

Self-cleaning en la contratación pública (consideraciones generales)¹

Self-cleaning in public procurement (general considerations)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático - Director del Grupo de Investigación en Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Doctor en Derecho y catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña donde dirige el grupo de investigación de Derecho Público Global y el doctorado internacional de Derecho Administrativo Iberoamericano. Dirige la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y es miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya.

RESUMEN

La corrupción en las contrataciones con el Estado genera repercusiones negativas en el interés social del Estado democrático. Así, las medidas administrativas a fin de combatirla deben consagrar la protección del interés general. En este sentido, el presente artículo analiza las técnicas de self-cleaning como aplicación de la figura jurídica de la rehabilitación, al amparo del principio de proporcionalidad. Para esto, partirá de las directivas de la Unión Europea y las contrastará con las experiencias norteamericana y del Banco Mundial.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública | Anti-corrupción | Derecho Comparado | Compliance | Self-cleaning | Derecho Administrativo

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 27 de mayo de 2019 y aprobado para su publicación el 22 de junio de 2020.

ABSTRACT

Corruption in Public Procurement causes negative repercussions for the social interest of the democratic State. Thus, administrative measures to confront it should protect the common good. In this light, the article analyzes self-cleaning techniques as the application of the rehabilitation legal institution under the principle of proportionality. To achieve this, the text will begin from the European Union directives to contrast them with the American and World Bank experiences.

KEY WORDS

Public Procurement | Anti-corruption | Comparative Law | Compliance | Self-cleaning | Administrative Law

¹ El artículo ha sido publicado con anterioridad en otras entregas; sin embargo, ha sido actualizado por el autor para la presente edición

SUMARIO

1. Introducción; 2. La corrupción en el Sector Público; 3. La lucha contra la corrupción en las directivas de la Unión Europea de Contratación; 4. Self-cleaning en la Unión Europea; 5. Reflexión conclusiva: el Self-cleaning en Estados Unidos y en el Banco Mundial; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Años atrás, 1993, con ocasión de la monografía titulada Principios de Ética Pública, llamé la atención acerca de la necesidad de un enfoque positivo y preventivo en las estrategias de la lucha contra la corrupción. En este sentido, es conveniente explorar las posibilidades de la autorregulación regulada, más allá de divisiones exclusivamente punitivas.

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

La cultura empresarial, especialmente en los países anglosajones, incluye, como es sabido, dentro de la buena administración y del buen gobierno corporativo, estos programas de “Compliance”. Medidas y acuerdos que en EE. UU. desde 2008 constituyen incluso requisitos para contratar con las Administraciones públicas. En la Unión Europea las Directivas de 2014, debido a la influencia británica y a la experiencia austríaca y alemana, reconocen compromisos de self-cleaning para levantar determinadas prohibiciones o exclusiones para contratar cuando los órganos competentes comprueben que las pruebas de fiabilidad ofrecidas por las empresas son serias y solventes. Es más, la Unión Europea configura como derecho del contratista incurso en causa de exclusión o prohibición para contratar con la Administración pública su levantamiento, su rehabilitación, como consecuencia del compromiso de autosaneamiento, de integridad. Eso sí, siempre que sea fiable a juicio del órgano competente administrativo.

En Brasil, la Ley de 1 de agosto de 2013 modificada por la medida provisora número 703 de 2015, se incorpora a esta nueva tendencia que, más allá de conformar estos acuerdos de leniencia como la única forma de defensa empresarial frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica por actos ilícitos cometidos por directivos en nombre y representación de la empresa, constituye un camino adecuado para afrontar con éxito la lucha contra la corrupción. Un combate que debe plantearse con inteligencia, también desde la autorregulación regulada, de forma integrada, combinando normas y compromisos de cumplimiento y, sobre todo, teniendo siempre presente que los habitantes puedan disponer de los mejores servicios y las mejores obras públicas que faciliten una digna calidad de vida.

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es bien sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años tras la constatación de ser éste uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas. Los incumplimientos más graves de los deberes de objetividad e imparcialidad en la búsqueda del interés general son merecedores de reproche penal y de su condena pueden derivarse consecuencias administrativas tales como impedir adjudicar un contrato público a quienes hayan sido condenados por determinados delitos. Ahora bien, con independencia de la perspectiva punitiva, necesaria, un marco exitoso de lucha contra la corrupción exige además

poner el acento en la prevención. Por ello, las acciones a emprender desde la normativa contractual deben centrarse en un enfoque preventivo que vincule tanto a la Administración como al ámbito empresarial y que evite el desvío de fondos públicos hacia intereses privados espurios.

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

Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública del año 2014 también incorporan instrumentos normativos dirigidos a prevenir y enfrentar los delitos cometidos por las empresas a través de las llamadas medidas autocorrectoras, de autolimpieza o de «self-cleaning». La puesta en práctica de estas medidas supone un derecho para el operador económico de excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar cuando pueda probar que ha adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que éste se repita.

En Brasil, la Ley 12.846 de 1 de agosto de 2013, modificada por la medida provisoria 703, de 18 de diciembre de 2015, se incorpora a esta nueva tendencia. Los acuerdos de leniencia van más allá de su adecuación formal de defensa empresarial para eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica por actos ilícitos cometidos por sus directivos, puesto que los requisitos para su consideración buscan promover una verdadera cultura ética empresarial y contribuir con ello a que los ciudadanos dispongan de mejores obras y servicios al evitar que con fondos públicos se financien operaciones fraudulentas.

Las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Público en el Estado social y democrático de Derecho deben estar enraizadas en la suprema dignidad del ser humano y en los derechos fundamentales que de ella dimanen. La promoción de las condiciones que hagan posible la libertad solidaria de los ciudadanos vincula crecientemente al Derecho Administrativo, rama esencial del Derecho Público, y a la misma Administración pública. Hasta el punto de que hoy el Derecho Administrativo y la Administración pública tienen un desafío pendiente: convertirse a fondo a los parámetros y vectores centrales de un modelo de Estado que patrocina indefectiblemente un compromiso permanente con la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. En este sentido, la contratación pública, como modalidad de actuación de las Administraciones públicas en colaboración con la iniciativa privada en un contexto de máxima publicidad y concurrencia, es muy importante, trascendental, para que los habitantes puedan disfrutar de obras y servicios públicos y de interés general universales, de calidad y asequibles.

Los derechos fundamentales de libertad, los clásicos derechos civiles y políticos, y también los derechos fundamentales sociales, aquellos destinados a asegurar condiciones de vida dignas a los ciudadanos, vinculan a los Poderes públicos y marcan el ambiente en el que discurren las categorías centrales del Derecho Administrativo. Así, el Derecho Administrativo es el Derecho que regula el poder público para la libertad solidaria de las personas y la Administración pública una organización de servicio objetivo y permanente al interés general, que ahora se nos presenta siempre en forma concreta, motivada y orientado a

la realización y efectividad de todos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

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

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

La buena Administración, además de principio general de actuación administrativa y de obligación inherente a los Poderes públicos, es un derecho fundamental de los ciudadanos. Un derecho fundamental a cuyo través se puede promover los derechos fundamentales de los ciudadanos y así posibilitar a cada persona un espacio de dignidad propio de la condición humana.

Siendo como es la contratación pública, además de una categoría medular del Derecho Administrativo, una relevante política pública tendente a mejorar el nivel de vida de los ciudadanos, resulta que su realización desde la perspectiva de la buena administración plantea preguntas e interrogantes que necesitan ser analizados por nuestra disciplina. Por una poderosa razón: si el Derecho Administrativo está vinculado por los postulados del Estado social y democrático de Derecho, y esté trae causa de la dignidad del ser humano y de sus derechos fundamentales, las categorías que componen esta rama del Derecho Público, hoy deben ser explicadas y construidos desde nuevos esquemas, desde nuevas premisas que trasciendan los dogmas del Estado liberal que doten de mayor sensibilidad social al Derecho Administrativo. La buena administración aplicada a la contratación pública es un buen ejemplo de ello.

La buena administración trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación pues, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, es una de las causas, junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos, que desencadena esta lacra social que solo en el año 2014 se cobró 120.000 millones de euros en el viejo continente. En este sentido, las nuevas directivas comunitarias aprobadas en 2014, especialmente la número 24, regulan exhaustivamente los conflictos de intereses y establecen reglas y principios dirigidos a promover y facilitar la integridad en todas las fases de la contratación, desde la preparación, hasta la adjudicación, con especial hincapié en la ejecución. Es decir, la buena administración en la materia, exige medidas preventivas y sancionadoras de las prácticas ilícitas que se producen, lamentablemente, en grado creciente en este tiempo.

Una de estas medidas es la exclusión de los contratistas, de los operadores económicos, de los licitadores, cuándo los poderes adjudicadores hayan comprobado o tengan constancia de alguna forma de que han sido condenados mediante sentencia firme fundada en la participación en una organización delictiva, en corrupción, en fraude, en delito de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas, en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o en trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos. Esta obligación de exclusión, que es

imperativa para los poderes adjudicadores tal y como señala el artículo 57.1 de la directiva 24 de 2014, se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo.

