones sobre la importancia del *compliance* en el sector público paraguayo", publicado en la Revista Jurídica de la Universidad Americana de Paraguay. ISSN 2522-3968. Volumen 10, Número 2, Julio – Diciembre 2022.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos han crecido de manera exponencial los riesgos que provienen de la actividad empresarial y como consecuencia de ello, la criminalidad corporativa se presenta como uno de los graves problemas sociales, afectando intereses difusos, tales como la administración pública, salud pública, seguridad social, el medio ambiente, urbanismo, orden socioeconómico, orden público, etc. y ocasionando un impacto negativo sin precedentes en materia económica de los países sin mencionar los daños en las cuestiones sociales (Zúñiga Rodríguez, 2021).

Es en ese contexto, aparece la corrupción política, que se convierte en un grave riesgo, prácticamente sin control, para la democracia, visibilizado la politización de la administración pública (Dopico, 2015).

Paraguay no está ajena a esta realidad, según el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) del 2022, con una puntuación de 28 en una escala del 0 al 100, donde 100 implica menor nivel de corrupción posible, Paraguay ocupa el puesto 137 de 180 países, un retroceso de 9 lugares en comparación al año 2021. Esta posición implica una brecha de 46 y 39 puntos con Uruguay y Chile, respectivamente, considerados como los menos corruptos de la región.

Por otro lado, la globalización convierte a la corrupción en un fenómeno transnacional y es así, que organismos internacionales como la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), ONU (Organización de Naciones Unidas) y GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) buscan soluciones para combatirla proponiendo acuerdos internacionales y normativas dentro del derecho interno de cada Estado (Zúñiga Rodríguez, 2021).

Y a través de los años se ha visto que en muchos casos las reputaciones de las empresas ya sean nacionales o extranjeras, públicas o privadas resultan afectadas por escándalos producto de incumplimientos normativos, como en los casos de Morgan Stanley, Siemens AG, Enron, Parmalat, AcuaMed, Odebrecht y otros tantos.

En ese contexto, las diferentes legislaciones han ido buscando alternativas para mejorar los mecanismos de prevención, control y vigilancia de las actividades que realizan las empresas a fin de evitar la comisión de infracciones y delitos y es ahí donde surge el fenómeno del *compliance*, convirtiéndose ésta en el mecanismo principal de una función preventiva, basada en instrumentos de transparencia, programas de cumplimiento, asesoramiento y control del estricto cumplimiento normativo por parte de todos los integrantes de una empresa.

Así surge el *compliance*, desarrollado en los Estados Unidos de América con el *business ethics* (negocios éticos) hasta el derecho corporativo, para luego llegar al ámbito del derecho penal. A este mecanismo se suma el proceso histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las legislaciones (Ambos et al, 2015).

Esto logra un cambio de paradigma dentro del derecho penal tradicional permitiendo la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los sistemas legales, sobre todo en países con tradición jurídica de Europa continental y América Latina (Tiedemann, 1993).

En este artículo se realiza un breve análisis sobre la importancia del *compliance* y los desafíos que supone incorporarla dentro del sector público y específicamente en un sector tan vulnerable a la corrupción como son las contrataciones y compras públicas.

Sobre el Compliance

El *compliance* se ocupa no solo de los riesgos derivados de la propia naturaleza de la empresa sino también de los riesgos de carácter personal de asumen los directivos de la misma. Es así que, que se podría definir al *compliance* como un conjunto de medidas conducentes a garantizar que absolutamente todas las personas que forman parte de una empresa, sin considerar sus cargos o jerarquías, cumplan con los mandatos y prohibiciones legales, y que, en caso de infracción, se aplique la sanción correspondiente (Silva Sánchez, 2016).

A finales de los años 1970, en los Estados Unidos de América, se presentan una serie de reformas legislativas orientadas al *Corporate Governance* (Gobierno Corporativo) sobre la base del denominado *good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo), lo cual también tuvo su origen legal directo en el FCPA (sus siglas en inglés: Foreign Corrupt Practice Act) de 1977 (Ambos, 2015).

En ese contexto, aparece la FCPA o conocida también como Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, que es el instrumento fundamental para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional y ha llegado a tal punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a la criminalidad empresarial (Caro Coria, 2017).

Esta situación impacta sobre las personas jurídicas, y en algunos sectores se crea una resistencia a la misma, logrando posteriormente la creación de una serie de atenuantes de responsabilidad, y es ahí donde surgen las bases para lo que hoy día se conoce como *compliance* (Silva Sánchez y Montaner Fernández, 2013).

Los escándalos financieros y económicos vinculados a la corrupción, sobornos y otros delitos lograron que las sanciones contra las personas jurídicas aumenten y eso produce la incorporación de criterios de cumplimiento normativo en relación con la sanción (Silva Sánchez y Montaner, 2013).

