

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El *compliance* en compañías privadas que contratan
con la administración pública como medida preventiva
frente a la responsabilidad civil culposa**

MARÍA DANIELA RUIZ ZEA

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	María Daniela Ruiz Zea
Código:	00212626
Cédula de identidad:	1724463417
Lugar y Fecha:	Quito, 23 de noviembre del 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EL COMPLIANCE EN COMPAÑÍAS PRIVADAS QUE CONTRATAN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO MEDIDA PREVENTIVA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CULPOSA ¹

COMPLIANCE IN PRIVATE COMPANIES THAT CONTRACT WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION AS A PREVENTIVE MEASURE AGAINST CIVIL LIABILITY

María Daniela Ruiz Zea²
daniruiz_1234@hotmail.com

RESUMEN

Las compañías privadas ecuatorianas que realizan contratación pública, están expuestas a que se determine responsabilidad civil culposa en su contra, siendo obligadas a la restitución de valores a la administración pública cuando han sido negligentes en el desarrollo de su actividad y en consecuencia han generado un perjuicio económico al Estado. El trabajo de investigación se centró en identificar y analizar las ventajas de los programas de *compliance* como una herramienta eficaz para la prevención de dicha determinación. La investigación realizó un análisis comparativo con la legislación mexicana y exploró el tema del *compliance* en la contratación pública. El estudio arrojó que, de existir regulación adecuada, la figura jurídica aporta grandes beneficios a las compañías, ya que permite facilitar el desarrollo de la actividad empresarial con diligencia, les permite cumplir con la normativa legal vigente, siendo un mecanismo que tiene la aptitud de prevenir la responsabilidad civil culposa.

PALABRAS CLAVE

Derecho administrativo, derecho corporativo, *compliance*, responsabilidad civil culposa.

ABSTRACT

Private Ecuadorian companies that are involved in public procurement are exposed to having civil liability determined against them, being legally compelled to retribute values to the public administration when they have been found to be negligent in the development of their activity and as a result have caused economic damage to the state. The research paper focuses on identifying and analyzing the advantages of compliance as an effective prevention tool for companies involved in said field of work. The research carries out a comparative analysis between Ecuadorian and Mexican legislation, and explores the subject of compliance in public procurement. The study shows that; if there is adequate regulation in place, the legal figure provides great benefits to companies such as: facilitating the development of business activity with diligence, allowing companies to comply with current legal regulations, as well as being a mechanism in prevention of negligent civil liability.

KEY WORDS

Administrative law, corporate law, compliance, civil liability.

Fecha de lectura: 23 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Marco Antonio Morales Andrade.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. IMPORTANCIA DE LAS COMPAÑÍAS PRIVADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 6. REGULACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA CON COMPAÑÍAS PRIVADAS.- 7. RESPONSABILIDAD CIVIL CULPOSA DE COMPAÑÍAS PRIVADAS.- 8. COMPLIANCE PREVENTIVO EN LAS EMPRESAS.- 9. PARÁMETROS MEXICANOS DEL *COMPLIANCE* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 10. *COMPLIANCE* PREVENTIVO EN COMPAÑÍAS CONTRATISTAS.- 11. VENTAJAS DEL *COMPLIANCE*.- 12. MAKE-UP COMPLIANCE.- 13. DISCUSIÓN. -14. RECOMENDACIONES.- 15. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La contratación pública en el Ecuador tiene un impacto significativo en los recursos estatales, dado que representan un alto porcentaje del presupuesto del país.³ En el año 2022, se invirtieron \$7.698 millones de dólares en la contratación pública, con un total de 64.584 procesos iniciados, lo que equivale a un promedio de 237 procesos diarios⁴.

En este contexto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su considerando, ha manifestado el interés del Estado en desarrollar leyes, reglamentos y normativa secundaria que fomente la asignación correcta y eficiente de los recursos estatales. A través de la armonización de esfuerzos de todos aquellos que intervengan en un proceso de contratación y aquellas herramientas que le permitan mejorar los procedimientos y faciliten el control.⁵

En la misma línea, la ley ha reconocido la capacidad de los agentes económicos privados de ejecutar bienes, obras y servicios que provean ofertas competitivas de acuerdo a lo establecido en la norma. Es decir, las compañías privadas a través de la contratación tienen la capacidad de incidir en los recursos estatales, a través del contrato⁶.

³ Primicias, “La contratación pública movió USD 6.185 millones en 2022”, 11 de enero del 2023. Recuperado en: <https://www.primicias.ec/noticias/politica/contratacion-publica-millones-anual-2022/> (último acceso: 25/10/2023).

⁴ SERCOP realizó su rendición de cuentas 2022, Boletín de prensa, Servicio Nacional de Contratación Pública, 23 de mayo del 2023.

⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, [LOSNCPL], R.O. Suplemento 395, 04 de agosto del 2008, reformado por última vez R.O. 311 de 16 de mayo del 2023.

⁶ Artículo 9, LOSNP.

Con el objetivo de precautelar la ejecución correcta del contrato y el uso adecuado de los recursos públicos por parte de los privados, se han establecido procedimientos, principios y pautas que los contratistas privados deben cumplir rigurosamente para evitar sanciones, restricciones de contratación y atribución de responsabilidad.⁷

En relación directa a los perjuicios económicos causados a la administración pública, la responsabilidad civil culposa se atribuye a las compañías cuando su actuación negligente genera menoscabo al Estado, viéndose obligadas a repararlo⁸, configurando un escenario que si bien busca precautelar al interés general, puede afectar la buena marcha de las compañías.

En este escenario, el presente trabajo de investigación se centra en identificar, analizar y descubrir si las ventajas de los programas de *compliance* logran ser un mecanismo preventivo de la determinación de responsabilidad civil culposa en compañías privadas ecuatorianas. Tomando en consideración que, si bien el Estado ha reconocido a las normas como mecanismo de protección de recursos, también ha establecido la necesidad de innovar en procedimientos que faciliten el control y la eficiencia de procedimientos en relación a todos los contratistas. Lo que nos invita a plantearnos la siguiente pregunta.

¿Qué ventajas se pueden obtener de la implementación de programas de *compliance* en compañías privadas que firman contratos con la administración pública ecuatoriana para prevenir la determinación de responsabilidad civil culposa?

El trabajo de investigación desarrolla los siguientes apartados: La importancia de las compañías privadas que contratan con la administración pública; El ámbito de atribución de la responsabilidad civil culposa; El reconocimiento del *compliance* en la contratación pública en México; Ventajas del *compliance* y su aplicabilidad como mecanismo de prevención de responsabilidad civil culposa y el *Make-up compliance*,

La metodología empleada en el presente estudio consiste en una investigación jurídica, eminentemente cualitativa, a través de un análisis doctrinal y comparativo que pretende tomar como punto de referencia el ordenamiento jurídico mexicano. Además de mantener la investigación deductiva iniciando por lo más general al tema central del artículo.