También se produce la exclusión automática de un operador económico o contratista cuándo el poder adjudicador tenga conocimiento, párrafo 2 del artículo 57 de la directiva, de que tal operador o contratista haya incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante. Podrán ser excluidos por esta causa cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador haya incumplido sus obligaciones tributarias o con la seguridad social. En el primer caso la exclusión es automática, imperativa, en el segundo supuesto es facultativa para el poder adjudicador. En estos casos, se levanta la exclusión cuando el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de sus impuestos.

Estas exclusiones, razonables y lógicas para garantizar un mercado íntegro, equitativo y razonable, pueden ser excepcionadas por los Estados miembros de la Unión Europea, dice el párrafo 3 de este precepto para los casos expuestos anteriormente (corrupción, fraude, incumplimiento de obligaciones tributarias o laborales) por razones imperiosas de interés público como puede ser la salud pública o la protección del medio ambiente. Estamos en presencia de facultades propias de los poderes adjudicadores que de oficio pueden, si estiman que existen causas imperiosas de interés público, levantar estas prohibiciones. El precepto ad exemplum se refiere a la salud pública o a la protección del medio ambiente, pero podría pensarse razonablemente en que, por ejemplo, la exclusión se excepcione cuándo se encuentre en grave peligro la publicidad y la concurrencia inherente a un sistema de mercado digno de tal nombre. En estos casos, la decisión del poder adjudicador habrá de estar suficientemente motivada en razones concretas de interés público pues este concepto es compatible con el Estado de Derecho cuando se expresa en lo concreto y de forma sólidamente argumentada.

Los poderes adjudicadores en el seno de la Unión Europea pueden excluir, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, a los licitadores en los supuestos a los que se refiere el párrafo 4 de este artículo 57 de la directiva. A saber, cuándo el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se hayan incumplido las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; cuándo el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga resultante de un procedimiento de la misma naturaleza (en este caso se puede levantar la exclusión a iniciativa de un Estado miembro si el poder adjudicador comprueba que el operador económico estará en condiciones de ejecutar el contrato); cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad; cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia; cuándo no pueda resolverse con medios menos restrictivos un conflicto de interés; cuándo no pueda remediarse por medios menos restrictivos un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación; cuándo el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un

contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños o perjuicios o a otras sanciones comparables; cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido información o no pueda presentar los documentos justificativos requeridos; cuándo el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferir ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener influencia determinante en las decisiones relativas a exclusión, selección o adjudicación.

En los supuestos del párrafo primero, las exclusiones son imperativas, mientras que en los casos del párrafo 4 del artículo 57 de la Directiva, las exclusiones son facultativas para los poderes adjudicadores que para aplicarlas deberán motivarlas adecuadamente. Así lo señala, para salir de dudas, el mismo párrafo 5 del precepto al que nos referimos en este artículo.

La lucha contra la corrupción, también en materia contractual no es, sin embargo, un fin en sí misma, es un medio para que los ciudadanos puedan disfrutar de obras públicas, de servicios públicos que les permitan vivir en mejores condiciones, que les permitan también elegir de entre varias opciones aquella que mejor se adecue a sus necesidades. La Unión Europea parte de la premisa de la existencia de un mercado abierto, plural, competitivo. Por eso la propia directiva termina el régimen de las exclusiones para contratar reconociendo las llamadas técnicas de self-cleaning, los compromisos de integridad o probidad que pueden ser necesarios cuándo, efectivamente, se pongan en cuestión las más elementales reglas que deben caracterizar al sistema de mercado en economías presididas, como es el caso de la Unión Europea, por los principios del Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, el párrafo 6 del artículo 57 de la directiva comunitaria dispone que todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones establecidas en los párrafos 1 o 4 del precepto “podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación”.

Es decir, el operador incurso en una de estas causales del párrafo 1 o 4 del artículo 57 de la directiva, puede solicitar al poder adjudicador el perdón a través de un compromiso en el que se documente fehacientemente que ahora es un operador fiable. Entonces, si las pruebas se consideran suficientes por el poder adjudicador para acreditar la fiabilidad del licitador, este no quedará excluido.

Se da carta de naturaleza a la voluntad de rectificación del licitador que arrepiente de su conducta y promete firmemente, a través de pruebas fehacientes, que ha adoptado medidas adecuadas para ser considerado fiable por el poder adjudicador. El operador, pues, reconoce su culpa, y formula su propósito de la enmienda en virtud de pruebas que han de llevar al ánimo del poder adjudicador a reconocerle fiabilidad a partir de entonces.

El problema de esta novedosa institución, que existe además de en la Unión Europea en Estados Unidos, por la que se puede perdonar la pena de exclusión definitiva de un procedimiento de contratación es que la decisión del poder adjudicador debe ser rigurosa, motivada y, sobre todo, acreditada en sólidas y solventes razones que garanticen que es mejor

para los principios de un mercado abierto, justo y razonable, admitir a determinado licitador en determinada licitación. De lo contrario, seguiremos fomentando la corrupción desde la misma actividad normativa.

2. LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

La corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable lacra que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del ser humano desde su aparición en el planeta. Tanto en la esfera personal como en el ámbito colectivo, la corrupción se puede decir que es connatural a la condición humana tal y como manifiesta la misma historia. Siendo inherente a las personas es posible, y deseable, que la transparencia y la integridad sean las cualidades que distingan las actuaciones de las personas físicas y, también, porque están compuestas por ellas, los comportamientos de las personas jurídicas.

La figura de la Hydra de Lerna es un buen símbolo de la potencia e intensidad de la corrupción. Como sabemos por la mitología griega, Hércules, encargado de eliminar al terrible animal, tuvo muchas dificultades a causa de sus múltiples cabezas y del veneno que supuraba cada vez que se aniquilaba una de ellas. Cada vez que Hércules cortaba una de sus muchas cabezas, surgían dos nuevas por lo que tuvo que pensar en algún sistema diferente a los empleados hasta el momento. Así, con el concurso de su sobrino, cada vez que cortaba una de las cabezas de la Hydra utilizaba trapos ardientes para quemar los cuellos decapitados. Hércules, como cuenta Apodoloro, cortaba las cabezas y su sobrino quemaba los cuellos degollados y sangrantes. Finalmente, Hércules acabó con la última cabeza del animal aplastándola debajo de una gran roca. Acto seguido, Hércules bañó su espada en la sangre derramada y después quemó las cabezas cortadas para que jamás volvieran a crecer. En fin, un método nada convencional pero efectivo que conjugó la potencia de Hércules con la inteligencia de su sobrino. Probablemente, la combinación de armas que se precisan para acabar con esta terrible lacra social: contundencia e inteligencia.

La corrupción, según el G-20, consume nada menos que el 5% del PIB mundial. Es decir, es la tercera “industria” más lucrativa de todas cuantas existen en este mundo. Es una lacra, señala el informe del G-20, que se ceba con las economías desarrolladas y con las subdesarrolladas. En estos momentos, la corrupción es el enemigo número 1 del comercio exterior. Por sorprendente que parezca, el G-20 alerta acerca del número de normas que regulan los mercados. Tal profusión de normas en buena medida constituye el caldo de cultivo en el que nace y se desarrolla esta terrible enfermedad que aqueja a todas las economías del mundo sin excepción.

La sobrerregulación o la re-regulación son, efecto, aliadas de la corrupción, así como el excesivo número de normas diseñadas para establecer el régimen del comercio interior y exterior. Por ello, se deben elaborar las normas que sean necesarias, ni más ni menos. Normas claras, previsibles y ciertas. No regulaciones confusas, constantes y que tantas veces atentan contra la misma seguridad jurídica al variar unilateralmente las reglas en función del capricho de quien gobierne en cada momento.

La lucha contra la corrupción no es sólo cuestión de elaborar y aprobar normas y más normas. En muchas ocasiones incluso la proliferación de leyes y reglamentos lo que hace es facilitar la corrupción. La clave está en disponer de las normas que sean necesarias, claras y concretas y, sobre todo, de un compromiso ético real, constante y creciente.

En la actualidad, en un mundo en profunda crisis y en acelerada transformación, constatamos como esta lacra golpea con fuerza la credibilidad de las instituciones y la confianza de la ciudadanía en la misma actividad pública, también en la privada por supuesto. Es verdad, en estos dramáticos momentos de la historia, la corrupción sigue omnipresente sin que aparentemente seamos capaces de expulsarla de las prácticas políticas y administrativas. Se promulgan leyes y leyes, se aprueban códigos y códigos, pero ahí está, desafiante y altiva, uno de los principales flagelos que impide el primado de los derechos fundamentales de la persona y, por ende, la supremacía del interés general sobre el interés particular. Ante nosotros, con nuevos bríos y nuevas manifestaciones, de nuevo la corrupción, amparada, es una pena, por una legión de políticos y administradores que han hecho del enriquecimiento económico y la impunidad un *modus vivendi* prácticamente inexpugnable.

