



Integridad, derechos humanos y empresas en la contratación pública

Fernando Acuña

Este artículo se enmarca dentro de la colección “Derechos Humanos y Empresas” del Observatorio de Derechos Humanos y Empresas en el Mediterráneo y Shock Monitor y es un documento anexo de trabajo de la campaña 99,3% responsable.

La información contenida en este artículo es responsabilidad del autor y de las organizaciones Novact y Suds. No se refleja necesariamente la posición del financiador del Ayuntamiento de Barcelona.



Con la financiación del Ayuntamiento de Barcelona.



Ajuntament
de Barcelona

www.odhe.cat

www.shockmonitor.org

www.993responsable.org

Integridad, derechos humanos y empresas en la contratación pública

Por Fernando Acuña¹

El principio de integridad, entendido como sinónimo de “ética pública”, debe guiar siempre la actuación de la administración pública, así como las relaciones entre dicha administración pública y los particulares. Especialmente en los procesos de contratación, donde las entidades privadas se lucran con fondos públicos a cambio de la prestación de obras o servicios públicos. En el presente artículo abordaremos la cuestión de cómo el principio de integridad apenas se aplica a las empresas que licitan con el sector público. Mientras las últimas reformas de la normativa española y comunitaria en materia de contratos públicos han hecho mucho hincapié en reforzar la integridad del sector público para reducir los niveles de corrupción, el sector privado se ha quedado al margen de estas reformas. Las empresas que cometen graves vulneraciones de derechos humanos no tienen expresamente prohibido contratar con la administración y el procedimiento para aplicar el resto de prohibiciones no funciona. Sin embargo, existen algunos métodos de fácil aplicación y con suficiente sustento jurídico para que los entes del sector público garanticen dicha integridad.

Bienvenida integridad

Hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”) el principio de integridad no aparecía recogido expresamente como un principio orientador del derecho administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. Ni en la Constitución Española ni tampoco en ninguna de las principales normas vigentes que lo organizan² se hacía la más mínima mención al mismo³. La integridad era considerada más bien una exigencia genérica, principalmente entendida en la esfera individual, un concepto propio del campo de la moral o, en el mejor de los casos, una amalgama de otros principios que guiaban la actuación de la administración pública y de sus distintas instituciones a través de lo que conocemos como “Ética Pública”⁴.

Poco antes de la aprobación de la LCSP, la corrupción había alcanzado niveles escandalosos en el funcionamiento de las administraciones de todos los niveles territoriales del Estado, especialmente mediante la adjudicación de contratos públicos. El conocido informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de marzo de 2015 (que cifró en 47.500 millones de euros el coste que la

¹ Fernando Acuña es jurista, Master en Derecho de la Unión Europea y Master en Relaciones Internacionales y Comercio Exterior. Experto en contratación pública, derecho administrativo, derechos humanos y derecho internacional. Datos de contacto del autor: Correo: fernandogac79@gmail.com, Twitter: @fernandoacuna_2

² No se recoge ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, ni en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ni en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ni en la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local...

³ La Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas del Gobierno de Aragón es la primera norma, a nivel autonómico, que regula la integridad, aunque no contempla la interacción del sector privado en la actividad pública <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-10292-consolidado.pdf>

⁴ Se trata de una cuestión bien desarrollada en la monografía “Calidad, Transparencia y Ética Pública”, dirigida por Jaime Pintos y Publicada por el INAP en su colección “Monografías”, 2017. Disponible online: <https://www.libreriavirtuali.com/inicio/Calidad-transparencia-y-%C3%A9tica-p%C3%BAblica-p98052643>

corrupción suponía para las arcas del Estado⁵), los avisos de Organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional⁶ o las recomendaciones de la OCDE⁷ , el Comité Económico y Social y otras instituciones europeas como la Comisión Europea que elevaban a 120.000 millones de euros el coste de la corrupción en las licitaciones en toda Europa⁸ , hacían impostergable un nuevo marco legislativo que eliminase, o al menos redujese, el impacto de la corrupción en la contratación pública, colocando la integridad como herramienta esencial para dicha transformación.