⁷ Artículo 1, LOSNP.

⁸ Artículo 52, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, [LOCGE], R.O. Suplemento 595, 12 de junio del 2002, reformado por última vez R.O. 245 de 07 de febrero del 2023.

2. Estado del arte

En la presente sección se conceptualiza y expone la literatura más relevante de los últimos años de los ejes centrales del estudio: los programas de *compliance* y la responsabilidad civil culposa.

Bacigalupo explica el origen de los programas de *compliance* en el derecho anglosajón como un mecanismo de prevención de corrupción empresarial en Estados Unidos. Los programas de cumplimiento normativo surgen como una respuesta de autorregulación corporativo para advertir riesgos desencadenados de la actividad que desempeña la compañía⁹. Lo expuesto, nos permite reconocer que dichos programas desde su origen buscan la gestión y mitigación de riesgos empresariales, permitiendo sustentar la postura que se va adoptar en el desarrollo del texto.

Por su parte, Gutiérrez nos acerca a lo que se conoce como el *public compliance*, medidas de prevención y cumplimiento normativo que surgen para combatir la corrupción, la ética pública y la buena administración buscando propender el interés general. El texto clasifica el *compliance* en el sector público de la siguiente manera; *el compliance ad intra* y el *compliance ad extra*¹⁰.

El *compliance ad extra* habla de la colaboración público- privada y la necesidad de implementación de medidas de carácter preventivo en las personas jurídicas que firman contratos con las entidades estatales. Agregando a lo anterior, a nivel penal ha llegado a cobrar tal relevancia dicha figura jurídica que actualmente se reconoce como un atenuante de la pena¹¹. Lo que la literatura ha denominado *compliance ad extra*, se va abordar en el trabajo de investigación como un mecanismo idóneo que permita precautelar el desarrollo adecuado de las compañías contratitas.

Bayancela por su parte, describe la situación actual de los programas de *compliance* en el Ecuador. En el año 2021 se implementó en la legislación como un beneficio a las compañías ecuatorianas. El Código Integral Penal, en el artículo 49, reconoce que se atenuara la pena si se cuenta con un programa de cumplimiento normativo sujeto a los elementos determinados por la misma ley. Sin embargo, al no ser

⁹ Silvina Bacigalupo, "Compliance", *EUNOMÍA Revista En Cultura De La Legalidad* 21 (2021), 260-276. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6348>.

¹⁰ Adrián Gutiérrez, "Compliance Sector Público", *Derecho administrativo de las infraestructuras*, ed. J.R Arana (México: Tirant lo Blanch, (2023) 1049-1075, Recuperado de: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788411477383>, (último acceso: 29 de septiembre del 2023).

¹¹ Adrián Gutiérrez, "Compliance Sector Público", 1060-1064.

de obligatoria observancia no se han aplicado de forma constante en el país.¹² La autora reconoce que aún existe un largo camino por recorrer para que dicha figura cumpla su objetivo¹³.

El texto nos permite reconocer que tanto doctrinariamente como en la ley, los programas de *compliance* han sido abordados como una herramienta que busca precaver la imputación de responsabilidad penal a las empresas. Sin embargo, se ha pasado por alto que en el Ecuador las compañías también pueden configurar un escenario de responsabilidad civil culposa.

Quintana, define a la responsabilidad civil culposa, como la acción u omisión culposa, cuyos resultados generan perjuicios a la administración pública. Destaca que la principal razón de la sanción proviene de la falta precaución para evitar dichos resultados, generando la obligación jurídica de indemnizar el perjuicio causado.¹⁴

Lo establecido por el autor nos permite identificar que la principal causa de determinación de responsabilidad civil culposa radica en la actuación negligente y en desapego de la normativa. Por lo expuesto se pretende plantear al *compliance* como mecanismo que prevenga dicha responsabilidad y sus consecuencias.

3. Marco Normativo

El presente apartado delimitará la normativa relevante en relación a los ejes centrales del estudio: programas de *compliance* y la responsabilidad civil culposa.

La contratación pública ecuatoriana establece su regulación en base a la Constitución de la República del Ecuador¹⁵. Nuestra Carta Magna promueve la participación de las personas jurídicas de derecho privado en actividades económicas con responsabilidad, transparencia y en concordancia con la Constitución y las leyes. Asimismo, reconoce a la Contraloría General del Estado como el ente de control de recursos estatales y órgano encargado de determinar responsabilidad culposa a personas jurídicas de derecho privado¹⁶.

¹² Mariana Bayancela, “Compliance programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia* 29, (2022), 129-140, doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2021.6348>.

¹³ Mariana Bayancela, “Compliance programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, 129-140.

¹⁴ Ismael Quintana, *Manual de responsabilidades en la contraloría general del estado* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2021), 120-135.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁶ Artículo 212, CRE.

En lo concerniente a las leyes, se examinará en primer lugar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁷, dicha norma regula los procedimientos de contratación pública, en donde se establecen normas sustantivas y procedimentales que deben seguir los contratistas. En lo relativo al presente trabajo cobrará relevancia dicha norma ya que en ellas se establecen objetivos que fomentan el cumplimiento normativo, la ejecución exitosa de contratos y la participación empresarial en distintas escalas.

En segundo lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece las funciones de la Contraloría,¹⁸ como un órgano de control, fiscalización y auditoría en concordancia con los objetivos del Estado. En dicho instrumento y en el Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado se establece el procedimiento administrativo de responsabilidad civil culposa. Ambos textos nos proporcionan una guía en cuanto a la determinación de dicha figura jurídica, en cuanto porqué, a quién y en que situaciones¹⁹.

Finalmente, en relación al *compliance*, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, emitió una resolución nombrada Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo²⁰, en donde se establece los lineamientos de aplicación del *compliance* como mecanismo de detección, prevención, mitigación, cumplimiento normativo y autorregulación corporativo con el objetivo de combatir la corrupción empresarial. La resolución antes descrita y el Código Orgánico Integral Penal, son los únicos instrumentos en donde se reconoce a la figura del *compliance* a nivel nacional.

4. Marco teórico

Con el objetivo determinar la efectividad de los programas de *compliance* en las compañías privadas, la presente sección va a exponer las líneas de investigación que se mantienen alrededor de esta figura jurídica y que se aplicaran en el presente trabajo de investigación.

¹⁷ LOSNCP.

¹⁸ LOCGE.

¹⁹ Reglamento de Responsabilidades Contraloría General del Estado, R.O. Suplemento 323, 10 de septiembre del 2018, reformado por última vez R.O. 378 de 21 de agosto del 2023.

²⁰ Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución 13, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Registro Oficial 1076 de 25 de septiembre del 2020.