La lucha contra la corrupción o, si se quiere desde un punto de vista positivo, la promoción de los valores de la ética pública, concita el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a este gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

3. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014

El 15 de enero de 2014, el Parlamento europeo aprobó en primera lectura la nueva Directiva sobre contratación pública asumiendo la propuesta del mismo Parlamento y del Consejo relativa a la contratación pública. Se trata de la nueva regulación de aplicación los contratos públicos objeto de la directiva. Entre las consideraciones que hace suyas esta resolución legislativa del Parlamento europeo, que ha de ser traspuesta en España antes de 2016, encontramos una primera referencia a la relevancia de los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia en un marco de competencia en orden a la adjudicación de los contratos públicos. Principios que, en efecto, preservan la naturaleza y fisonomía de la contratación como política pública orientada a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos a partir de la construcción de obras públicas y del uso de servicios públicos y de interés general.

Por otra parte, la resolución legislativa del Parlamento Europeo del 15 de enero de 2004, reconoce que

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo,

es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública. (artículo 2)

Es decir, a través de la contratación pública se busca un crecimiento económico inteligente, sostenible e integrador en el que las pequeñas y medianas empresas tengan posibilidades de salir adelante. La referencia a la sostenibilidad apela a la dimensión ética de la contratación como factor para un desarrollo equilibrado, para un desarrollo humano, un desarrollo orientado, de otra manera no sería sostenible, a la mejora de las condiciones de vida de los habitantes.

El principio de igualdad de trato a los operadores económicos es pieza clave de la arquitectura de esta Directiva, así como los principios de transparencia y proporcionalidad, principios tan fundamentales como sistemáticamente orillados por la actuación de numerosos poderes adjudicadores que usan la discrecionalidad establecida al servicio de planteamientos nacionalistas y proteccionistas. Punto importante en la lucha contra la corrupción es la promoción de la transparencia y la prohibición de sortear la competencia o la transparencia en la contratación pública así como el uso interesado de la contratación para favorecer a determinados operadores. En estos supuestos, de no existir estas limitaciones o prohibiciones, la contratación pública, en lugar de ser lo que debe, una política pública orientada a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, se convertiría, muchos así la conciben, como una oportunidad de enriquecimiento económico y como una forma de acceder al poder o de mantenerse en el sin reparar en los medios que se han de emplear para ello.

Es sabido que las decisiones más polémicas en materia de contratación, las que estadísticamente se llevan la palma en materia de corrupción, son las adjudicaciones. Por eso, el artículo 58 de la directiva reclama una dosis de objetividad en estas operaciones jurídicas digna de alabanza, que el artículo 57 pretende concretar fijando criterios racionales y rigurosos de adjudicación.

En capítulo aparte trataré acerca de las prohibiciones para concretar, las obligatorias y las facultativas, y de la posibilidad de rehabilitación del contratista en aplicación de las medidas de self-cleaning previstas en el artículo 57.

Es verdad, quién podrá negarlo, que el Derecho Comunitario de la Contratación Pública es un dechado de suma perfección técnica que ha contribuido a una relativa homogeneización de los Ordenamientos de los Estados miembros en la materia. Sin embargo, a pesar de reconocer las bondades de estas Directivas que se han ido aprobando a lo largo del tiempo, la realidad es que el principio de igualdad de trato brilla por su ausencia, que la publicidad y la transparencia son una quimera y que la complicación y el coste de los procedimientos de contratación disuade a muchos contratistas.

En este tiempo en que estamos, los Estados deben implementar estas Directivas de 2014. Unas Directivas, quién podrá negarlo, cargadas de buenas intenciones y de saludables normas y disposiciones fruto de la experiencia de estos años. Sin embargo, cuando nos aproximamos al régimen jurídico concreto y estudiamos las formas de adjudicación, la potestasvariandi y la propaganda que se hace de los procedimientos sin publicidad y negociados a través del diálogo competitivo, desde luego nos entran muchas dudas acerca del impulso ético que algunos creen encontrar en estas Directivas.

Ciertamente, el capítulo dedicado a la integridad no puede merecer más que un juicio positivo, así como la regulación de los conflictos de interés pues hasta hora estas disposiciones no tenían acomodo en las Directivas en la materia. Sin embargo, la posibilidad de modificar un contrato con el límite del 50% de su precio, no sólo permitiría abrir el debate acerca de la novación del contrato a causa de la desnaturalización de uno de sus elementos esenciales, sino que invita a pensar en que tal previsión constituye o puede constituir una puerta abierta a la corrupción por obvias razones que están en la mente de quienes conocen el sector.

4. EL SELF-CLEANING EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VIRTUALIDAD OPERATIVA Y REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.

La buena administración, como principio de organización administrativa, como obligación inherente al funcionamiento y actividad de los Poderes públicos o como derecho fundamental de los ciudadanos, trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación pues, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea es una de las causas que, junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos, solo en el año 2014 se cobró 120.000 millones de euros.

Insistimos, la mejor política en la lucha contra la corrupción es su prevención. Si actuamos con eficacia antes de que se produzca interviniendo sobre sus causas y sus motivaciones, esta es más difícil que se produzca. Se trata, pues, de una estrategia *ex ante* y *ex post*. Dada la experiencia de estos últimos años en los que la corrupción ha crecido exponencialmente, es menester trabajar en la prevención a través de programas de cumplimiento antes de la adjudicación y, también, a través del fomento del cumplimiento incluso en los casos en que las empresas hayan incurrido en corrupción y estén dispuestas a tomar medidas creíbles y fiables para que no vuelva a acontecer. Este es el marco de operatividad de la llamada estrategia de autosaneamiento, de autolimpieza o *self-government* que está proliferando en este tiempo, principalmente en los países anglosajones y que la UE acaba de confirmar en sus últimas Directivas de 2014.

En este sentido, la realidad de la corrupción, en algunos países con tintes dramáticos, aconseja que, desde el pensamiento dinámico y compatible, se exploren distintas estrategias que fomenten el cumplimiento por parte de las empresas y también de la Administración pública. La protección de la competitividad del mercado o, lo que es lo mismo, la garantía de las mejores condiciones para que los ciudadanos dispongan de los mejores servicios públicos y las mejores públicas puede aconsejar que excepcionalmente los empresarios incursos en prohibiciones para contratar puedan ser rehabilitados (Williams-Elegbe, 2012, p. 248)² siempre y cuando la Administración contratante verifique que los compromisos ofrecidos por el empresario son suficientes para evitar la corrupción en el futuro. Es decir, estamos ante actuaciones de los contratistas incursos en corrupción sometidos a condición, que se dará si efectivamente a juicio de la Administración, en un procedimiento administrativo con todas las garantías y con audiencia a los interesados, de interés general aconseja conceder el derecho a la rehabilitación del que dispone el contratista incurso en prohibición de contratar.

Mientras que los programas de cumplimiento anticorrupción operan ordinariamente

2 En opinión de esta autora, pueden ser causa del levantamiento de las prohibiciones de contratar la existencia de una necesidad pública de mantener la financiación de empresas incursas en ilícitos penales, tal y como aconteció en los casos MCI WorldCom, Boeing e IBM. En este último caso, llama la atención que Boeing estuviera suspendida para licitar en EE. UU. y que se hubiera levantado la prohibición a los ocho días siempre que se verificara que la suspensión de la penalización tuviera efectos perjudiciales a largo plazo.

antes de la contratación, incluso como requisitos para presentarse a la licitación, el autosaneamiento o self-cleaning opera en supuestos relativos a empresas condenadas por corrupción que están dispuestas a rehabilitarse a través de creíbles y fiables medidas de cumplimiento. En el primer caso es una medida general de prevención de la corrupción, en el segundo se trata de actos administrativos de rehabilitación a favor del empresario incurso en corrupción en evitación de conductas ilícitas futuras tras una rigurosa evaluación de las medidas adoptadas por el contratista.

Siendo como es el interés general la piedra angular del derecho Administrativo, siempre que se pueda argumentar en lo concreto desde exigentes parámetros de racionalidad y de justicia, así como su lesión justifica la exclusión o prohibición de contratar con la Administración, también su preservación puede en determinados supuestos abrir la rehabilitación administrativa del incurso en corrupción.

La figura jurídica de la rehabilitación es bien conocida en el Derecho Público. Opera para resucitar categorías jurídicas o levantar determinadas prohibiciones de hacer normalmente como consecuencia de la realización de actos ilícitos o debido a la superación de los plazos de vigencia. En estos casos, por ejemplo, la rehabilitación de concesiones o de licencias, es menester una resolución administrativa ad hoc tras el pertinente procedimiento administrativo dirigido a verificar que la afectación o lesión al interés general ha sido superada.