En marzo de 2018, como consecuencia de lo anterior y aprovechando la transposición de la Directivas europeas de contratación del año 2014, la LCSP introdujo literalmente en su artículo primero una mención al principio de integridad como uno de los que debían articular todas las fases del procedimiento de contratación pública. Sería la primera de las normas estatales de esta democracia en hacer referencia a ese principio en su vertiente “ética”, más allá de otras acepciones de la integridad relacionadas con la territorialidad o la documentación.

El contenido del que se ha dotado a ese principio aparece desarrollado a lo largo de la norma esencialmente en contraposición al concepto de corrupción, entendiéndose por íntegras aquellas conductas que no son corruptas o que tratan de minimizar el riesgo de corrupción en las compras públicas. Se puede decir, efectivamente, que se ha producido un antes y un después en la regulación de ciertos asuntos como los conflictos de interés del personal público, la publicidad de los contratos, la motivación de los actos de trámite que integran el procedimiento, la creación de organismos de gobernanza y vigilancia, o la eliminación de prácticas colusorias.

Sin embargo, y es aquí donde se centra la presente discusión, la integridad se ha materializado en cuestiones como las anteriores que afectan a las actuaciones del sector público (comprendiendo en el mismo tanto a las instituciones como a las personas que lo integran) pero apenas ha sido desarrollado a la hora de garantizar la integridad de las empresas que participa de las licitaciones. Por un lado, el procedimiento establecido para excluir a los licitadores que hayan podido incurrir en situaciones que pongan en entredicho su integridad profesional es de muy difícil aplicación, como está demostrando la práctica de estos dos años. Por otro, el legislador ha preferido obviar un elemento fundamental en lo que a la integridad de las empresas se refiere: el respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en el desarrollo de sus actividades empresariales.

La inclusión del principio de integridad y su aplicación práctica a las entidades licitadoras ha quedado en poco más que una declaración de intenciones, pero sin contenido material. El motivo principal de esta afirmación reside en que la LCSP no castiga, de manera expresa, la que debería ser la más

5 Aquel informe no pareció muy rigurosos en el sistema de cálculo utilizado para llevar a esa cifra. Es más, actualmente no se encuentra disponible en la página web de la CNMC, pero se encuentra mencionado en varias noticias que recogen la información en aquel momento. https://www.elconfidencial.com/empresas/2015-02-10/la-cnmc-cifra-enel-4-5-del-pib-el-coste-de-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica_706560/

6 https://www.transparency.org/whatwedo/publication/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement

7 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 2009. <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>

8 Comité Económico y Social Europeo. Dictamen «Combatir la corrupción en la UE: afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil». 2016 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014IE6520&from=ES>

El juego del escondite de las multinacionales

importante circunstancia que pone en entredicho la integridad de cualquier empresa: que hayan participado de manera directa o indirecta, en la comisión de graves vulneraciones de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario. En la práctica, como ya se ha argumentado en otras ocasiones⁹, se da la circunstancia de que empresas que han colaborado en la comisión de dichas vulneraciones, pueden contratar libremente con el sector público estatal, autonómico o local y lucrarse con ello puesto que esos comportamientos tan deplorables no se encuentran sancionados por la normativa. Es más, estas empresas incluso pueden suministrar bienes a las administraciones públicas que han sido producidos también como consecuencia de graves vulneraciones de derechos humanos y por los cuales las administraciones abonan el precio estipulado sin verificar siquiera cómo se han manufacturado dichos productos.

La LCSP pudo haber subsanado esta deficiencia pero los legisladores optaron por mirar para otro lado, como hemos comentado al principio de este texto. Oportunidades y fundamentos jurídicos no les faltaron. Por un lado, Naciones Unidas, a través de la aprobación de sus Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (los conocidos como “Principios de Ruggie”) ¹⁰ venía demandando desde el año 2011 a todos los Estados medidas para garantizar que las empresas con las que contraten cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos. En esa línea, cuatro meses antes de la aprobación de la LCSP por las Cortes Generales, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación adoptó el “Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos”¹¹, para transponer a nuestro ordenamiento dichos Principios Rectores. Precisamente, la medida que el Ministerio de Asuntos Exteriores proponía para cumplir con el Principio Rector 6 (“Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleve a cabo transacciones comerciales”) era examinar la normativa de contratación pública para introducir “(...) el respeto estricto de los derechos humanos por parte de las empresas en las transacciones comerciales que lleve a cabo con las empresas (...)”.