En primer lugar, el trabajo de investigación se apoya en la postura que reconoce al *compliance* como una herramienta efectiva de prevención, la cual se encarga de buscar e identificar los riesgos relacionados con la actividad empresarial²¹.

De forma similar, la tesis denominada como *compliance ad extra*, se refiere a la adopción de medidas de *compliance* para personas jurídicas que se relacionan con la administración pública a través de contratos. Otorgándoles mayor transparencia en el funcionamiento ya que se está acreditando los esfuerzos de las compañías por establecer modelos de organización cuyo objetivo principal es cumplir con el ordenamiento jurídico establecido para su actividad²².

Asimismo, reconoce que en materia sancionatoria-administrativa, que se rige por los principios culpabilidad y proporcionalidad, si se hace una correcta valoración del *compliance* puede llegar a considerarse como un eximente o atenuante de responsabilidad²³.

Finalmente, se analiza al *make-up compliance*, la teoría propone que los programas de *compliance* solo obtendrán resultados en la práctica si la figura es debidamente regulada por los países que desean implementarla. De lo contrario, no será más que maquillaje para las empresas²⁴.

En relación a las tesis anteriormente expuestas, el trabajo rescata al *compliance* como un instrumento preventivo que permitirá la consecución exitosa de los objetivos de una compañía contratista, pero que solo evidenciarán resultados si se regula adecuadamente.

En el desarrollo se pretende argumentar y desplegar la hipótesis que se ha planteado en el trabajo de investigación, el *compliance* y sus ventajas tienen la capacidad de prevenir la determinación de responsabilidad civil culposa a las compañías que contratan con la administración pública.

5. Importancia de las compañías privadas en la contratación pública

En esta sección, se pretende sustentar la incidencia y ventajas que se dependen del contrato público con privados. La Organización para la Cooperación y Desarrollo

²¹ Oscar Fernández León, “Los beneficios del *compliance* y la necesidad de su conocimiento por el empresario”, *Compliance*, ed. de L.D Coaña (México: Tirant lo Blanch, 2019). 49- 61, Recuperado de: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788413134574> (último acceso: 06/10/2023).

²² Adrián Gutiérrez, “*Compliance Sector Público*” 1060-1064.

²³ Adrián Gutiérrez, “*Compliance Sector Público*” 1060-1064.

²⁴ Carolina Boehler, Juan Pablo Montiel, “¿Cómo testear la adecuación de un programa de *compliance*? Introducción al “modelo de los tres filtros”” *Polit Crim 16* (2021), 197-219.

Económico, OCDE, distingue a la contratación pública como un ámbito fundamental de un Estado, ya que influye en el desarrollo económico y en la calidad de los servicios ²⁵.

El deber de los estados es suministrar bienes y servicios para el desarrollo efectivo de una sociedad. Gutiérrez destaca que la contratación pública es una herramienta estatal que permite otorgar los bienes y servicios solicitados por las administraciones públicas. Señala además que al otorgar dicha facultad a las personas jurídicas de derecho privado permite al Estado ser eficiente en la satisfacción de los requerimientos colectivos.²⁶

En la misma línea, los contratos estatales por su magnitud generan desarrollo económico tanto a nivel corporativo como a nivel estatal²⁷.” [...]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”²⁸. Las administraciones públicas al permitir que compañías especializadas en distintas áreas se involucren, logran mejorar la ejecución del servicio brindado a la sociedad, que se promueva la innovación y la creación de empleo.²⁹

De la misma manera admite a los estados realizar un uso adecuado de los recursos públicos ya que pueden optar por el proveedor que más competente resulte para la ejecución del contrato³⁰.

En virtud de lo anteriormente expuesto merece la pena subrayar que la contratación pública con privados está beneficiando a las compañías, a los ciudadanos y al Estado en la consecución de los objetivos estatales³¹, evidenciando el efecto significativo que las mismas generan. Como resultado de lo mencionado, es esencial fomentar el crecimiento de estas compañías para garantizar su funcionamiento óptimo.

²⁵ Informe de Prácticas en la Contratación Pública Local en Cinco Entidades Mexicanas, Informe, OCDE 2015.

²⁶ Janetsy Gutiérrez Proenza, “Análisis comparativo de los sistemas de contratación pública entre Ecuador y Cuba.” *Iuris Dictio* 30 (2022), 161-163, doi: <http://doi.org/10.18272/iu.v30i30.2638>.

²⁷ Juan Camilo Rojas Arias, "Epistemología Del Compliance Como Criterio De Funcionamiento Social y Empresarial." *Pensamiento Jurídico* 52 (2020), 189, Recuperado de: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/epistemología-del-compliance-como-criterio-de/docview/2592404839/se-2>, (último acceso: 10/10/2023).

²⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea)”, *Revista andaluza de administración pública* 21 (2017), 22 doi: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3280>

²⁹ Janetsy Gutiérrez Proenza, Análisis comparativo de los sistemas de contratación pública entre Ecuador y Cuba.”, 162.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Andréa de Oliveira Gonçalves, Nyalles Barboza Matos, “Public-private partnerships: origin, limitations and prospects for public sector accounting.” *Revista Eletrônica de Administração Porto Alegre* 26 (1), (2020), 114 – 136, doi: <https://doi.org/10.1590/1413-2311.279.98525>.

6. Regulación de contratación pública ecuatoriana con compañías privadas

El presente apartado pretende dilucidar, los parámetros que se han recogido en la ley para la celebración de contratos con compañías privadas y determinar los objetivos planteados por la norma para regular la contratación pública.

6.1. Constitución de la República del Ecuador

Iniciando desde la cúspide tenemos a la Constitución que reconoce los principios que se deberán tomar en consideración en las compras públicas como son: la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social³². Conjuntamente, la norma le otorga prioridad a la contratación pública nacional frente a la internacional y establece que las pequeñas y medianas empresas serán la principal opción al momento de la contratación pública³³.

6.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La legislación ecuatoriana además reconoce normativa específica en cuanto a la contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo reglamento establecen todos los principios y procedimientos que se deberán cumplir para la adquisición, arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios³⁴.

La ley busca el cumplimiento contractual y normativo de los contratistas, en caso de hallar incumplimiento, estipula sanciones que pueden conllevar; multas, privación de la oportunidad de contratación por un tiempo definido o de manera permanente y la determinación de responsabilidad en relación a la infracción cometida³⁵.

Los objetivos que se ha planteado el sistema de contratación y la norma son fundamentales ya que reconocen la necesidad de la modernización de procesos que permitan la eficiencia en la gestión de recursos. Busca incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos. Finalmente, propende el cumplimiento normativo y contractual.³⁶

En base a lo previamente mencionado, se ha identificado lo siguiente, a nivel nacional el Estado pretende precautelar la seguridad de los recursos públicos a través de normativa que regula el comportamiento de los contratistas. Por lo mismo, los operadores económicos están expuestos a una amplitud extensa de normativa que se deberá cumplir

³² Artículo 288, CRE.