En estos supuestos, la actuación administrativa de comprobación de la credibilidad y solvencia de las medidas adoptadas por el contratista incurso en prohibición se dirige precisamente a declarar que es compatible con el interés general la rehabilitación del contratista. Williams-Elegbe hace referencia a la racionalidad de las excepciones a las prohibiciones para contratar, una racionalidad que trae causa precisamente del interés público, de la seguridad nacional, de las situaciones de emergencia y de las consecuencias económicas del impacto del levantamiento de las prohibiciones (2012, p. 258).

Tal y como señalan Pereira y Wallbach Schwind (2012), estas medidas de self-government, para que no constituyan supuestos de impunidad, deben ser objeto de un examen riguroso y exhaustivo por parte de los órganos de contratación. De no ser así, si se operara en esta materia con superficialidad y frivolidad, hasta estas medidas serían contraproducentes pues la opinión pública se sentiría engañada con toda razón. De ahí que habría que pensar en dar publicidad e información a la ciudadanía de estas medidas con el fin de trabajar culturalmente desde esta óptica preventiva y de exigencia contra la corrupción.

Un análisis en profundidad del que se derivan ordinariamente pesadas cargas para el infractor y alteraciones radicales al interior del contratista que solicita este derecho. En estos supuestos, señalan estos autores, es menester una tarea de contraste jurídico acerca de la idoneidad o no de mantener la actividad empresarial o decantarse por su destrucción. El autosaneamiento, las medidas de self-cleaning no son creíbles ni sólidas sin la existencia de un riguroso plan de eliminación de las causas que produjeron el ilícito penal con el fin de asegurar que no volverán a repetirse (Pereira y Wallbach, 2015). Por eso, el compromiso con el cumplimiento y el combate a la corrupción por parte del contratista es fundamental. Hasta el punto de cuanto más fiables y creíbles sean los compromisos asumidos por el contratista más posibilidades de obtener la rehabilitación.

La clave para comprender la funcionalidad y virtualidad operativa de estas medidas de autosaneamiento reside, como hemos indicado, en la estrategia preventiva en el combate a la corrupción. Una perspectiva que no excluye la dimensión punitiva, ni mucho menos. Si a

pesar de la prevención se produce la corrupción, entonces incluso la severidad de la reacción penal hasta puede ser más intensa. Es decir, las prohibiciones para contratar, las exclusiones para contratar, la declaración de incapacidad para contratar, ahora más allá de la connotación punitiva (Williams-Elegbe, 2012, p. 261), deben comprenderse desde una nueva perspectiva, que la supera y que a la vez la integra.

En este sentido, las nuevas directivas comunitarias aprobadas en 2014, especialmente la número 24, regulan exhaustivamente los conflictos de intereses y establecen reglas y principios dirigidos a promover y facilitar la integridad en todas las fases de la contratación, desde la preparación, hasta la adjudicación, con especial hincapié en la ejecución. Es decir, la buena administración en la materia exige medidas preventivas y sancionadoras de las prácticas ilícitas que se producen, lamentablemente, en grado creciente en este tiempo. En los Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea ahora se trabaja desde esta perspectiva. Una perspectiva menos drástica dirigida a prevenir los daños que podría causar al interés general el contratista incurso en una causa o motivo de prohibición o exclusión para contratar. Si, como señalan Pereira y Wallabach-Schwind, ahora, siguiendo las nuevas tendencias del Derecho Comparado, se trata de prevenir los daños es preferible optar por el autosaneamiento (2015, p. 2) riguroso y exigente pues, además de fortalecer las opciones del poder adjudicador, que en esta hipótesis tendrá más licitantes donde elegir –mercado competitivo real- se puede evitar que una condena eterna a una empresa suponga su destrucción y la pérdida de muchos puestos de trabajo, ajenos a unas prácticas que suelen estar ubicadas en determinados departamentos y áreas de las empresas.

Desde luego no es un tema sencillo porque hasta ahora el criterio tradicional es el punitivo y desde esta óptica es desde la que se contemplan las prohibiciones o exclusiones para contratar. Sin embargo, es menester aproximarse a este problema desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, teniendo presente la realidad y operando con la razón y el compromiso con la justicia sin olvidar la vinculación de todas las categorías e instituciones del Derecho Administrativo al interés general de un Estado social y democrático d Derecho. Desde estos postulados es necesario diferenciar, como dicen Pereira y Wallbach-Schwind, la criminalización de la conducta pasada con la prevención de los daños futuros (2015, p. 2).

En la regulación europea actual, las nuevas Directivas aprobadas en 2014 establecen exclusiones para contratar, que son medidas que limitan el derecho a participar libremente en procedimientos de licitación. Son medidas administrativas aplicadas por los órganos de contratación para descalificar de los procedimientos de contratación pública a quienes incurran en una serie de circunstancias. En realidad, adoptan la forma de prohibiciones para contratar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español las ha calificado como medidas de garantía del interés general, como tachas negativas que impiden la contratación y, esto es lo relevante en este momento, como medidas administrativas que, aunque limitan derechos no disponen de naturaleza sancionadora³.

Es conveniente anotar que estas prohibiciones se adoptan en garantía del interés general por lo que cuando éste esté en peligro por obvias razones de competitividad del mercado o de elevado riesgo del derecho al trabajo de personas que poco o nada tienen que ver con la causa de exclusión o de la prohibición, se podrá rehabilitar, tras un severo y riguroso examen de la prevención de daños futuros, al incurso en exclusión o prohibición para contratar.

3 Tribunal Supremo del Reino de España (2006, 28 de marzo) (2007, 31 de mayo) y (2011, 18 de mayo).

Las recientes Directivas europeas de 2014 establecen la exclusión obligatoria de los procesos de contratación pública de aquellos candidatos y licitadores que hubieran sido condenados por sentencia judicial firme en determinados casos. En efecto, la exclusión obligatoria de los contratistas, de los operadores económicos, de los licitadores, se produce cuándo los poderes adjudicadores hayan comprobado o tengan constancia de alguna forma de que han sido condenados mediante sentencia firme fundada en participación en una organización delictiva, en corrupción, en fraude, en delito de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas, en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o en trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos. Esta obligación de exclusión, que es imperativa para los poderes adjudicadores tal y como señala el artículo 57.1 de la Directiva 24 de 2014 de contratación pública, y el artículo 38.4 de la Directiva sobre concesiones, se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo.

Tal prohibición obligatoria para contratar por causa de corrupción es, desde luego, una forma de preservar los principios generales que presiden la contratación pública asegurando con ello una real competencia en las adjudicaciones. Pero también, y, sobre todo, es un instrumento preventivo del combate a la corrupción⁴.

Sin perjuicio del reproche penal, que es cierto y no admite discusión, solo faltaría, la prohibición para contratar del artículo 57.1 de la Directiva de contratación pública tiene una relevante naturaleza preventiva (Vid. Drew, K. 2005, pp. 267-276) y también una obvia aflicción para el contratista que le provoca daños a su reputación y, por ende, perjuicios económicos al dejar de contratar con la propia Administración (Hollard, 1989).

Medina Arnaiz reconoce que estas prohibiciones suponen un paso adelante en la lucha contra la corrupción, pero advierte que su puesta en práctica se enfrenta a dificultades que complican su aplicación (2014, p. 324). En concreto, señala esta profesora que los efectos de estas prohibiciones se desvirtúan ante cuestiones tan concretas como pueden ser la falta de calificación común respecto de los elementos integradores de las infracciones penales de las que traen causa las exclusiones, la falta de conocimiento de las condenas que implican la prohibición, la falta de reconocimiento en todos los Estados miembros de responsabilidad penal o la ausencia de un régimen procesal específico que posibilite las condenas.

También se produce la exclusión automática de un operador económico o contratista cuándo el poder adjudicador tenga conocimiento, párrafo 2 del artículo 57 de la Directiva de contratación pública, de que tal operador o contratista haya incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante. En efecto, podrán ser excluidos por esta causa cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador haya incumplido sus obligaciones tributarias o con la seguridad social. En el primer caso, en el número 1 del artículo 57, la exclusión es automática, imperativa, en el segundo supuesto es facultativa para el poder adjudicador. En estos casos, se levanta la exclusión cuando el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o

4 El Libro Verde de 2011 sobre modernización del mercado europeo se refiere a esta doble naturaleza de las prohibiciones obligatorias para contratar al señalar que la exclusión de los licitadores por motivo de corrupción y, en general, por falta profesional (inhabilitación) es un instrumento idóneo para castigar y prevenir los comportamientos profesionales ilícitos. El reproche jurídico y la prevención de la corrupción deben ir siempre unidos porque el combate a esta lacra social ha de realizarse desde esquemas compatibles y complementarios.

celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de sus impuestos.