El proyecto de LCSP remitido al Congreso no recogió tal promesa pero el grupo parlamentario confederal Unidos Podemos presentó durante el procedimiento de tramitación parlamentaria una serie de enmiendas al texto inicial, que tenían como objetivo la materialización de los Principios de Ruggie en disposiciones concretas¹². Se propuso, por un lado, establecer una prohibición de contratar para aquellas empresas que hubiesen cometido delitos y/o graves vulneraciones de derechos humanos recogidos en una serie de Tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la protección de los derechos

9 Observatorio de Contratación Pública. “Las graves vulneraciones de derechos humanos como prohibición de contratar”. 2017. Fernando Acuña <http://www.obcp.es/opiniones/las-graves-vulneraciones-de-derechos-humanos-comoprobhibicion-de-contratar>

10 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos” 2011

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

11 Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. BOE n.º 222, de 14 de septiembre de 2017. Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. 2017 http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/2019_PLAN%20ACCION%20EMPRESAS%20Y%20DDHH.pdf

12 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 16 de marzo de 2017. Enmiendas 61 y 147 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-2-2.CODI.%29#\(P%C3%A1g1a1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-2-2.CODI.%29#(P%C3%A1g1a1))

humanos y de las libertades fundamentales y la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, todos ellos ratificados por el Estado español. Por otro lado, se planteó que dichas vulneraciones, cometidas por las empresas o por sus filiales, fueran causa de resolución de los contratos, siempre y cuando pudieran ser contrastadas fehacientemente por parte de cada órgano de contratación.

El resultado en la normativa de contratos públicos actual ha sido el que ya conocemos: no existe ninguna mención al (in)cumplimiento de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por parte de las empresas que contratan con la administración. De hecho, la expresión “derechos humanos” no aparece en ninguna ocasión en el articulado de la LCSP, tan solo una vez en la exposición de motivos. ¿Es posible garantizar así, aunque sea en el plano teórico, la integridad del sector privado en la contratación pública sin ni siquiera hacer una referencia a sus obligaciones de respetar los derechos humanos en el desarrollo de su actividad, aunque sea en el marco del contrato que se licite? El artículo 71.1 de la LCSP es el encargado de recoger las circunstancias que impiden a las empresas participar en las compras públicas. Parece un artículo exhaustivo pero examinado en profundidad, la mayor parte de dichas conductas son de carácter administrativo. Solamente las recogidas en la letra a) tienen carácter penal, pero de nuevo, ninguna de ellas (salvo la trata de seres humanos, el trabajo infantil y, en algunos casos, los derechos de los trabajadores) sanciona las vulneraciones de derechos humanos por parte de las entidades licitadoras y muchos de ellos ni siquiera son susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas.

Es cierto que dichas vulneraciones se producen raramente dentro del territorio español, pero se ha obviado por completo la realidad empresarial actual, consecuencia de los procesos de globalización y deslocalización de los años 80 y 90. Muchas compañías que resultan adjudicatarias de contratos en España no desarrollan su actividad industrial o mercantil solamente aquí. No son pocas las multinacionales que actualmente contratan con nuestro sector público y que también desarrollan sus negocios en terceros países desde los que obtienen finos beneficios, en ocasiones, a costa de los derechos humanos de la población local. El caso más paradigmático de multinacionales que participan en vulneraciones de derechos humanos lo ha puesto de relieve recientemente la ONU, publicando una lista de empresas que participan, directa o indirectamente, en la comisión de crímenes de guerra contra la población palestina como consecuencia de sus actividades comerciales en los asentamientos ilegales en territorio ocupado palestino y como consecuencia de su complicidad con el gobierno de Israel para facilitar o apoyar en el crimen de apartheid¹³. La compañía francesa Alstom, que fabrica ferrocarriles y barcos entre otras actividades comerciales; o las empresas turísticas Booking o Edreams son algunos ejemplos de las que aparecen en dicha lista y que, al mismo tiempo, se adjudican contratos millonarios licitados por nuestras administraciones públicas.