³³ Artículos 204 y 288, CRE.

³⁴ Artículo 1, LOSNP.

³⁵ Artículo 106, LOSNCP.

³⁶ Artículo 1, LOSNP.

con total diligencia para no ser sancionados o configurar un escenario de responsabilidad civil culposa que se abordará en el siguiente apartado, pero que pueden incidir en la operatividad de la compañía.

Es importante hacer un énfasis añadido para efectos del trabajo de investigación, el valor que la ley ecuatoriana de contratación pública ha remarcado en la necesidad de implementar herramientas que faciliten el cumplimiento de la norma, el control y la ejecución correcta de contratos.

7. Responsabilidad civil culposa de compañías privadas

En la anterior sección pudimos reconocer que las compañías que incumplen con la normativa están expuestas a sanciones que conllevan multas, restricciones de contratación, sin perjuicio de ser civilmente responsables a través de la figura reconocida como responsabilidad civil culposa o glosa. Este apartado pretende reconocer la causa de configuración de dicha responsabilidad.

Se reconoce a la responsabilidad civil culposa como una acción u omisión no intencional ocasionada por un contratista y/o servidor público, causando un perjuicio al interés público, generando la obligación de reparar al Estado hasta el monto de la afectación causada³⁷. En relación a lo anterior, es preciso hacer un énfasis añadido a que la acción u omisión pernicioso se produce por la operatividad negligente del contratista o el servidor público por no haber tomado las precauciones necesarias para evitar el perjuicio³⁸.

Es importante lo expuesto, ya que nos invita a tener un indicio de que una herramienta como el *compliance*, cuyo objetivo propende la diligencia y autorregulación corporativa puede influir positivamente en la prevención de la determinación de dicha responsabilidad.

Lo segundo pertinente a analizar en relación a la responsabilidad civil culposa, es la potestad conferida en la Constitución y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a la Contraloría, como el órgano de control encargado de determinar dicha responsabilidad, acarreando la obligación de probar en sede administrativa la actuación imprudente y/o negligente del contratista y/o el servidor público que serán solidariamente responsables si así se determina³⁹.

³⁷ Artículo 52, LOCGE.

³⁸ Artículo 6, Reglamento de Responsabilidades Contraloría General del Estado.

³⁹ Artículos 211 y 212, CRE.

La Contraloría paralelamente deberá determinar el grado de participación y de considerarlo pertinente, tras el análisis probatorio en base a la sana crítica, desvincular de la responsabilidad a los intervinientes que han demostrado no ser responsables⁴⁰.

Un último factor a tener presente, pero que es de vital importancia destacar, es que la Contraloría no tiene un poder jurisdiccional que resuelve o dirime un conflicto. Sin embargo, en sede administrativa tiene la capacidad de atribución de responsabilidad civil culposa, como un ejercicio del poder de policía administrativo⁴¹.

El poder de policía de la Contraloría en este contexto, lo que busca es mantener el orden público y el uso adecuado de los recursos públicos. Por lo que se encarga de verificar que las actividades que desempeñan los sujetos bajo su control sean desarrolladas en apego al ordenamiento jurídico⁴². En ese orden de ideas, la finalidad misma de la determinación de responsabilidad, la imposición de multas y sanciones lo que busca al final del día es la actuación de los sujetos en apego a lo que las normas establecen, con el objetivo final de velar por el interés público⁴³.

En este sentido, es importante abrir la puerta a mecanismos, herramientas o programas de *compliance* que permitan la consecución de este objetivo, el cumplimiento normativo. Con énfasis especial en los operadores económicos que tienen la capacidad de influir en el bienestar público, siendo que al funcionar de forma adecuada generan grandes beneficios a la sociedad.

8. Compliance preventivo en las empresas

8.1. Evolución y definición del *compliance* a nivel empresarial

El *compliance* como una herramienta empresarial de prevención y cumplimiento normativo proviene de la evolución y desarrollo anglosajón. Surge en Estados Unidos en el siglo XX como recomendaciones no vinculantes de buenas prácticas⁴⁴.

En los años 70, a raíz de casos de corrupción de gran relevancia en Estados Unidos, se crea el *Foreign Corrupt Practices Act*, un instrumento donde se establecían prohibiciones para las empresas con el objetivo final de prevenir actos de corrupción, que

⁴⁰ Artículo 6, Reglamento de Responsabilidades Contraloría General del Estado.

⁴¹ Ismael Quintana, *Manual de responsabilidades en la contraloría general del estado*, 173-174.

⁴² Ismael Quintana, *Manual de responsabilidades en la contraloría general del estado*, 173-174.

⁴³ Ismael Quintana, *Manual de responsabilidades en la contraloría general del estado*, 173-174.

⁴⁴ Pedro José Jorge Coviello, “Los nombres modernos de la ética pública”, en *Derecho Administrativo de las infraestructuras. Contratación pública, compliance y combate a la corrupción*, ed. J.R Arana (México: Tirant lo Blanch, (2023) 1043, Recuperado de: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788411477383>, (último acceso: 19 de octubre del 2023).

además imponía entre otros requerimientos a las compañías la implementación de programas de *compliance*.

No es hasta década de los 90, que comenzaron a cobrar relevancia los programas de cumplimiento normativo o *compliance*, con el surgimiento de los códigos de buen gobierno corporativo que establecieron estándares de buenas prácticas empresariales⁴⁵. En virtud de los antecedentes expuestos, actualmente, se ha ido adaptando dicha figura jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos para la consecución de distintos objetivos empresariales.⁴⁶

En la actualidad, la concepción jurídica general del *compliance* se traduce a cumplimiento normativo. En el sector privado la figura se ha implementado como una herramienta de autorregulación que pretende lograr la gestión exitosa de las compañías a través de la adopción de buenas prácticas y procedimientos que permitan cumplir con la norma⁴⁷.

En consonancia con lo anterior, en el ámbito corporativo ha sido observado como un instrumento de organización que permite la detección, prevención y mitigación de riesgos relacionados a la actividad empresarial y la armonización de dicha actividad a lo que se establece en la normativa vigente. En esta línea preventiva, el *compliance* busca proteger al operador económico de responsabilidades y problemas que afecten la estabilidad y la continuidad de la actividad que desempeña la empresa.⁴⁸

De lo establecido se desprende que el *compliance* a nivel empresarial se ha instaurado y ha sentado sus raíces como mecanismo efectivo de prevención empleado a nivel corporativo con el propósito de evitar la atribución de infracciones que puedan afectar la viabilidad de la compañía. Lo que nos permite tener un primer indicio de que puede ser empleado en el Ecuador para la prevención de la determinación de responsabilidad civil culposa.