Estas exclusiones, razonables y lógicas para garantizar un mercado íntegro, equitativo y razonable, pueden ser excepcionadas por los Estados miembros de la Unión Europea, dice el párrafo 3 de este precepto para los casos expuestos anteriormente (corrupción, fraude... incumplimiento de obligaciones tributarias o laborales) por razones imperiosas de interés público como puede ser la salud pública o la protección del medio ambiente. Estamos en presencia de facultades propias de los poderes adjudicadores que de oficio pueden, si estiman que existen causas imperiosas de interés público, de interés general, levantar estas prohibiciones. El precepto “ad exemplum” se refiere a la salud pública o a la protección del medio ambiente, pero podría pensarse razonablemente en que, por ejemplo, la exclusión se excepcione cuándo se encuentre en grave peligro la publicidad y la concurrencia inherente a un sistema de mercado digno de tal nombre. En estos casos, la decisión del poder adjudicador habrá de estar suficientemente motivada en razones concretas de interés público pues este concepto es compatible con el Estado de Derecho cuándo se expresa en lo concreto y de forma sólidamente argumentada. Pensemos, por ejemplo, en una desproporcionada restricción de ofertas que ponga en cuestión la capacidad del poder adjudicar de seleccionar con arreglo a buenos servicios a buenos precios. O también, podemos reflexionar acerca de la exclusión de un contratista con miles de trabajadores cuya prohibición se ha debido única y exclusivamente a la conducta delictiva del área comercial o de la presidencia o dirección general.

Los poderes adjudicadores en el seno de la Unión Europea pueden excluir, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, a los licitadores en los supuestos a los que se refiere el párrafo 4 de este artículo 57 de la directiva. A saber, cuándo el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se hayan incumplido las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; cuándo el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga resultante de un procedimiento de la misma naturaleza (en este caso se puede levantar la exclusión a iniciativa de un Estado miembro si el poder adjudicador comprueba que el operador económico estará en condiciones de ejecutar el contrato); cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad; cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia; cuándo no pueda resolverse con medios menos restrictivos un conflicto de interés; cuándo no pueda remediarse por medios menos restrictivos un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación; cuándo el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños o perjuicios o a otras sanciones comparables; cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido información o no pueda presentar los documentos justificativos requeridos; cuándo el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferir ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener influencia determinante en las decisiones relativas a

exclusión, selección o adjudicación.

En los supuestos del párrafo primero del artículo 57, las exclusiones son imperativas, mientras que en los casos del párrafo 4 de dicho precepto de la Directiva e contratación pública las exclusiones son facultativas para los poderes adjudicadores, que para aplicarlas deberán motivarlas adecuadamente. Así lo señala, para salir de dudas, el mismo párrafo 5 del precepto al que nos referimos.

La lucha contra la corrupción, también en materia contractual no es, sin embargo, un fin en sí misma, es un medio para que los ciudadanos puedan disfrutar de obras públicas, de servicios públicos que les permitan vivir en mejores condiciones, que les permitan también elegir de entre varias opciones aquella que mejor se adecue a sus necesidades, que hagan posible y real, para ello, la publicidad y concurrencia para que los poderes adjudicadores seleccionen las mejores ofertas. El combate a la corrupción no se puede quedar estancado estáticamente en la criminalización de conductas pasadas, sino que debe, además de castigar razonablemente los delitos, prevenir los daños futuros.

La Unión Europea parte de la premisa de la existencia de un mercado abierto, plural, competitivo. Por eso la propia Directiva de contratación termina el régimen de las exclusiones para contratar reconociendo las llamadas técnicas de self-cleaning, los compromisos de integridad o probidad que pueden ser necesarios cuándo, efectivamente, se pongan en cuestión las más elementales reglas que deben caracterizar al sistema de mercado en economías presididas, como es el caso de la Unión Europea, por los principios del Estado social y democrático de Derecho.

Las nuevas Directivas de 2014 reconocen la posibilidad de excepcionar la aplicación de las exclusiones obligatorias a través de las medidas de autosaneamiento o de self-cleaning. Eso sí, siempre desde la óptica del principio de proporcionalidad, que exige que las prohibiciones no excedan de lo que sea apropiado o adecuado para lograr las finalidades establecidas en las Directivas en cuya virtud, como señalan Arrowsmith, Pries y Friton, se podrá eximir su aplicación a través de medidas de autocorrección cuando se pruebe que los candidatos o licitadores excluidos de participar en la licitación por concurrir en ellos un motivo de exclusión han adoptado medias eficaces para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito e impedir de manera efectiva que este se vuelva a repetir (2009, pp. 257-282)⁵.

Las finalidades de las Directivas aluden, es lógico, a los principios sobre los que descansa la propia Unión Europea. Es decir, a los principios de libre circulación de mercancías y servicios, de transparencia, de igualdad y prohibición de la discriminación, de proporcionalidad. Pues bien, el principio de proporcionalidad es el que mejor explica y justifica la adopción, en determinados casos, de estas medidas de autosaneamiento.

En efecto, las prohibiciones para contratar no pueden exceder de lo que es adecuado y necesario para cumplir las finalidades de las Directivas. Si realmente se comprueba que la causa de la exclusión o la prohibición ya no tiene sentido por haberse eliminado a base de implementar determinadas medidas internas en la empresa y así lo entiende el poder adjudicador tras un riguroso y exigente análisis y evaluación, como estas prohibiciones o exclusiones no son de naturaleza punitiva, entonces podría de forma excepcional levantarse

5 En Alemania y Austria las medidas de self-cleaning son aceptadas mientras que, por el contrario, en Francia y Grecia las Autoridades competentes en materia de contratación no consideran aceptables estas medidas autocorrectoras o de autosaneamiento.

dicho impedimento.

La Unión Europea, pues, a través de estas Directivas, se muestra favorable a la recuperación de credibilidad y fiabilidad perdida por un contratista que ha incurrido en una causa de prohibición o exclusión para contratar, si es que el poder adjudicador comprueba fehacientemente que el operador económico ha dispuesto las medidas de self-cleaning adecuadas para volver a merecer la condición de contratista capacitado para contratar con la Administración pública. Se reconoce, por tanto, en el Derecho Comunitario Europeo que operadores económicos penalizados, incursos en prohibición para contratar, puedan ejercer de nuevo su derecho a participar en licitaciones siempre y cuando hayan adoptado medidas adecuadas para reparar los perjuicios ocasionados y para evitar e impedir la realización de nuevos actos ilícitos.

La autorización de medidas autocorrectoras implica excepcionar la regla de la imposibilidad de contratar a contratistas incursos en causas de prohibición o exclusión siempre que, a juicio del poder adjudicador, ejercicio de una potestad discrecional, hayan adoptado medidas eficaces y efectivas para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito de forma que éste presumiblemente no se vuelva a repetir.

La clave, a nuestro juicio, reside en el juicio de proporcionalidad que realizará el poder adjudicador para levantar o no la prohibición. El acto administrativo de rehabilitación en que consiste técnicamente el autoseameamiento supone el levantamiento de una prohibición por razones de interés general. Es la remoción de un obstáculo que impide el ejercicio de un derecho preexistente que no se puede realizar por la concurrencia de una determinada causa. Una vez que esta desaparece, siempre de acuerdo con el interés general, que debe ser concreto y motivado, entonces la prohibición pierde su razón de ser.

El principio de proporcionalidad, como bien sabemos, surge para limitar la arbitrariedad. Siendo la arbitrariedad todo ejercicio de poder irracional, realizado sin sometimiento a las reglas de la recta razón, resulta que la proporcionalidad se mueve en el ámbito de la racionalidad y reclama que el poder de la Administración sea adecuado al fin previsto en la norma que atribuye capacidad de obrar a la misma Administración pública. La proporcionalidad convoca a la adecuación entre medios y fines, a la coherencia y congruencia entre medios y fines. De forma que un ejercicio de poder desproporcionado significa que la acción concreta desborda la finalidad de la misma. Es decir, el juicio de proporcionalidad se refiere a la medida en que una acción es necesaria y adecuada para garantizar el fin establecido.

En materia de *IusPuniendi* del Estado, Derecho penal y derecho Sancionador, el principio de proporcionalidad, junto a la reserva de ley para tipos e infracciones, y al “favor libertatis”, constituye uno de los principales elementos para resolver los problemas que se puedan plantear en esta materia. Por eso, hay que tener en cuenta para este juicio de ponderación en que ordinariamente se concreta el test de proporcionalidad el objetivo que se busca con la medida (eliminar la causa de la prohibición y evitar que se produzca en el futuro), si la medida es idónea para conseguir el fin (si la autolimpieza favorece la publicidad, la concurrencia, la igualdad, la transparencia, la competitividad del mercado y, fundamentalmente, que el poder adjudicador pueda seleccionar de entre varias ofertas la que contribuya a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos) y si existe una medida menos gravosa para alcanzar el fin perseguido (si la autocorrección es la medida menos lesiva, en estos casos, para asegurar los fines de la contratación pública).