Pero la realidad empresarial es mucho más compleja, y en la mayoría de los casos no son las propias multinacionales las que al mismo tiempo participan en las compras públicas y cometen las vulneraciones de derechos humanos. Con suerte lo hacen por medio de sus filiales con sedes en muchos países del Sur Global y, en la mayoría de los casos, son empresas locales subcontratadas a su

13 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe A/HRC/43/71. 2020 Base de datos de todas las empresas que participan en las actividades detalladas en el párrafo 96 del informe de la misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, 2020. Naciones Unidas, Asamblea General <https://undocs.org/es/A/HRC/43/71>

Procedimiento de papel mojado

vez por otra subcontrata (y así hasta el infinito) las pertrechan dichos actos de manera que consiguen difuminar la cadena de responsabilidades, dejando limpio el historial de la multinacional con sede normalmente en occidente pero con producción en terceros países y escapando, si existiese, de una hipotética prohibición de contratar por la comisión esas graves actuaciones. La otra gran falla en la normativa de contratos que permite afirmar que no se ha tenido en cuenta el principio de integridad en el sector privado es que no existe un procedimiento efectivo que permita sancionar a las empresas que hayan llevado a cabo conductas reprobables o contrarias a la ética pública. No ya las referidas anteriormente a las graves vulneraciones de derechos humanos sino ni siquiera respecto de aquellas recogidas en el artículo 71 de la LCSP antes comentado. Como bien explica el profesor Aymerich Cano¹⁴, “el ordenamiento español cuenta con una sistema de prohibiciones para contratar tan draconiano sobre el papel como inefectivo en la práctica”. Los artículos 72 y 73 regulan dicho procedimiento y el primero de ellos establece que las circunstancias del artículo 71.1.a) y b) (las que, digamos, se pueden calificar desde un punto de vista de la ética pública como las más contrarias a la integridad) deben venir recogidas en una sentencia o en una resolución administrativa. Pero ¿y si la sentencia o la resolución condenatoria no recogen la prohibición de contratar y se limita a condenar a la empresa por su delito o falta administrativa? El procedimiento incluye la posibilidad de que la sentencia o resolución no establezcan la duración y el alcance de la prohibición, pero no el hecho de que ni siquiera se contemple la prohibición misma. ¿Y qué ocurre si el tribunal o el órgano administrativo recogen la prohibición, pero no la comunican al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas? Desde luego, la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Extremadura no puede conocer de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza contra una determinada empresa si ésta no comunica la prohibición al Registro. En ninguno de los dos supuestos se establece un mecanismo de salvaguardia por si se produce alguna falla, lo que nos sitúa frente a un sistema que deja muchos cabos sueltos.

Igualmente, ¿qué ocurre si la sentencia o la resolución condenatoria se producen fuera de España? No es un supuesto extraño que una empresa española o alemana haya sido condenada o sancionada en otro país de la Unión Europea, o incluso fuera de ella, por los delitos o infracciones recogidos en el artículo 71.1.a) y b), y que más tarde participe en concursos licitados por nuestro sector público. ¿Cómo se supone que debería tener conocimiento cada órgano de contratación de dichas circunstancias si las administraciones extranjeras no tienen la obligación de remitir sus sanciones a las autoridades españolas? Por tanto, ¿se puede entender que solo tendrían prohibido contratar en España las empresas que hayan sido sancionadas aquí? Es evidente que no son más o menos íntegras las compañías por el hecho de haber sido sentenciadas en un lugar u otro, pero la LCSP no hace ninguna referencia a la validez o efectividad de las condenas impuestas fuera de nuestro país. Ni tampoco se regula como debería actuar un órgano de contratación que haya tenido constancia de una actitud poco íntegra reprobada fuera de nuestras fronteras. Pero es que ni en el mejor de los casos (un organismo administrativo español, que impone una

