
" LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA "

D^a. María Belén López Donaire

Letrada Coordinadora de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: abril 2016

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ADOPCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE
- III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introdujo en España por primera vez la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por los actos cometidos por sus directivos y personas sometidas a la autoridad de éstos, en el ejercicio de la actividad empresarial y en su provecho.

La modificación legal más relevante consistió en la abolición de nuestro ordenamiento jurídico penal del viejo aforismo romano *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos¹.

¹ Veáse GIMENO BEVIA, J: "El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Aranzadi. 2014

Con ello, la reforma convierte a las personas jurídicas en sujetos inmediatos del Derecho Penal susceptibles de cometer delitos, al margen de las concretas personas físicas que las integren, y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

El artículo 31 bis del Código Penal establece que cualquier persona jurídica, incluidas las Sociedades mercantiles Estatales, pueden ser sujetos responsables².

A raíz de este gran cambio, empezaron a calar en la sociedad y sobre todo en el ámbito empresarial, los conceptos “compliance”, “cumplimiento normativo” o “sistemas de cumplimiento”, si bien su expansión y desarrollo se ha alcanzado con la reforma del Código penal de 2015 mediante Ley Orgánica 1/2015 con entrada en vigor el 1 de julio del citado año que pretende poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, identificando exactamente y clarificando lo que debe incorporar un correcto sistema de debido control o prevención de delito en la empresa.

Así, el “debido control” para la prevención de delitos en la empresa, deberá conllevar:

- a) El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos.
- b) La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado.
- c) La identificación, mapa de riesgos delictuales, de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- d) La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

² Se excluyen expresamente de esta nueva responsabilidad penal:

- Estado.
- Administraciones Públicas territoriales o institucionales.
- Organismos Reguladores.
- Agencias y Entidades Públicas Empresariales.
- Organizaciones internacionales de derecho público.
- Otras personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
- Salvo que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Aunque inicialmente los partidos políticos y los sindicatos se encontraban incluidos en la relación de personas jurídicas excluidas, tras la reforma operada por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, se elimina dicha exclusión, por lo que los partidos políticos y sindicatos pueden ser ya sujetos penalmente responsables.

- e) La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- f) La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, canales de whistleblowing.
- g) El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- h) Y la verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En el año 2015 y principios de 2016 se han producido determinados acontecimientos que han supuesto un punto de inflexión en el desarrollo de la materia, en cuanto aclaran dudas relevantes en relación a la idoneidad y eficacia de los Sistemas de Compliance y el ámbito subjetivo que deben abarcar. A la citada Ley Orgánica 1/2015 debemos añadir la Norma UNE-ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las sentencias del Tribunal Supremo de la sala segunda de 29 de febrero y 16 de marzo de 2016 de los ponentes Jose Manuel Maza³ y Manuel Marchena.

Y es que los asuntos relacionados con el cumplimiento normativo tienen un gran impacto reputacional para las personas jurídicas, ya que está muy vinculado al cumplimiento de normas, pero también a la manera de operar en los mercados conforme a criterios éticos y de responsabilidad social corporativa.

El modelo de compliance busca incentivar la autorregulación de las personas jurídicas para evitar que en su seno se intenten conseguir los objetivos sociales mediante la realización de actos

³ El fallo del Tribunal Supremo ofrece por primera vez una interpretación judicial sobre las pautas a seguir por empresas e instituciones en materia de cumplimiento normativo si quieren evitar ser condenadas.

Aborda por primera vez, y en profundidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En su sentencia, el Pleno de la Sala de lo Penal confirma las condenas impuestas por la Audiencia Nacional a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, en concreto en el tráfico de más de 6.000 kilos de cocaína escondida en maquinaria objeto de importación y exportación entre España y Venezuela.

delictivos. A tal efecto, la persona jurídica tiene encomendados unos deberes de supervisión, vigilancia y control (artículo 31 bis.1, 2 y 4 del Código Penal) cuya infracción puede determinar consecuencias jurídico-penales.⁴

Dicho modelo se convierte de forma unívoca en el instrumento válido para que la persona jurídica pueda acreditar el ejercicio de las tareas de supervisión y control encomendadas, quedando exenta de responsabilidad penal o, al menos, atenuando la misma.

Dando un paso más, la eficacia de estos modelos no queda reducida al ámbito penal sino que son reflejo de una nueva cultura de cumplimiento y ética empresarial que abarca a todas las actividades de la persona jurídica. Prueba de ello, son algunos de los ejemplos siguientes:

1. Inclusión de cláusulas contractuales relacionadas con los programas de cumplimiento. Cada vez más empresas exigen a sus proveedores y subcontratistas que tengan implementados sistemas de cumplimiento en el desarrollo de su actividad antes de contratar, que se adhieran a los propios de la empresa solicitante del servicio o, al menos, los respeten en el desarrollo de la relación de negocio.

La responsabilidad penal de las empresas, como personas jurídicas, afecta no sólo a los delitos que se cometan en el seno de su organización, sino también a los que puedan cometer terceros como proveedores, subcontratas o autónomos que presten sus servicios a la compañía.

Así lo prevé el Código Penal, que exige deberes de supervisión, vigilancia y control sobre todos aquellos que puedan estar sometidos a la autoridad de los responsables de la compañía, como puede suceder cuando se encarga un determinado servicio a otra firma. Eso sí, para que se considere que la empresa es responsable, ese delito tiene que haberle reportado algún beneficio, ya sea de forma directa o indirecta.