En materia de proporcionalidad hay que tener en cuenta otra consideración que es

relevante en el tema que tratamos. Me refiero a que este principio juega en el marco de la legitimidad del actuar de la Administración pues garantiza que la actuación pública este en sintonía con el interés general. Más bien, se trata de que la medida elegida sea la que exige el interés general. Por tanto, las medidas de autosaneamiento deben estar suficientemente justificadas, lo que se producirá, si es el caso, tras el examen que el poder adjudicador realiza de los compromisos del contratista incurso en la prohibición y siempre que se cumplan las condiciones que la Directiva establece para la viabilidad de estas medidas de self-cleaning. Además de la motivación, que ha de seguir unos elevados estándares pues el ámbito de la discrecionalidad es intenso y extenso, debe acreditarse que las medidas autorizadas no lesionan injustificadamente el derecho de otros contratistas, lo que no es el caso porque lo que provocan es un refuerzo de la concurrencia. En otras palabras, cuanto más intensa y extensa sea el poder discrecional, más intensa y extensa será la motivación de su ejercicio.

La actuación proporcional es, desde otra perspectiva, una manifestación de buena Administración pública. El número 16 de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos aprobada en el seno del CLAD por los ministros de Administración pública de la región, señala que uno de los principios sobre los que descansa la buena Administración pública es el de proporcionalidad, en cuya virtud las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el Ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo propuesto.

En la Unión Europea es fundamental que, a través de un mercado objetivo y competitivo, los poderes adjudicadores puedan, en un marco de concurrencia, seleccionar las mejores ofertas de cara a poner a disposición de los ciudadanos las mejores obras y los mejores servicios. Por eso, la decisión administrativa sobre las solicitudes de self-cleaning de los contratistas han de incardinarse en este objetivo básico para lo cual es muy importante la búsqueda del equilibrio entre los intereses en presencia y, sobre todo, no limitar de forma irracional e incoherente los derechos de los ciudadanos.

En estos casos, el poder adjudicador debe realizar un juicio de ponderación teniendo en cuenta la especial intensidad del interés general en el caso concreto y, tras el examen de la solicitud del contratista, intentar dictar la medida más idónea, más pertinente, más adecuada para alcanzar la finalidad prevista.

La UE ha reconocido esta excepción a las prohibiciones para contratar, conformándola, como veremos, como un derecho del contratista sometido a una revisión del poder adjudicador, que podrá autorizarla si entiende que se cumplen los requisitos a que ahora haremos o referencia o denegarla, en cuyo caso deberá motivar tal resolución.

La regulación de las medidas de self-cleaning no son una novedad de este momento. El Comité de las Regiones ya se refería a ellas en el 2000, algunos Estados de la UE, Alemania, Austria e Italia, por ejemplo, contaban con ellas en sus legislaciones. El denominado Reglamento Financiero⁶ se refería expresamente a estas medidas de autosaneamiento y, en la actualidad, el artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública -2014/24/UE- y el 38.9 de la Directiva de concesiones -2014/23/UE- contemplan estas medidas autocorrectoras de

6 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) N° 1605/2002 del Consejo, Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, de 25 de octubre, artículo 106.1.

forma concreta.

En efecto, el párrafo 6 del artículo 57 de la Directiva comunitaria dispone que todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones establecidas en los párrafos 1 o 4 del precepto “podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación”.

A tal efecto, sigue diciendo la Directiva en este párrafo 6:

El operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.

La Unión Europea prevé, pues, un sistema de inaplicación de las obligaciones por razones graves, imperiosas, de interés general, por motivos económicos, en virtud del juicio de proporcionalidad, por razones de regularización tributaria y a través de medidas de self-cleaning.

El juicio de la Administración contratante es un juicio prudencial basado en la proporcionalidad y teniendo presente la preeminencia del interés general en el caso concreto. Ciertamente, si la solicitud del contratista es seria, rigurosa y conduce al convencimiento por parte del poder adjudicador de que la causa de la prohibición ha desaparecido y que es razonablemente probable que no volverán a repetirse las conductas ilícitas, penales o administrativas, lo lógico y coherente es que se autorice la rehabilitación del contratista. Obviamente, se trata de una excepción a la regla general de la prohibición en la que está incurso el contratista por lo que el poder adjudicador debe ser especialmente estricto y severo en la apreciación de las razones esgrimidas por la empresa para obtener la rehabilitación.

Para que se produzca la rehabilitación del contratista incurso en prohibición o exclusión para contratar, según las Directivas de contratación de la UE para que recupere la fiabilidad y credibilidad perdida, es menester el pago o compromiso en relación con los daños causados, la colaboración con el esclarecimiento de los hechos y la adopción de medidas técnicas, organizativas o de personal que sean necesarias.

Es decir, el operador incurso en una de estas causales del párrafo 1 o 4 del artículo 57 de la Directiva, puede solicitar al poder adjudicador su rehabilitación a través de un compromiso en el que se documente fehacientemente que ya es un operador fiable. Entonces, si las pruebas se consideran suficientes por el poder adjudicador para acreditar la fiabilidad del licitador, este no quedará excluido.

Por tanto, se da carta de naturaleza a la voluntad de enmienda del licitador que se arrepiente de su conducta y promete firmemente, a través de pruebas fehacientes, que ha adoptado medidas adecuadas para ser considerado fiable por el poder adjudicador. El operador, pues, reconoce su culpa, y formula su propósito de la enmienda en virtud de pruebas que han de llevar al ánimo del poder adjudicador a reconocer le fiabilidad a partir de entonces.

Veamos los elementos que permiten el despliegue de la rehabilitación del contratista. Estas condiciones o requisitos deben darse todos conjuntamente pues son imprescindibles para acreditar la fiabilidad del contratista, especialmente en lo que se refiere a que en el futuro presumiblemente no se cometerán nuevos ilícitos.

En primer lugar, es necesaria la colaboración del contratista en el esclarecimiento de los hechos que desencadenaron la prohibición de contratar. Sin el esclarecimiento de los hechos, las medidas de autosaneamiento no estarán amparadas en la realidad y, por ende, será muy complicado para el poder adjudicador valorar su pertinencia y coherencia para evitar nuevas conductas ilícitas en el futuro.

La colaboración completa del contratista debe facilitar el conocimiento de las circunstancias en las que se cometieron los ilícitos y las responsabilidades de todas las personas y de todos los individuos involucrados, directa o indirectamente, en los hechos. Obviamente cuanto más rápido se puedan conocer los hechos y cuanta mayor claridad y completitud se pueda arrojar sobre lo acontecido más probabilidades de que se conceda la rehabilitación. En este sentido, si se pueden esclarecer los hechos de forma completa es más fácil para el poder adjudicador dimensionar adecuadamente las medidas de self-cleaning que sean más pertinentes (Pereira y Wallbach, 2015, p. 4). Obviamente, la resistencia al esclarecimiento de los hechos, su ocultación o su manipulación son causas determinantes de la no concesión de la rehabilitación.

Una vez aclarados los hechos, la reparación de los daños efectivamente causados es más fácil, así como la emisión del compromiso de su reparación. Para la concreción de los daños habrán de seguirse las reglas propias de los procesos jurídicos de indemnización de daños y perjuicios establecidos en la legislación de cada uno de los países de la UE.

Por lo que se refiere a la implementación de medidas técnicas, organizativas y de personal, es menester conocer la naturaleza de los hechos acontecidos para desde ellos proponer las medidas internas que permitan al contratista incurso en prohibición para contratar recuperar la fiabilidad y llevar al ánimo del poder adjudicador que tras su articulación tales conductas ilícitas presumible y razonablemente será muy difícil que vuelvan a repetirse al haberse desvanecido sus causas.

Estas medidas son de cara al futuro, para evitar que se repitan los hechos acontecidos. En realidad, una vez identificadas las causas de los ilícitos cometidos en el pasado, habrá que buscar la forma de invitar a salir de la empresa de forma inmediata, y explicada, a las personas, accionistas, directivos o empleados, que estuvieran involucrados en los hechos que desencadenaron los ilícitos cometidos. En el caso de los accionistas, es necesario adoptar

las medidas que sean necesarias para que su salida sea real sin capacidad ni influencia sobre sus sucesores en la compañía (Pereira y Wallbach, 2015, p. 4). Obviamente, el grado de desvinculación de la compañía de las personas involucradas en los ilícitos será proporcional a la intensidad de su responsabilidad en los hechos acaecidos.

Las medidas de naturaleza técnica y organizacional se refieren específicamente a la implementación de acciones que impiden que los ilícitos cometidos se puedan volver a repetir. Son medidas de cara al futuro, medidas que solo se pueden implementar una vez que se hayan esclarecido de los hechos, indemnizado los daños, separado al personal responsable de la conducta ilícita. A partir de entonces, del momento en que se han identificado fehacientemente los problemas, es posible diseñar una estrategia concreta referida a medidas técnicas, estructurales y organizativas.