9. Parámetros mexicanos del *compliance* en la contratación pública.

En relación al derecho comparado, la presente sección permite tomar como punto de partida el ordenamiento jurídico mexicano, que ha implementado dentro de su

⁴⁵ Silvina Bacigalupo, "Compliance", 262-265.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Juan Camilo Rojas Arias, "Epistemología del *compliance* como criterio de funcionamiento social y empresarial.", 183.

⁴⁸ Isabel Miralles González, "Cómo abordar el *compliance* desde la empresa?" en *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*, B. Pareja, J.de Castro y P. Simone (España: Dykinson, 2021), 63-69. Recuperado en: <https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/115846> (último acceso: 16/10/2023).

normativa al *compliance*. Sin embargo, no ha direccionado la figura jurídica únicamente para la prevención de responsabilidad penal de las compañías, sino como una herramienta que se aborda a la luz de la responsabilidad administrativa de las compañías que contratan con la administración pública.

El país ha desarrollado en su ordenamiento jurídico normativa relativa a la contratación pública, direccionada a la obtención de los resultados más provechosos para el interés general, ya que representan una parte considerable del uso de sus recursos públicos⁴⁹. Por lo mismo han sido motivados a buscar y desarrollar mecanismos que les permitan seguir mejorando, innovando y estableciendo parámetros nuevos para lograr el objetivo de maximizar las ventajas que la contratación pública le provee.⁵⁰

En relación a lo anterior, el *compliance* ha entrado a cobrar gran valor en el cumplimiento de esta meta.⁵¹ La ley mexicana ha fomentado el establecimiento del *compliance* en las compañías, siendo su objetivo prevenir tanto que las compañías incurran en delitos, como también en infracciones a ley que no necesariamente sean sancionadas a nivel penal, pero que tengan la facultad de atribuirles responsabilidad, permitiendo bajo criterios determinados, ser exentas de sanciones.⁵²

Lo que se ha mencionado en el párrafo anterior, se ve reflejado en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en su capítulo segundo, establece mecanismos de prevención y rendición de cuentas en relación a las personas morales. En el artículo 24 reconocen la responsabilidad administrativa de las compañías que incurran en faltas graves. No obstante, en su artículo 25 prescribe que se valorará la determinación de responsabilidad, si las compañías cuentan con una política de integridad, denominación que se le ha dado al *compliance*⁵³, que deberán cumplir con los parámetros mínimos establecidos en el mismo artículo.

⁴⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Garantizar la integridad y rendición de cuentas en la contratación pública en el Estado de México”, en *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia* (París: OECD Publishing, 2021), 157.

⁵⁰ Sergio A. Martín Esquivel, “Modelo del sistema rector de contratación pública a nivel nacional”, en *Sistema Rector de Contratación Pública a Nivel Nacional en México*, ed. S.M Esquivel (México: Tirant lo Blanch, 2019), 19-93. Recuperado en: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788413362908>, (último acceso: 19/10/2023).

⁵¹ Enrique Díaz Bravo, y Jaime Rodríguez Arana. *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. (México: Tirant lo Blanch, 2023). 146-147. Recuperado en: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788411477642>, (último acceso: 19/10/2023).

⁵² Rafael Martínez Puón, Mónica Elizabeth Ortega Juárez, “El compliance como sistema para regular las compras gubernamentales: el caso México.” *Revista de administración pública* 155 (2), 128-129.

⁵³ Artículo 24 y 25, Ley de Responsabilidades Administrativas, Diario Oficial 18 de julio del 2016, reformado por última vez 27 de diciembre del 2022.

México ha tomado con seriedad la aplicabilidad del *compliance*, por lo que ha buscado capacitarse en relación a esta figura jurídica. El país ha suscrito tratados internacionales que se alinean con sus objetivos estatales. Además, ha implementado estándares establecidos internacionalmente con el objetivo de adaptar de la mejor manera los programas de cumplimiento normativo, propendiendo una aplicación práctica del *compliance*.⁵⁴

Asimismo, se encuentra en constante perfeccionamiento de modelos que desarrollan lineamientos para estructurar y aplicar el *compliance*, permitiendo darle un alcance a lo que se ha establecido en las normas.⁵⁵

La legislación mexicana es principalmente relevante, ya que su regulación nos brinda una aproximación positiva del *compliance* corporativo por la capacidad de prevenir responsabilidad administrativa que se puede generar a raíz de un proceso de contratación. Además, al ejercer distintos esfuerzos que permitan consolidar al *compliance* como un mecanismo que se pueda ejecutar en la práctica y que el Ecuador podrá tomar como punto de referencia al momento de implementar a los programas de cumplimiento en su regulación.

10. Compliance preventivo en compañías contratistas

Los operadores económicos se crean para desarrollar distintas actividades, otorgar, bienes o servicios, competir para ser seleccionados y por lo mismo se encuentran en constante cambio e innovación generando beneficios sociales⁵⁶. Sin embargo, además de su impacto social buscan obtener un beneficio monetario que se desprende netamente de su capacidad de ser rentable y su capacidad de mantener ese estatus a través del tiempo. En virtud de aquello, las compañías deben propender a incorporar instrumentos que le permitan explotar su eficiencia y cumplir con la norma.⁵⁷

En esta línea, las compañías que contratan con la administración pública, deberán alinear sus objetivos con la capacidad de ser un proveedor que pueda brindar los mejores resultados respecto del bien o servicio solicitados por la administración pública para ser rentables.⁵⁸ Sin embargo, como se ha reconocido anteriormente esto solo será

⁵⁴ Rafael Martínez Puón, Mónica Elizabeth Ortega Juárez, "El compliance como sistema para regular las compras gubernamentales: el caso México", 128-138.

⁵⁵ Ver, Modelo de Programa de integridad empresarial, Modelo, Secretaría de la Función Pública, 12 de junio del 2017.

⁵⁶ Isabel Miralles González, "Cómo abordar el compliance desde la empresa?", 65.

⁵⁷ *Ibid.*, 65.

⁵⁸ Juan Camilo Rojas Arias, "Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial", 191.

posible, en caso de las compañías no generen un perjuicio al Estado y cumplan con la norma.

En virtud del escenario descrito el *compliance* va entrar a configurar una herramienta de gran utilidad para reconocer, valorar y evitar riesgos relacionados a su actividad y otorgarle valor al cumplimiento normativo en las compañías contratistas⁵⁹

Lo que la doctrina moderna ha denominado, *compliance ad extra*, reconoce la implementación de medidas, procesos y controles preventivos incorporados dentro de las empresas para cumplir con las leyes y principios que rigen la contratación pública de cada Estado⁶⁰. Los programas de *compliance* reflejarán la determinación y esfuerzos de los operadores económicos de actuar con diligencia, transparencia y en reconocimiento de la cultura de cumplimiento normativo que se busca instaurar en todos los países⁶¹.