Para ello se consideran aspectos tales como el nivel de implicación o tolerancia de la empresa en la actividad criminal concreta, sus antecedentes, el récord de infracciones, la intención de obstruir la actividad de la justicia, el mantenimiento de un programa de *compliance* efectivo; y finalmente la voluntad de auto reportar, cooperar y aceptar la responsabilidad (Silva Sánchez y Montaner, 2013).

Para evitar un proceso penal o administrativo, la empresa debe no solo contar con un programa de cumplimiento, sino que además debe ser capaz de probar su diseño, implementación y seguimiento (Caro Coria, 2017).

Legislaciones como la italiana y la chilena han determinado que los programas de cumplimiento deben estar acreditados, y así como lo afirma Bernrd Schünemann, el objetivo es evitar que los mismos sean utilizados indebidamente como formas de eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ambos, 2015).

Así también, es clave que la posición del oficial de cumplimiento de cualquier sector público o privado, dentro de la estructura de una empresa o institución, tenga independencia en sus competencias y autonomía estructural, que únicamente dependa de la máxima autoridad y no se encuentre subordinado a ningún otro nivel.

2. EL COMPLIANCE EN EL DERECHO COMPARADO

En España se introduce el *compliance* por medio de la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre del Código Penal, y tiene como novedad principal la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, relacionada a delitos socioeconómicos (delito de tráfico de influencias, delito de blanqueo de capitales, delito de cohecho, delito de prevaricación, y otros).

Al inicio, el sector público quedó excluido de la atribución de responsabilidad dentro del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, por medio de la Ley 1/2015, esto se modifica con la atribución de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, para lo cual se modificó el texto del artículo 31 bis y se introdujo el artículo 31 *quinquies* del Código penal español.

Esta primera aproximación, a nivel normativo, entre el *compliance* y sector público, obligó la adopción de sistemas de prevención de riesgos y de comisión de delitos y un estricto cumplimiento normativo con el fin de evitar incurrir en responsabilidades penales (Silva Sánchez, 2016).

Este nuevo contexto de la introducción de programas de cumplimiento en el sector público logró avanzar hacia una política de integridad dentro del sector, estableciendo que en todo su actuar debe garantizarse uno de sus principales principios: el de transparencia. Por medio del *compliance* aparece la figura del oficial de cumplimiento y su rol es de ámbito específico en relación a la actividad de persona jurídica (Silva Sánchez, 2016).

En cuanto a la legislación argentina, el 8 de noviembre de 2017, mediante la Ley 27.401, se sancionó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual, si bien al principio, estaba prevista que abarque todo tipo de delitos tipificados en el Código penal, finalmente es aplicable a los casos de cohecho y tráfico de influencias, ya sea nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, presentación de informes y balances falsos y concusión.

La ley tiene un enfoque de anticorrupción y ha tomado a la contratación pública como uno de los procesos más sensibles a la corrupción (Montiel, 2015).

Un instrumento interesante que se incluye en esta ley es el Acuerdo de Colaboración Eficaz, por medio del cual la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, en el cual la primera se obliga a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito.

Otro aspecto interesante de la ley argentina, es que las empresas deben implementar un Programa de Integridad, el cual consiste en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Este programa se convierte en un requisito esencial para contratar con el Estado nacional.

En lo que respecta a Paraguay, la normativa relacionada al *compliance*, a la función y el rol del oficial de cumplimiento y programas de cumplimiento están afianzada a la prevención del Lavado de Activos (LA) y Financiamiento del Terrorismo (FT), por

medio de las reglamentaciones emitidas por la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD).

Sin embargo, el *compliance* se abre paso al sector público, gracias a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) que en fecha 24 de junio de 2022, por medio de la Resolución N° 2122/2022, aprobó la Política de Integridad y Compliance en el ámbito de las Compras Públicas, dando un paso fundamental en aspectos de integridad, transparencia y de lucha contra la corrupción.

La Política tiene como objetivo fortalecer el sistema de contrataciones públicas del Estado paraguayo mediante la prevención y el combate de la corrupción, como así también la promoción de la integridad, transparencia y el control a través de planes, programas y acciones dentro de los diferentes estamentos de la sociedad y del Estado.

Un elemento clave que incorpora el documento es la implementación de programas de cumplimiento y el Buen Gobierno Corporativo, y para ello se crea un Sistema de Gestión de Riesgos y Control Interno para identificar y mitigar riesgos de integridad en las contrataciones públicas, buscando que vayan más allá del simple cumplimiento de las tareas de control interno, facilitando la formación de una cultura de riesgos y aportando recursos técnicos para identificarlos.