Siendo estas medidas de autosaneamiento de carácter eminentemente preventivo, el juicio prudencial que hará el poder adjudicador estará de alguna forma mediatizado por la naturaleza fuertemente preventiva de las medidas técnicas y organizativas presentadas por el contratista en el expediente de rehabilitación en que consiste el self-cleaning. Entre las medidas que pueden pensarse encontramos con planes de formación de ética orientados especialmente a prevenir las conductas ilícitas del pasado, la creación de unidades organizativas encargadas de supervisar determinadas políticas comerciales, el fortalecimiento control interno, el establecimiento de comités de ética formados por personas independientes, la periodicidad de la revisión de las medidas a adoptar. También es de tener en cuenta la existencia de órganos internos disciplinarios con procedimientos sancionadores gestionados por personal externo a la compañía. Es decir, toda la panoplia de acciones propias de los programas de compliance analizadas con anterioridad. Eso sí, aplicados especialmente a la prevención de los concretos ilícitos acontecidos en el pasado.

Estas medidas de autosaneamiento parten, como hemos indicado, de una cultura preventiva en la lucha contra la corrupción que potencie el cumplimiento superando una visión única y excluyente de tipo punitivo, vigente hasta ahora en muchas latitudes. Esta cultura empresarial, y también administrativa, a favor del cumplimiento de las obligaciones contribuye de forma decisiva a evitar distorsiones de la competencia en los procedimientos de adjudicación. Además, la cultura de la autolimpieza facilita también una contratación más abierta pues no se limita la concurrencia y, además garantiza la efectiva realización del principio de proporcionalidad pudiéndose tomar en consideración las medidas correctivas puestas en marcha por los operadores económicos incurso en prohibiciones de contratar, demostrando, como dice Medina Arnaiz (2016), su fiabilidad.

El operador económico incurso en prohibición o exclusión para contratar dispone de un derecho a que se examinen las medidas de cumplimiento por él adoptadas con vistas a u posible admisión al procedimiento de adjudicación. Por tanto, si los poderes adjudicadores comprueban la suficiencia y proporcionalidad de las medidas propuestas se removerá el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho preexistente que es el de presentarse libremente a licitaciones públicas. Es un derecho del contratista sometido al juicio realizado por el poder adjudicador a través de un procedimiento administrativo contradictorio en el que se resolverá acerca de la fiabilidad y credibilidad de la propuesta planteada por el contratista. El procedimiento administrativo terminará con un acuerdo de rehabilitación o no, en cuyo caso habrá de motivarse convenientemente la negativa.

En efecto, la Directiva configura como un derecho de los operadores económicos el poder presentar pruebas de las medidas adoptadas para evitar nuevas infracciones penales o

faltas para levantar la prohibición de contratar que les afecte, y lo hace de manera bastante clara, precisa e incondicionada (Bernal, 2015, p. 417). Se trata de un derecho de cuya operatividad depende el juicio de un órgano administrativo, normalmente el poder adjudicador, aunque la Directiva realmente no concreta su identidad, por lo que serán los Estados miembros en la trasposición de la Directiva quienes dispongan de capacidad para determinar la naturaleza de estos entes públicos llamados a evaluar la operatividad de estas medidas de autosaneamiento.

La cuestión sobre la identidad de los órganos públicos que han eventualmente de pronunciarse, tras el pertinente procedimiento administrativo, dependerá de la legislación de cada Estado miembro. Pueden ser desde los poderes adjudicadores particulares, que será lo más lógico, hasta órganos diferentes bien centrales bien descentralizados. Un análisis de las regulaciones existentes (Austria, Alemania, Reino Unido, Francia o Hungría) hasta el momento invita a pensar que serán los órganos de contratación concretos en cada caso quienes valorarán las medidas planteadas por los operadores económicos incursos en prohibición o exclusión para contratar. En el caso español, como apunta Medina Arnaiz, se puede plantear una cierta complejidad cuando se compruebe que nuestra normativa contractual no es suficiente para dar cumplimiento a la obligación de resultado impuesta por la Directiva y se cuestione el efecto directo de los preceptos referidos a las medidas de self-cleaning (2016, ponencia).

En el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión Europea, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación se exige una declaración formal por la que el operador económico afirma que no se encuentra incurso en causa de exclusión y que cumple los criterios de selección pertinente. Tal declaración, como es lógico, debe servir de prueba preliminar, en sustitución de certificados expedidos por autoridades públicas o terceros. En concreto el documento a que nos referimos establece como criterios de exclusión: condenas penales, pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, insolvencia, conflictos de intereses o falta profesional, u otras causas de exclusión que pueden estar presentes en la legislación nacional.

En tal documento, en caso de condena penal, se pregunta a los operadores económicos: ¿ha adoptado medidas para demostrar su credibilidad pese a la existencia de un motivo pertinente de exclusión (“autocorrección”)? Si se contesta afirmativamente se solicita que se describan las medidas adoptadas. En caso de que se haya declarado al contratista culpable de una falta profesional grave, se preguntara si ello es cierto y en caso de ser así se pide que se detallen las medidas autocorrectoras adoptadas. En el mismo sentido se procede si el operador económico ha celebrado acuerdos con otras empresas destinados a falsear la competencia, si el operador lo reconoce, se le pregunta si ha adoptado medidas de autosaneamiento y, en caso, afirmativo, que las concrete.

En fin, el hecho de que, entre nosotros, en España, como apunta Bernal Blay, todavía la autorregulación no se encuentre regulada, constituye un serio obstáculo para que el autosaneamiento sea una realidad (2015, p. 417). Es decir, resulta ineludible que las normas nacionales de trasposición acometan con urgencia el desarrollo sustancial y procedimental del artículo 57.6 de la Directiva 24 de 2014 concretando en qué consisten y que requisitos les son exigibles ex ante a los programas de compliance para lograr su efectividad ex post (Bernal, 2015). Sin embargo, a pesar de la indeterminación del régimen jurídico, los Considerandos 71, 102 y 107 de la Directiva establecen algunos lineamientos a tener presente por los Estados miembros en la trasposición de la Directiva pues refieren a medidas que afecten al personal o a la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaron en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización de personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una unidad de auditoría

interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización.

Estas previsiones establecidas en los Considerandos de la Directiva deben entenderse en un contexto de buena administración o buen gobierno, de forma y manera que, por ejemplo, la oficina de auditoría interna para supervisar el programa de Compliance si no está en manos de una personalidad o colegio de personalidades independiente, de poco o nada servirán. Es decir, las medidas de autosaneamiento deben ser fiables, creíbles y, sobre todo, aptas idóneas para evitar ciertamente nuevas conductas ilícitas.

En este sentido, se debe subrayar, como hace Bernal Blay, que la Directiva se refiere a la adopción de medidas apropiadas – en inglés *appropriate*, en francés *propres à*, en italiano *idonei* – para evitar nuevas infracciones penales o faltas, una expresión diferente de la atenuante utilizada en el Código Penal, artículo 31 bis, que señala que tales medidas deben ser eficaces (2015, p. 419). En el caso de las medidas de *self-cleaning*, su idoneidad se valora *ex ante* por el ente público competente, mientras que en el caso del Código Penal la eficacia de tales medidas solo es posible evaluarla *ex post*, una vez que se han adoptado, cuando se han cometido ya nuevos delitos, momento en el que carece ya de sentido entrar a valorar los efectos atenuantes (Bernal, 2015).

En marzo de 2015 se reformó en España el Código Penal con la promulgación de una Ley Orgánica y se dio nueva redacción al artículo 31 bis del Código, de manera que se exime de responsabilidad, no sólo se atenúa, a la persona jurídica de responsabilidad penal “que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización e inclusión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

En relación con los órganos públicos que deben valorar las medidas propuestas por los contratistas incursos en prohibición para contratar, comparto la tesis de Bernal Blay cuándo señala que más que dejar estas decisiones en manos de los poderes adjudicadores concretos o de los órganos de contratación de cada contrato, es menester residenciar esta función en algún ente especializado en materia penal y administrativa que pueda unificar criterios en evitación de que si tal competencia se deja en manos de cada gestor público contractual se genere un ambiente de inseguridad (2015, p. 420).

Si fuera verdad que las causas de exclusión, o prohibiciones de contratar, quedaran con frecuencia sin verificar por los órganos de contratación, estas medidas de compliance tendrían una eficacia muy limitada en relación con el acceso a un contrato público. Ahora bien, si resultara, que las causas de exclusión o prohibiciones para contratar se proyectaran también sobre los contratos en ejecución, entonces, como señala Bernal Blay, en el marco de la opción de resolución de un contrato por encontrarse el contratista en causa de exclusión en el momento de la adjudicación el autosaneamiento tendría más sentido (2015, p. 421). En efecto, la legislación en materia de contratos debería comunicar las declaraciones de prohibición de contratar sobre aquellos contratos que la empresa se encontrara ejecutando en ese momento. Así, esta declaración se convertiría en prohibición de continuar la ejecución, incurriendo en causa de resolución que habría que incorporar a la legislación. Así, de esta manera, estos programas de autosaneamiento serían un estímulo para las empresas en el caso de que se pudiera levantar la prohibición de ejecución del contrato cuándo se considere que el programa de Compliance contemple medidas apropiadas para prevenir nuevas infracciones penales y administrativas (Bernal Blay, 2015).