¹⁴ Observatorio de Contratación Pública. “Acerca de la (in)eficacia de las prohibiciones para contratar. Crítica de la resolución del TACRC 653/2017, de 14 de julio”. 2018, Aymerich Cano, Carlos <http://www.obcp.es/opiniones/acercade-la-ineficacia-de-las-prohibiciones-para-contratar-critica-de-la-resolucion-del#seis>

sanción recogida en el artículo 71.1 y que la acompaña de una prohibición de contratar) se está aplicando el procedimiento del artículo 72 que materializa la prohibición de contratar. Hasta el momento, solo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha impuesto sanciones administrativas por reparto de concursos públicos acompañadas de una prohibición de contratar a las empresas involucradas en los correspondientes cárteles. En todos los casos, cuatro hasta el momento desde el 2018, la CNMC ha preferido no pronunciarse sobre la duración y el alcance de la prohibición de contratar, remitiendo a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la cuestión de conformidad con lo previsto en el artículo 72.3 LCSP. Este organismo, dependiente del Ministerio de Hacienda, es el que debe fijar la duración y el alcance de las sanciones. Sin embargo, a día de hoy, la Junta no se ha pronunciado respecto de ninguno de las cuatro organizaciones criminales desmanteladas por la CNMC y no les ha impuesto ninguna prohibición de contratar. Curiosamente, la empresa francesa Alstom, que aparecía en la lista publicada por Naciones Unidas mencionada arriba, está involucrada también en uno de esos cárteles que se repartía concursos públicos de infraestructura ferroviaria de ADIF¹⁵. En ese mismo cartel se encuentra la empresa española Cobra, del Grupo ACS, que recientemente ha sido sancionada por la justicia guatemalteca por vulneración de los derechos de los pueblos indígenas como consecuencia de la construcción de una planta hidroeléctrica¹⁶. Todas ellas siguen participando del sistema de compras públicas y lucrándose con las adjudicaciones a día de hoy^{17 18}

Propuestas, propuestas

A pesar de que la LCSP no ha recogido expresamente¹⁹ como prohibición de contratar las graves vulneraciones de derechos humanos y de que el procedimiento establecido para sancionar a las empresas poco íntegras por otras conductas no funciona, nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece algunas alternativas factibles para realmente hacer de nuestro sistema de contratación pública un procedimiento del que solo se beneficien empresas que mantengan impoluta su integridad. Depende de los distintos entes del sector público tomar la iniciativa y llevarlas a cabo. A continuación, se desarrollan algunas de ellas.

Por un lado, es sabido que la LCSP transversaliza en toda la contratación la inclusión de criterios

15 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Nota de prensa: "La CNMC sanciona a 15 empresas por formar varios cárteles para el reparto de concursos públicos de infraestructura ferroviaria de ADIF", 2019 <https://www.cnmc.es/node/374157>

16 Tercera información. "La justicia de Guatemala reconoce la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas en la hidroeléctrica construida por el grupo Cobra-ACS" 2019. <https://www.tercerainformacion.es/articulo/internacional/2019/07/10/la-justicia-de-guatemala-reconoce-lavulneracion-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-la-hidroelectrica-construida-por-el-grupo-cobra-ac>

17 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Nota de prensa. "La CNMC desmantela el cartel que se repartía los contratos de la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET)". 2020 <https://www.cnmc.es/node/379438>

18 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Nota de prensa: "La CNMC desmantela un cartel organizado por 19 empresas de montaje y mantenimiento industrial" 2019. <https://www.cnmc.es/prensa/multa-empresas-montajemantenimiento-industrial-cnmc-20191009>

19 Se ha remarcado el adverbio "expresamente" porque el artículo 71.1b) recoge como prohibición de contratar "haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho la integridad" de las entidades licitadoras. Las vulneraciones de derechos humanos podrían encajarse en ese supuesto, como se explicó aquí: "La prohibición de contratar con empresas que vulneren los derechos humanos en la nueva Ley de Contratos del Sector público". Revista de Estudios Locales CUNAL (n.º 208) ISSN es 1578-9241. Pag 46 y 47