Otro hito disparador es la reciente aprobación, a través de la Resolución N° 4382/2023, de fecha 16 de noviembre de 2023, del Plan de Acción de la Política de Integridad y compliance en el ámbito de las contrataciones y compras públicas, que cuenta con acciones, actividades y compromisos de todos los actores de la sociedad para fomentar la cultura de la integridad y buenas prácticas dentro del ámbito de las contrataciones y compras públicas.

Por lo tanto, estos instrumentos representan un gran avance en cuestiones de transparencia y control para el Paraguay, y una interesante expansión del *compliance* del ámbito financiero a uno de los sectores claves de desarrollo de un país.

En cuanto a la responsabilidad penal, la normativa paraguaya establece que la misma es personal y por lo tanto se refiere únicamente a la persona física, es decir no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien, cada vez más se hace alusión a la importancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas e inclusive desde mediados del siglo XX hay doctrinarios nacionales como el Prof. Martínez Miltos (1956) que ya abordaban el tema, quizás aún se tenga un buen trecho de debate y análisis antes de plantear alguna modificación legislativa.

Ahora bien, volviendo al derecho público, en la estructura de la Administración pública paraguaya existen varios mecanismos de control, aunque en la mayoría de los casos, debido a la falta de recursos, la profesionalización, escasa toma de decisiones por parte de las autoridades y adopción de medidas coercitivas que de alguna forma incentiven el cumplimiento normativo; son insuficientes e ineficaces.

En las estructuras orgánicas de las instituciones públicas paraguayas se todas cuentan con una Auditoría Interna, una dependencia que implementa el Modelo Estándar de Control Interno del Paraguay (MECIP), otra de Transparencia y Anticorrupción, de Acceso a la Información Pública, una Asesoría Jurídica, otra de Rendición de Cuentas y otras dependencias de menor rango encargadas de realizar controles internos de determinados procesos, por ejemplo: pagos a proveedores, asignación de viáticos, entre otros.

Inclusive algunos entes públicos paraguayos contratan auditorías externas, y a esto se suman los órganos de control externo como lo son la Contraloría General de la República (CGR) y Auditoría General del Poder Ejecutivo (AGPE). Todo esto indica que el Estado cuenta con una serie de organismos de control internos y externos y en algunos casos con regímenes jurídicos poco claros.

Definitivamente, ante la creciente criminalidad corporativa, la proliferación de nuevos delitos, sumados al avance tecnológico urgen la implementación del *public compliance* (cumplimiento público) dentro del sector público, que sin lugar a dudas es un aliado estratégico en el combate contra la corrupción, que en todos los casos implica desvío, vaciamiento de las arcas o fondos del Estado y con ello se deja de cumplir con objetivos y fines que forman parte de su propia esencia y existencia.

Quizás Paraguay, pueda seguir la tendencia de los países que han incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en consecuencia abordar al *compliance* con una visión holística sobre la base de la autorregulación, que es justamente el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es necesario repensar en los modelos de control interno del sector público paraguayo y que éste sea capaz de adaptarse a los cambios continuos, a dinamizar la burocracia, y sobre todo responder a las exigencias de una sociedad que cada día reclama una administración pública más transparente y eficiente, y es ahí donde el *compliance* podría ser un gran aliado.

3. EL COMPLIANCE Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS PARAGUAYAS

El Informe del Comportamiento de las Compras Públicas socializado por la DNCP en el año 2022, indica que en cuanto a procesos adjudicados en el año 2022 hubo un crecimiento del 27,4% con respecto al 2021. Siendo el monto total adjudicado en el 2022, de 24 billones de guaraníes contra un 19,4 billón de guaraníes del 2021.

Asimismo, hubo una mayor participación del sector de compras públicas en el Presupuesto General de la Nación (PGN) y el Producto Interno Bruto (PIB) en el año 2022. Pasaron de representar el 21,1% del PGN y el 7,2% del PIB en el 2021, al 25,6% y 8,6%, respectivamente.

Estos datos que indican la importancia e impacto que tiene la contratación pública dentro de la economía del país. En ese contexto, podría ser interesante que el régimen jurídico paraguayo pueda continuar transitando la misma senda que el argentino, en primer lugar, introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecer la obligatoriedad de manera gradual el *compliance* dentro de las instituciones públicas e implementar programas de cumplimiento por parte de las empresas que deseen contratar con el Estado.

Esta claro que, una empresa que tiene implantado un sistema de *compliance* tiene una ventaja, le permite mejorar la toma de decisiones, participar en los procesos de contratación pública de una manera más eficiente, identificar de antemano las áreas de mayor riesgo ante la posibilidad de cometer infracciones o delitos, dicho de otra manera, mantener una reputación empresarial positiva, cumplimientos en materia tributaria, sanitaria, laboral, medio ambiental, municipal, etc.