5. REFLEXIÓN COCLUSIVA: SELF-CLEANING EN EE. UU. Y EN EL BANCO MUNDIAL

En los Estados Unidos de Norteamérica, como sabemos, desde 2008 los programas de compliance se usan en el combate a la corrupción y son requisitos sine qua non para poder contratar con la Administración pública. Tal medida es consecuencia del cambio de mentalidad operado en esta materia, ahora más vinculada a la prevención y a la garantía del cumplimiento que a la dimensión exclusivamente punitiva y represiva.

Los programas de compliance, previos a la contratación, se complementan con las medidas self-cleaning para los contratistas incurso en prohibiciones para contratar. Ambos instrumentos, utilizados en momentos distintos del iter contractual, tienen, sin embargo, un denominador común: prevenir la corrupción a base de fortalecer los compromisos de cumplimiento del operador económico como manifestaciones de buen gobierno corporativo.

Es más, las medidas de self-cleaning surgen en el marco de los principios de buen gobierno corporativo como manifestaciones del compromiso de empresas responsables por implementar sistemas de control interno para prevenir e identificar conductas ilegales o de posible ilegalidad adoptando medidas de autosaneamiento cuándo efectivamente se produzcan actos o conductas ilícitas (Vid. Bednar, y Styles, y McDowell, 2009, pp. 157-185). En estos casos, se presume que una corporación ética y responsable adoptará sistemas de control interno rigurosos y exigentes de manera que será muy difícil en el futuro que se puedan volver a cometer ilícitos. Es cierto, no se puede negar, que una compañía que disponga de estos requerimientos inspira confianza y credibilidad, pero en verdad la clave de estas medidas reside en que el órgano de contratación pueda verificar y comprobar la solidez y calidad de las medidas y compromisos asumidos por quien en el pasado cometió actos ilícitos y ahora pretende la rehabilitación.

El sistema norteamericano parte de la base de que una empresa que en el pasado cometió actos ilícitos si posteriormente adopta medidas de autocorrección debe ser reconocida y hasta beneficiada de alguna manera (Pereira y Wallbach-Schwind, 2015, p. 5). En este sentido, aunque pueda llamar la atención, en los EE. UU. la suspensión del derecho a firmar contratos con la Administración no tiene naturaleza punitiva sino, al contrario, la protección a la Administración para que solo pueda asumir compromisos contractuales con empresas éticas y responsables. Por eso, la suspensión de este derecho solo es posible frente a contratos futuros o prorrogados, nunca en relación con contratos en ejecución. Se busca, con esta medida, examinar si la empresa en cuestión es en la actualidad ética y responsable de manera que la Administración solo contrate con empresas responsables (Punder, y Priess, y Arrowsmith, 2009, pp. 170-172). Es decir, si una compañía suspendida adopta medidas fiables para autocorregirse, podrá ser contratada por la Administración pública para demostrar que es una empresa responsable.

Es verdad que, en el Derecho norteamericano, por contraste con el europeo, dónde el self-cleaning juega en los casos de prohibiciones obligatorias para contratar, existe más margen de las Autoridades para autorizar rehabilitaciones. Por eso, por la especial flexibilidad que existe en el Derecho de los EE. UU. en esta materia, las medidas de autosaneamiento o de autolimpieza tienen mayor funcionalidad. Porque se considera que toda empresa que en el pasado ha sido antiética o irresponsable puede recuperar la fiabilidad comprometiéndose a adoptar medidas encaminadas a impedir que se puedan producir nuevos ilícitos. Es la lógica consecuencia de la naturaleza de self-cleaning, más preventivo y medida de buena gobernanza que reacción punitiva y represora frente a quien cometió ilícitos en el pasado. Esta forma

de comprender el autosaneamiento trae causa también del pensamiento abierto, dinámico y complementario como fácilmente se puede colegir.

Entre las medidas de self-cleaning que podemos encontrar en la praxis norteamericana encontramos desde la implementación de programas de ética y compliance, hasta la adopción de controles internos, pasando por la colaboración en el esclarecimiento de las investigaciones de conductas ilegales. También se tiene en cuenta que la compañía haga frente a todas las indemnizaciones generadas por su pasada conducta ilícita, incluidos los costos de los análisis realizados en sede administrativa para comprobar la idoneidad de las medidas adoptadas. Igualmente, la existencia de procedimientos disciplinarios al interior de la empresa para castigar al personal responsable de los actos ilícitos no pasa desapercibido. Al igual que la adopción de acciones correctivas que impidan la realización de actos ilícitos o ilegales, a veces supervisadas por personalidades independientes. En la misma medida, si se reconoce por parte del contratista la gravedad de los ilícitos, tal expresión por parte del operador económico tendrá efectos beneficiosos para él.

Son también dignas de reseña, siquiera sea breve, las medidas de self-cleaning adoptadas al interior del Banco Mundial, una de las primeras instituciones supranacionales que más y mejor ha entendido el sentido y funcionalidad de estas decisiones administrativas. Como señalan Pereira y Wallbach Schwind (2015, p. 5), esta dimensión del self-cleaning en los EEUU permite una mayor iniciativa de contratistas y de Administraciones públicas que no están únicamente vinculados por la existencia de prohibiciones obligatorias para contratar pues el autosaneamiento puede operar siempre que a juicio de la Administración contratante la empresa penalizada ofrezca una garantía fiable de que el ilícito fiable será corregido efectivamente y de que, por ende, las probabilidades de nuevas conductas delictivas se desvanezcan en virtud de la seriedad y del rigor de las medidas ofrecidas por el contratista.

Las medidas de autosaneamiento en el Banco Mundial tienen una doble dimensión. En primer lugar, estas medidas solo serán operativas si realmente cesan las condiciones que justificaron la prohibición de contratar. Y, en segundo término, es posible que el contratista firme un acuerdo de lenidad establecido en el “Bank’s Voluntary Disclosure Program” por el que se compromete a evitar en el futuro incurrir en causa de exclusión para contratar (Pereira y Wallbach, 2015, p. 7). Sin embargo, si a pesar del compromiso se detectan las conductas ilícitas, la quiebra de la confianza lleva aparejada una grave pena. Es decir, plena confianza en que se adoptarán medidas que eviten daños futuros, pero si se quiebra, graves penas.

Las medidas de self-cleaning han de ser suficientes y adecuadas para despejar las dudas acerca de la posibilidad de que la compañía cometa nuevos ilícitos. En caso de que las Autoridades del Banco Mundial entiendan que las medidas no son suficientes pueden hacérselo saber al contratista dándole un plazo para que se dispongan nuevas medidas complementarias.

En fin, en el presente la UE y los Estados Unidos, aunque desde tradiciones diferentes y con distintas motivaciones, admiten las medidas de autosaneamiento porque son conscientes de que el combate a la corrupción pasa por la prevención y el fomento del cumplimiento, por el trabajo sobre las causas de la corrupción y por la voluntaria suscripción por parte de las empresas de efectivos y responsables compromisos de cumplimiento.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Arrowsmith, S, Priess, H.J. y Friton, P. (2009). Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct-An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?. PPLR, Vol. 18 (6).
- Bernal, M.A. (2015), Los efectos de los programas de compliance, en Las Nuevas Directivas de Contratación Pública, Thomson-Reuters, Navarra.
- Hollard, V. (1989). L'exclusion des marchés publics (Annexe au rapport sur le projet de réforme du Code penal). Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Paris.
- Medina Arnaiz, T. (2014) Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española. En Valcárcel Fernández, Patricia (dir.), La contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas-Thomson.
- Medina Arnaiz, T. (2016, 21 de enero). Las medidas de self-cleaning en la Unión Europea. En Moreno, J.A. y Gimeno, J.M. (Presidencia), El anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público [ponencia]. Congreso Internacional sobre Contratación Pública, Universidad de Castilla - La Mancha, Talavera de La Reina, Toledo, España.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2004, 31 de marzo). Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. DO L 134 de 30.4.2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0017-20140101&from=EN>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2004, 31 de marzo). Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DO L 134 de 30.4.2004.
- Pereira, C. y Wallbach-Schwind, R. (2015, agosto), Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Nº 102. <http://www.justen.com.br/informativo>.
- Williams-Elegbe, Sope (2012), Fighting corruption in public procurement, A comparative analysis of disqualification or debarment measures. Hart Publishing.
- Vid. Drew, K. (2005). The Challenges Facing Debarment and the European Union Public Procurement Directive. En Organisation for Economic Co-operation and Development, Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement, pp. 267-276. OECD <https://doi.org/10.1787/9789264014008-en>
- Vid. Bednar, R.J., Styles, A.B. y McDowell, J. En Punder, H., Priess, H.J. y Arrowsmith, S. (2009), Self-cleaning in Public Procurement Law, Köln.