En función de lo anterior, se ha reconocido al *compliance* en la contratación pública, como un mecanismo que busca prevenir riesgos, sanciones y responsabilidad penal para combatir delitos relacionados con la corrupción. Sin embargo, se ha reconocido que la responsabilidad penal no abarca el espectro de riesgos contenidos en la normativa de contratación pública, por lo mismo, también se ha admitido la necesidad de implementar medidas que prevengan la totalidad de determinaciones posibles a las compañías privadas⁶².

Desconocer el valor de un programa de *compliance* en la contratación pública, que permita resaltar el esfuerzo de una compañía de guiar su actividad con transparencia estaría yendo en contra de las expectativas de un Estado que propende e incentiva a desarrollar su actividad en apego a las normas⁶³.

11. Ventajas del *compliance*

La presente sección se busca reconocer las principales ventajas que se generan al incorporar programas de cumplimiento normativo en las empresas, con el objetivo de

⁵⁹Isabel Miralles González, “Cómo abordar el compliance desde la empresa?”, 64-65.

⁶⁰ María Concepción Campos Acuña, “Posibilidad del Compliance en la contratación pública” *Compliance e Integridad en el Sector Público*, ed. F.A Castillo, (México: Tirant lo Blanch, de 2019), 218. Recuperado en: <https://latam-tirantonline-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/cloudLibrary/ebook/info/9788413137285>, (último acceso: 19/10/2023).

⁶¹ Adrián Gutiérrez, “Compliance Sector Público”, 1049.

⁶²Luis Manuel Martínez, “Compliance en la contratación pública”, *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*, B. Pareja, J.de Castro y P. Simone (España: Dykinson, 2021), 141-142 Recuperado en: <https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/115846>, (último acceso:18/10/2023).

⁶³ Juan Gabriel Rojas López, *Derecho Administrativo sancionador: Entre el control social y la protección de los derechos fundamentales*: (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2020). 48-49 Recuperado en: [Digitaliahttps://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/102471](https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/102471) (último acceso: 19/10/2023).

determinar si es factible que se genere un beneficio similar en la prevención de la responsabilidad civil culposa.

Como se ha dilucidado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, la principal ventaja que se desprende de la adopción de esta herramienta corporativa, es la prevención. La prevención, permite e incentiva a la empresa a hacer un análisis que le permita la detección de riesgos relacionados al sector que opera⁶⁴. Lo anterior permite instaurar modelos y procedimientos de organización, estándares de conducta y laborales, que regirán dentro de la compañía, tendientes a precautelar y gestionar los riesgos identificados.⁶⁵

Los riesgos relacionados a la infracción de las leyes provienen, en muchas ocasiones, de la falta de alineación de los objetivos entre administradores y dueños de las empresas, generando que los empleados velen por sus propios intereses con independencia de que aquello pueda afectar a la compañía. Un programa de cumplimiento permite reconocer la problemática y buscar elementos que permitan alinear los intereses contrapuestos, para evitar que las infracciones provengan del personal.⁶⁶

En la misma línea, puede ocurrir que la falta de preparación y conocimiento de leyes y procedimientos por parte del personal, dé lugar a una actuación negligente y descuidada por parte de los mismos, ocasionando que la empresa pueda verse perjudicada. Los programas de *compliance*, incentivan a la capacitación. En virtud de aquello, se ha reconocido figuras como el *compliance officer*, que es un individuo capacitado en la materia encargado de la preparación y entrenamiento del personal. Su labor también comprende la vigilancia y cumplimiento de los objetivos planteados por la compañía, plasmados en este programa.⁶⁷

El *compliance* permite detallar lo que se debe hacer y paralelamente también lo que no se debe hacer, estableciendo una actuación diligente de la persona jurídica, y

⁶⁴Oscar Fernández León, “Los beneficios del *compliance* y la necesidad de su conocimiento por el empresario”, 49-50.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Héctor Hernández Basualto, “Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno”, *Revista chilena de derecho* 45 (2) (2018), 430-432.

⁶⁷ Carina Elizabeth Marchena Verdezoto, “Análisis de la aplicabilidad del modelo de Compliance en el sector público y su incidencia en la gestión pública y el establecimiento de responsabilidades”, (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Ecuador), (2023), 21-23, Recuperado en: <http://repositorio.puce.edu.ec:80/handle/22000/21715> (último acceso: 20/10/2023.)

adaptando perfiles de trabajo y procedimientos personalizados más allá de la burocracia⁶⁸.

Los programas de *compliance*, además pretenden configurar canales de denuncias que ayuden a las empresas a detectar las fallas en la ejecución de la actividad, haciendo plausible buscar soluciones que permitan direccionar las fallas identificadas⁶⁹. Además, permite detectar, quien o que está fallando en el procedimiento para administrar sanciones plausibles de acuerdo a la ley e identificar los sectores a los que se deba dar un mayor seguimiento.⁷⁰

Los programas de cumplimiento normativo no solo evitan y disuaden del cometimiento de delitos, sino que propenden cumplir con la normativa civil, administrativa y sectorial relacionada a la actividad empresarial.⁷¹

En la relación a la determinación de responsabilidad, el caso de México permite dilucidar la capacidad de los programas cumplimiento de ser considerados elementos probatorios altamente valorados que permitirán eximir de la responsabilidad a las compañías.⁷²El *compliance* permite el reconocimiento del esfuerzo corporativo de cumplir con las leyes y prevención de infracciones en sede judicial y administrativa.⁷³

12.1 Aplicabilidad de los programas de *compliance* como mecanismo de prevención de responsabilidad civil culposa

Es importante recordar que la responsabilidad civil culposa es un perjuicio generado al Estado, no intencional, pero que debe ser determinada ya que no se han tomado las medidas necesarias para prevenir los resultados.⁷⁴

Las ventajas anteriormente descritas establecen mecanismos preventivos que permiten identificar riesgos, generar rutas y planes acción para la prevención, gestión y mitigación de riesgos relacionados a la actividad empresarial.

⁶⁸ Rafael Martínez Puón, Mónica Elizabeth Ortega Juárez, “El compliance como sistema para regular las compras gubernamentales: el caso México.” *Revista de administración pública*, 122.

⁶⁹ Silvina Bacigalupo, “Compliance”, 267-270.

⁷⁰ Silvina Bacigalupo, “Compliance”, 267-270.

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Rafael Martínez Puón, Mónica Elizabeth Ortega Juárez, “El compliance como sistema para regular las compras gubernamentales: el caso México.”), 128-129.