sociales, laborales o medioambientales, que pueden ser incluidos en los Pliegos de Condiciones Administrativas o en los Pliegos de Prescripciones Técnicas en distintas fases del procedimiento y mediante distintas formas, siempre y cuando estos estén relacionados con el objeto del contrato. Como propone Martín-Ortega²⁰ en aquellos que consistan en el suministro de productos electrónicos, es posible establecer en los pliegos condiciones de ejecución que deban ser aplicadas a la cadena de suministro. En su estudio, Martín-Ortega y su equipo proponen incluir un sistema de rendición de cuentas por parte del contratista, que durante la ejecución del contrato debe proporcionar la información y la trazabilidad necesaria para poder determinar con precisión que en todo el ciclo de vida del producto se han respetado los derechos humanos de las personas involucradas en la fabricación y distribución del mismo, así como de las materias primas que lo integran. Es lo que los Principios Rectores de Naciones Unidas denominan como “Diligencia Debida”²¹, que según Martín-Ortega tiene la ventaja de ser “menos oneroso en términos generales para el comprador; representa un modelo responsivo, en vez de reactivo; coloca la mayor carga de responsabilidad en las grandes marcas suministradoras; es más practicable desde el punto de vista contractual y en general supone la opción más adecuada para dar respuesta a los problemas presentados por la cadena de suministro”.

Aunque es una propuesta elaborada en base a la Directiva, es perfectamente extrapolable a nuestro sistema de compras y a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 202 de la LCSP, que recoge las condiciones especiales de ejecución, las dota de carácter preceptivo e incluye a modo de ejemplo algunas de tipo ético (así reza en el propio título del artículo) dirigidas a garantizar una mayor transparencia o trazabilidad en la cadena comercial. Por tanto, establecer esta obligación a los adjudicatarios de dichos contratos, o de otros contratos de suministros que no necesariamente tienen por qué consistir en la adquisición de aparatos electrónicos, sería el encaje legal oportuno que los poderes adjudicadores deberían utilizar si quisieran implementar esta propuesta de diligencia debida. Para su correcta supervisión, es recomendable que los pliegos que recojan esa condición especial detallen las formas, el alcance, las pruebas y los plazos en los que el adjudicatario efectuará esa rendición de cuentas. En caso de incumplimiento, el poder adjudicador podría sancionar con la resolución del contrato o establecer medidas correctoras. Se trata de una muy buena aportación para los contratos de un sector como el de los aparatos electrónicos o de otros donde la producción se encuentra altamente deslocalizada, en los que la cadena de suministro se pierde en el infinito agujero negro de las subcontratas, y que permitiría a las administraciones públicas adquirir productos que han sido fabricados y distribuidos de manera ética. El problema de estas condiciones de ejecución sujetas a la diligencia debida es que se limitan a salvaguardar la integridad de la empresa y de los productos que suministra en un contrato en particular, pero no garantiza que en otros contratos previos la conducta de la empresa no haya ido en contra del principio de integridad.

Otra opción que sí garantizaría la integridad absoluta de las empresas que licitan, más allá de cada contrato en particular, es la planteada en la “Guía para la protección y la promoción de los Derechos Humanos en la contratación pública” y que ya ponen en marcha por algunos Entes Locales como el Ayuntamiento de Barcelona. Consiste en **solicitar en todos los concursos una declaración jurada a los licitadores**

20 “Promoting responsible electronics supply chains through public procurement”, BHRE Policy Paper, January 2015 <https://aquiescencia.net/2015/02/23/empresas-derechos-humanos-y-contratacion-publica/>

21 Mencionado en varios Principios pero especialmente regulado en el Principio 17

en la cual aseguren no haber cometido, directa o indirectamente ni a través de ninguna filial, ninguna grave vulneración de derechos humanos, y en la que se comprometen a respetarlos durante la ejecución del contrato, obligándoles a aplicar la diligencia debida también respecto de sus subcontratas. El artículo 140.2 de la LCSP relativo a la documentación acreditativa de requisitos previos, da perfecta cobertura a esta posibilidad pues establece que cuando los “Pliegos de Condiciones Administrativas o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación”. **Bastaría por tanto que la declaración jurada viniese acompañada, en los correspondientes pliegos, de una mención a la necesaria integridad de las entidades licitadoras y a su vinculación con la obligación de cumplir con el derecho internacional de los derechos humanos como requisito previo para poder contratar.**