El *compliance* proporciona nuevos criterios de ética en la gestión de negocios, fortaleciendo la cultura de cumplimiento, y si las empresas contratan con el Estado es necesario conocer y prevenir cuales son las infracciones o delitos más comunes que pueden cometer y las sanciones o penas aplicables (Navas Rondón, 2023).

Esto conduce no solo a una mayor confianza de la sociedad ante el trabajo y la administración de recursos de las instituciones públicas sino también de las empresas proveedoras del Estado.

El Estado, a través de la DNCP cumple un rol clave en la administración pública, su misión es *regular, transparentar y optimizar el Sistema de Contrataciones Públicas y apoyar a todos los actores intervinientes, orientando la gestión a la excelencia*. Por lo tanto, la aprobación de documentos trascendentes como la Política de Integridad y su Plan de Acción, permiten que, desde el propio Estado, se promueva la creación de nuevas estructuras y actividades que faciliten la autorregulación, combaten la ilegalidad al interior de las empresas y genere la seguridad jurídica en este sector tan sensible a la corrupción.

El gran desafío se centrará en cómo la DNCP establecerá los lineamientos y las acciones tanto a las instituciones públicas como a las empresas proveedoras del Estado, las reglas de juego deberán ser claras *maxime* cuando se trate de recursos del Estado.

4. CONCLUSIONES

Al inicio, la dogmática jurídico penal se opuso al reconocimiento de sancionar a una persona jurídica por los delitos cometidos dentro de su estructura, de alguna forma se intentó preservar el antiguo principio *societas delinquere non potest*.

Sin embargo, la globalización, la consecuente expansión y el auge del Derecho penal económico incentivaron el cambio de paradigma en la ciencia penal y quizás más por influencia de organismos internacionales en determinados temas o cuestiones de necesidad práctica se incorpora al ámbito penal la responsabilidad de las personas jurídicas.

En ese contexto, se puede afirmar que el *compliance*, aparece como una herramienta vital para el auto control y la transparencia, que debe basarse en métodos de análisis de riesgos, normas que indiquen específicamente las acciones y conductas irregulares y los controles para evitarlas, como así también un sistema sancionador, el cual deberá necesariamente incluir mecanismos de denuncia de las irregularidades que garanticen la protección de los denunciantes.

Es perfectamente posible expandir el *compliance* del sector privado al público. La implementación del *compliance* dentro de la estructura estatal no solo tiene como fin la lucha contra la corrupción, sino también buscar fortalecer la gestión pública, lo que se traduce en la mejora de la calidad de servicios a los ciudadanos.

La DNCP ha iniciado el camino de la implantación del *compliance* en el Paraguay con un enfoque de integridad y transparencia dentro del sector de las contrataciones públicas, uno de los procesos donde más denuncias de corrupción existen.

Será clave el área encargada del manejo operativo del Plan de Acción, su Comité de Compliance, que debe tener el apoyo total de la máxima autoridad y la suficiente autonomía para actuar.

Acciones tales como elaboración de mapas de riesgos, elaboración de una guía de buenas prácticas de *compliance* en el sector, establecer lineamientos claros para las demás instituciones del Estado considerando su transversalidad como así también buscar instalar la cultura de cumplimiento en las empresas proveedoras entre otras, serán grandes desafíos y excelentes oportunidades para la DNCP.

En Paraguay, a pesar de no contar con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede observar que la cultura del *compliance* se encuentra bastante afianzada en el sector financiero, y está claro que su expansión al sector de las contrataciones y compras públicas es posible, lo cual incidirá positivamente en aspectos de transparencia y lucha contra la criminalidad corporativa.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ambos, K.; Carrion A.; Abanto, M; Palermo, P; Asmat, D; Caro, J. (2015). *Lavado de Activos y Compliance*. Lima: CEDPE.

Caro Coria, D. (19 de julio de 2017). *Derechos humanos, compliance e industrias extractivas en América Latina*, [Presentación en el “Curso Derecho penal económico internacional y Derechos Humanos”, en el marco de la XVII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha/España]

Dopico, J. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política. Madrid: Cuadernos penales José María Lidón.

Martínez Miltos, L. (1956). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Asunción: Editorial El Foro.

Montiel, J.P. (2015). Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer* en el Derecho Argentino. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1590>

Navas, C. (2023). El Compliance Normativo Empresarial en las Contrataciones del Estado. Perú: Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruana.

Silva Sánchez, J (2013). *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. Madrid: Marcial Pons.

Silva Sánchez, J (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer.

Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de Derecho penal Económico*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).

Zugaldía Espinar, J.M. (2015). *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en Latinoamérica y España*. Madrid: Aranzadi.

Zúñiga Rodríguez, L. (2021). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Aranzadi.