⁷³ Artículo 24 y 25, Ley de Responsabilidades Administrativas, Diario Oficial 18 de julio del 2016, reformado por última vez 27 de diciembre del 2022.

⁷⁴ Héctor Hernández Basualto, “Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno”, 430- 432.

⁷⁴ Carlos Núñez Pérez, “De la contraloría hacia un tribunal de cuentas”, *Iuris Dictio Revista del Colegio de Jurisprudencia* 24, (2019), 111-127, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v24i24.145>.

⁷⁴ Artículo 52, Reglamento de Responsabilidades Contraloría General del Estado.

En el caso de la responsabilidad civil culposa, permitirán identificar procedimientos que admitan adecuar su actuación a las normas, principios y cláusulas contractuales. Hallar las posibles afectaciones al Estado. Asimismo, les brinda la oportunidad de planificar, asesorarse y prevenir posibles fallos en la ejecución del contrato.

Es importante tomar en consideración que en la ejecución de un contrato para la administración pública intervienen una larga lista de participantes, dependiendo de la magnitud la obra, bien o servicio. En consecuencia, existe la posibilidad de que la infracción provenga de uno de los participantes.

El *compliance* ha dado también respuesta en este sentido, ya que reconoce la necesidad de asesorar, capacitar a los trabajadores y establecer procedimientos haciendo que ejecuten bien su trabajo y en consecuencia permitan a la compañía ejecutar adecuadamente el contrato. Además, permite fijar estándares a nivel empresarial que en caso de incumplimiento se establecerán sanciones, esto con el objetivo de alinear sus objetivos e intereses.

Mientras más elaborados y adaptados estén los programas de *compliance*, a mayor control corporativo, enfoque en el cumplimiento de las normas, se reducen los riesgos de causar daños, teniendo la capacidad de atenuar dicha posibilidad. Todo lo descrito anteriormente de forma conjunta, nos permite reconocer la viabilidad de destruir la hipótesis del ente control de negligencia o impericia, ya que se pueden adaptar dentro de las compañías modelos de organización y lineamientos que permitan la ejecución prospera y diligente de su actividad.

12. El *make-up compliance*

Hasta este punto en la investigación se ha podido denotar que la aplicación adecuada del *compliance* configura un mecanismo útil ya que permite la previsión de riesgos relacionados con la operatividad de las compañías. Siendo el *compliance* un factor determinante en la atribución de responsabilidad de una persona jurídica de derecho privado, lo que permite el desarrollo adecuado de la actividad empresarial. Además de ser un elemento funcional que, en relación a la contratación pública, permite el desarrollo apropiado de los contratos y el cumplimiento de las normas.

No obstante, es importante abordar que existen problemas relacionados en la aplicación del *compliance* en la práctica, generando lo que se califica como maquillaje para las compañías. *El make-up compliance* hace alusión a que los programas de cumplimiento no están logrando su objetivo final en la relación con las empresas, que es

la exención o atenuación de la responsabilidad. Lo expuesto ha sido resultado de falta de parámetros que permitan a los estados una adecuación correcta de la figura⁷⁵.

El problema surge por la regulación mediocre y deficiente de los programas de cumplimiento en los ordenamientos jurídicos. La tendencia que se observa en los distintos países al incorporar la figura, es la creación de normas o guías que establecen los criterios que deberán contener los programas de cumplimiento para ser considerados adecuados. Criterios, que no se examinan a la luz de practicidad y que resultaran siendo ineficaces a pesar de su cumplimiento.⁷⁶

El establecimiento de criterios y el cumplimiento de los mismo no garantiza que funcionen adecuadamente. Lo que ocasiona que las compañías no puedan contar con esta herramienta, ya que a efectos de la atribución de responsabilidad, el cumplimiento de dichos criterios no van ser determinantes para probar el apego a las normas⁷⁷. Aquello, explicaría porque en la práctica las compañías han prescindido de su aplicación.⁷⁸

En un escenario más cercano, el Ecuador ha presentado la misma eventualidad, recordemos que el *compliance* ya ha sido reconocido como una herramienta no vinculante⁷⁹. Sin embargo, el reconocimiento de esta figura jurídica tiene la capacidad de ser un atenuante de pena cuando las personas jurídicas incorporan los programas de cumplimiento normativo dentro de su gobierno corporativo.⁸⁰

Bayancela, ha reconocido que la implementación del *compliance* en nuestro ordenamiento jurídico no se está empleando por la escueta regulación y escasos requerimientos que existen alrededor de esta figura. A pesar de lo mencionado, la autora, reconoce la importancia del impulso de una regulación que permita beneficiar a las compañías e implantar en el Ecuador una cultura de cumplimiento normativo que permita

⁷⁵ Ver, Carolina Boehler, Juan Pablo Montiel, “¿Cómo testear la adecuación de un programa de compliance? Introducción al “modelo de los tres filtros”” 197-198.

⁷⁶ Phillip Welner, “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions” *Cardoza Law Review* 27(1), (2005) 499-500.

⁷⁷ Carolina Boehler, Juan Pablo Montiel, “¿Cómo testear la adecuación de un programa de compliance? Introducción al “modelo de los tres filtros”” 197-198.

⁷⁸ Regina Helena Fonseca Fortes - Furtado, “La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 versus el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales”, *Eunomia Revista en cultura de la legalidad* 24 (2023), 1-5, doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7677>.

⁷⁹ Artículo 49, Código Integral Penal [COIP], R.O Suplemento 180, 10 de febrero 2013, reformado por última vez R.O. 279 de 29 de febrero del 2023.

⁸⁰ Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, Resolución 13, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Registro Oficial 1076 de 25 de septiembre del 2020

al Estado tener una herramienta de control y a las empresas un mecanismo eficaz de prevención⁸¹.

Lo anterior nos permite reconocer la imperante necesidad de la adecuada adopción de dicha figura que sin lugar a dudas genera grandes beneficios tanto a nivel corporativo, como al Estado, pero que requiere regulación responsable y análisis exhaustivo por parte de los legisladores.

13. Discusión

Los hallazgos más representativos del presente trabajo de investigación se centran en las siguientes ideas.

Los contratos públicos que se ejecutan por compañías privadas permiten a los estados cumplir de la manera más eficaz el deber de proporcionar los bienes y servicios requeridos por la sociedad, contribuyendo un valor social y económico a la sociedad. Lo que nos permite reconocer que es necesario precautelar el apropiado funcionamiento de las mismas.

La legislación ecuatoriana, en el régimen especial que regula la contratación pública, ha mostrado apertura a aquellas herramientas que permitan facilitar los procesos de contratación y control de los contratistas. Lo que permite reconocer que el *compliance* puede surgir como instrumento de gran utilidad para la contratación pública.