Este formato no solo tiene un efecto disuasorio, sino que permite bloquear la adjudicación de contratos a aquellas empresas que se demuestre fehacientemente que han falseado su declaración. Para ello, cada órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP comprueba, antes de la adjudicación, que la empresa que ha sido propuesta como adjudicataria cumple con los requisitos del artículo 140, entre los que se incluirían la cumplimentación de dicha declaración jurada. En el caso de que **el órgano de contratación tenga dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, el artículo 140.3 de la LCSP le habilita para solicitar a la empresa documentación justificativa adicional que permita contrastar su veracidad.**

Es cierto que el artículo 140.3 de la LCSP exige a los licitadores de presentar documentos adicionales cuando las pruebas correspondientes estén inscritas en los Registros Oficiales de Licitadores o similares. Pero como hemos explicado a lo largo de este artículo, las vulneraciones de derecho humanos no han sido consideradas expresamente como prohibiciones de contratar y, por tanto, no figuran en dichos registros. Igualmente, en el caso de que dichas vulneraciones hayan sido efectuadas y sancionadas en otros países, tampoco aparecerían recogidas en los Registros de Licitadores por lo que **el Órgano de Contratación está perfectamente facultado para solicitar dicha información complementaria que le permita comprobar la integridad de los posibles adjudicatarios.**

Para ello, la colaboración ciudadana es imprescindible. Muchos poderes adjudicadores carecen de medios suficientes para comprobar fehacientemente la integridad de las empresas con las que están a punto de contratar y la sociedad civil debe servir de apoyo a la hora de facilitar pruebas o acceso a determinada documentación. Sería también muy útil contar con una base de datos de libre acceso en la que se compilasen este tipo de vulneraciones y las empresas que las hubieran cometido. La lista que la ONU acaba de publicar donde figuran las empresas que participan y se lucran con la ocupación ilegal israelí a través de los asentamientos de los territorios palestinos es un ejemplo de cómo instituciones internacionales pueden ayudar a concentrar este tipo de información y ponerla a disposición de los poderes adjudicadores.

Ya se ha defendido en otras ocasiones que el mantenimiento de la integridad en la contratación no se trata de una opción, sino que consiste más bien en una obligación de los poderes adjudicadores derivada del derecho internacional²². Los Estados (y sus distintas divisiones administrativas y

22

²²La prohibición de contratar con empresas que vulneren los derechos humanos en la nueva Ley de Contratos del Sector

territoriales) están obligados por los distintos Tratados y Convenios internacionales suscritos a garantizar el respeto a los derechos humanos en tanto que son normas “ius cogens”. Estas obligaciones forman parte de nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de transposición y, aunque una mención expresa en la LCSP habría allanado el camino y servido de recordatorio a los distintos poderes adjudicadores, no resulta absolutamente imprescindible para que se lleven a cabo medidas que garanticen la integridad de los licitadores que participan en las compras públicas, como por ejemplo la solicitud de la mencionada declaración jurada.

Aun así, serían deseables algunas modificaciones en la LCSP que introdujesen estas obligaciones de carácter internacional, como ya se hace respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad o de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Sería un ejemplo de claridad legislativa y ofrecería mayor seguridad jurídica sobre todo a los poderes adjudicadores a la hora de poder garantizar el principio de integridad en sus procesos de compras. Una prohibición de contratar expresa y fácil de contrastar, y una causa de resolución del contrato en el caso de constatarse graves vulneraciones de los derechos humanos serían las opciones más acertadas y coherentes con la aplicación del principio de integridad. También sería oportuno establecer la obligación de adoptar un plan de vigilancia en materia de derechos humanos para las empresas de más de una determinada cifra de volumen de negocio y que además deseen contratar con el sector público, de forma similar a la Ley francesa 2017-399 relativa al deber de vigilancia²³.

público”. Revista de Estudios Locales CUNAL (n.º 208) ISSN es 1578-9241. Fernando Acuña, 2019. Pag 50.
23 Journal Officiel de la République Française. JORF n.º0074 de 28 marzo de 2017. Loi n.º 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>