En este sentido, la investigación logró determinar que el *compliance* o programas de cumplimiento normativo tienen la capacidad a nivel empresarial de prevenir riesgos, establecer procedimientos que permitan a las compañías contratistas privadas ejecutar su actividad con diligencia. A la vez, que contribuyen a los estados en el ejercicio de control.

En relación a lo anterior, el *compliance* al ser herramienta que propende la diligencia, siendo el factor central de atribución de responsabilidad civil culposa, tiene gran potencialidad de generar efectos positivos en las compañías y prevenir la determinación de esta infracción, ya que se estaría rompiendo el nexo causal que vincula a las compañías con el perjuicio económico generado al estado.

No obstante, se ha identificado que el éxito *compliance* requiere un proceso legislativo bien planificado que analice minuciosamente todos los factores relevantes para garantizar su eficiencia y eficacia, en lugar de establecer requisitos al azar que eventualmente serán descartados.

⁸¹ Mariana Bayancela, “Compliance programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, 138-139.

En relación a lo anterior, la legislación mexicana evidenció grandes avances en relación al desarrollo de regulación del *compliance* para compañías contratistas direccionadas a la prevención de responsabilidad administrativa. Los legisladores ecuatorianos de considerarlo pertinente podrán tomar los parámetros que han adoptado en México como punto de referencia.

13. Recomendaciones

Para que los programas de *compliance* en las compañías privadas que contratan con la administración pública ecuatoriana puedan prevenir eficazmente la responsabilidad civil culposa, se requiere la existencia de 3 escenarios que deben ir de la mano:

El primero, es reconocer al *compliance* en la legislación ecuatoriana de contratación pública, no sin antes comprometer a expertos que realicen un análisis exhaustivo de la evidencia empírica que nos ha dejado el reconocimiento de dicha figura en ordenamientos jurídicos de otros países. Además, establecer parámetros que las autoridades de control de las compañías puedan tomar como punto de partida para examinar si efectivamente la figura del *compliance* se ha empleado para prevenir riesgos y cumplir con la norma.

De esta forma, en relación a los antecedentes expuestos, se pueda acreditar la diligencia de la compañía como un factor preponderante en la determinación de multas, restricción para contratar y la atribución de responsabilidad civil culposa.

Lo segundo, es que a nivel corporativo dicho programa se adapte a la realidad de la actividad empresarial, la contratación pública, tras un análisis de la ley, los riesgos a los que están expuestos y ajustar el *compliance* a la prevención de dichos riesgos con la colaboración de expertos.

Finalmente, tras establecer un estándar de lo esperado acerca del *compliance*, el último paso sería reconocer a la figura como requisito imperativo para la contratación pública, lo que va permitir que las compañías puedan ejecutar su actividad de manera correcta y a los estados tener una herramienta de control normativo.

14. Conclusión

Es pertinente antes de abordar las conclusiones del presente trabajo de investigación, volvernos a plantear la pregunta que nos hicimos al principio, con el objetivo de determinar si se logró responder al cuestionamiento que dio origen al presente estudio.

¿Qué ventajas se pueden obtener de la implementación de programas de *compliance* en compañías privadas que firman contratos con la administración pública ecuatoriana para la prevenir la responsabilidad civil culposa?

Se ha respondido la pregunta de investigación permitiendo identificar las ventajas del *compliance* desde generalidad de su aplicación empresarial, hasta al objeto central del estudio, ya que nos permite reconocer que es una figura jurídica plausible en la legislación ecuatoriana, con la plena aptitud de prevención del tipo de responsabilidad civil culposa.

Para concluir, se ha dilucidado la capacidad del *compliance* de prevención de responsabilidad civil culposa en las compañías contratista privadas de la administración pública ecuatoriana, en virtud de lo que se señala a continuación:

En relación a la aplicabilidad del *compliance* en compañías ecuatorianas que contratan con el Estado para la prevención de la responsabilidad civil culposa, el trabajo denota que se pueden obtener resultados positivos, ya que permiten destruir la hipótesis principal de la norma que es la actuación negligente del operador económico, ya que dichos programas permitirán identificar los esfuerzos de las compañías de actuar con previsión, transparencia y en apego a las normas y al contrato.

Del análisis comparativo se ha determinado al *compliance* como eximente de responsabilidad atribuida a las compañías, que no provengan de ilícitos penales, pero que generen un perjuicio en sede administrativa, es decir, cuando existe una vulneración de las leyes de contratación. Lo anterior, nos invita a considerar que es factible la incorporación de un régimen similar, ya que el *compliance* permite a las compañías al igual que en México demostrar diligencia y transparencia en la ejecución de su actividad.

Por otro lado, si bien el *compliance* es una figura que ha denotado desde sus inicios la capacidad de prevención de riesgos, se reconoce la importancia de una regulación correcta de la figura jurídica, para no convertirse en lo que se ha determinado como maquillaje corporativo, causando la ineficacia de la figura en aras de su practicidad. En resumen, es una figura que si bien evidencia grandes ventajas, requiere el ejercicio colaborativo de los gobiernos.

El trabajo de investigación, se destaca porque en el objeto de su estudio reconoce y aborda en su contenido la plausibilidad de la aplicación del *compliance* más allá del ámbito penal. Aborda un tipo de infracción reconocida en la legislación ecuatoriana para las empresas a la que también están expuestas las compañías, que tienen la misma capacidad de afectar en su operatividad y que a pesar de su existencia no se ha abordado.

14.1. Limitaciones y sugerencias relacionadas a la investigación

En el desarrollo del presente trabajo, se pudieron identificar limitaciones que dificultaban el proceso investigativo, siendo los que describiré a continuación.

La primera dificultad fue hallar los términos de búsqueda que me permitan obtener los resultados pertinentes, ya que los en los diferentes ordenamientos jurídicos se emplea distintos conceptos para la contratación pública. La segunda limitación fue entender los trabajos de investigación desarrollados en otros idiomas, ya que empleaban términos complejos que dificultaban la comprensión de lo que se estaba exponiendo. La tercera limitación fue lograr aterrizar toda la información que se encuentra disponible y seleccionar la idónea.

En orden de brindar sugerencias al lector para próximos trabajos de investigativos. Se propone iniciar con una investigación que permita determinar el término de búsqueda que pretendes emplear, para que de ahí en adelante únicamente se haga referencia a ese término y los resultados sean los esperados.

En cuando a la segunda limitación, recomiendo realizar el trabajo con ayuda de un traductor que pueda traducir el documento completo en caso de que sea un idioma completamente desconocido y en el caso de ser un idioma que puedas comprender hacer uso del traductor de aquellos términos que no comprendas y anotarlos con la finalidad de asimilarlos y entenderlos en una próxima ocasión.

En relación a la última limitación recomiendo siempre tener presente la pregunta de investigación y el marco teórico que permitirán guiar la línea investigativa que se quiera mantener.