Este tipo de cláusulas deberían ser analizadas antes de la contratación, sobre todo si tenemos en cuenta que la exigencia puede llegar a ser muy exhaustiva y significar la asunción de compromisos

⁴ DOPICO, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en AAVV, Memento Penal 2016.



en materias muy variadas y poco definidas relacionadas, por ejemplo, con la corrupción, política de regalos, medio ambiente o seguridad y salud.

2. Cláusulas sobre la obligatoriedad de disponer de modelos eficaces de prevención de riesgos para constituir una UTE o joint ventures. Las empresas, en el panorama actual, deben ser conscientes de que esta forma colaborativa de emprender negocios puede suponer un riesgo en materia de compliance que requiere un análisis detallado de su socio.

En este sentido, es cada vez más frecuente la mutua exigencia de acreditar la implantación de protocolos de prevención de delitos y catálogo de conductas prohibidas, como requisito previo a la asociación. Huelga decir que ha de extremarse el cuidado a la hora de asumir el compromiso de respetar un programa de prevención de delitos o manual ajeno a la compañía.

3. Operaciones de compra o fusiones. Cada vez son más las empresas, sobre todo desde la posición de comprador, que exigen la inclusión en este tipo de operaciones de cláusulas de exoneración en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las que deberían responder, en caso de afloramiento, ya que este tipo de responsabilidad se transmite a la compañía adquirente y puede conllevar desde importantes multas a la suspensión de actividades o intervención, entre otras.

Dicho lo anterior, cada vez más debe prestarse mayor atención en los contratos de adquisición o venta de empresas y plantearse cuáles son las implicaciones asociadas a las cláusulas existentes en relación al compliance, como variable a tener en cuenta para el éxito de cada operación.

4. Contratación Pública. El 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron tres nuevas Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/25/UE, relativa a la contratación que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales que venían a sustituir a aquellas de 2004, otorgando a los Estados miembros un plazo máximo de dos años para la trasposición a sus respectivos Derechos, periodo temporal que ha concluido el pasado 18 de abril.

En el caso de España, a pesar de haber iniciado los trámites para su implementación, aprobando incluso dos Anteproyectos de Ley, la paralización del Parlamento a resultas de las últimas Elecciones Generales celebradas el 20 de diciembre de 2015, ha impedido la aprobación definitiva de las normas de trasposición dentro del plazo concedido por Europa, lo que inexcusablemente ha traído para nuestro país importantes consecuencias⁵.

Las Directivas de 2014 exigen, en parecidos términos, que los licitadores demuestren la implementación de programas eficaces de compliance con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Además prevén que estos programas servirán para evitar, bajo determinados requisitos, la aplicación de las prohibiciones de contratar previstas, que en otro caso operarían de manera automática.

Estos son sólo algunos de los ejemplos más significativos que demuestran que el compliance está impregnado cada vez más en la actividad económica.

Las Administraciones Públicas deben fomentar e impulsar la autorregulación de las empresas privadas, ya que como veremos a continuación, la adopción de programas de compliance tiene su reflejo en el ámbito de la contratación pública.

No obstante, también sería deseable, como señala NIETO MARTÍN que las Administraciones Públicas adoptaran en su seno medidas de prevención eficaces, inspirado en los programas de compliance de las empresas privadas, lo que él denomina *public compliance* para detectar o mitigar los riesgos no sólo desde el ámbito penal⁶.

El compliance por tanto no es una moda pasajera sino que es una nueva cultura de cumplimiento que está arraigando en nuestra sociedad.

⁵ Dos de esas consecuencias tienen un contenido fundamentalmente económico. La primera, dado que España ha vulnerado el plazo máximo de transposición, implica la imposición por parte de la Comisión Europea de multas coercitivas -no pequeñas, por cierto- hasta que se dé curso a la incumplida obligación. La segunda supone que los particulares perjudicados por la no trasposición de las Directivas podrán solicitar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de tal situación, reclamación que, en el caso de España, habrá de articularse vía responsabilidad patrimonial.

⁶Para más información véase NIETO MARTÍN, A: "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos". Ed. Tirant lo Blanc, 2014.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ADOPCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Como hemos anticipado más arriba, la Directiva 2014/24/UE en materia de contratación, incorporó una importante novedad en temas de compliance penal pues reconocen determinados efectos a las personas jurídicas que se hayan dotado de programas de compliance.

Según el considerando 100 *“No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión.”*

Por tanto ya del texto del considerando se observa la cautela que deben tener las Administraciones Públicas a la hora de seleccionar y relacionarse con operadores económicos, incentivando por tanto a que éstos implanten programas de compliance si quieren obtener determinados beneficios. Siguiendo a GÓMEZ JARA *“la Administración Pública sólo debe contratar con buenos ciudadanos corporativos (Good Corporate Citizens)”*⁷.

El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24 dispone:

“Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la

⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, C: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”. Diario La Ley, Nº 8423, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-385, Editorial LA LEY, p 2.

falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

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

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

Es decir, las empresas que se hallen incursas en prohibición para licitar o contratar con la Administración por haber sido condenadas mediante sentencia firme por los delitos de participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil, pueden ser exoneradas de tal prohibición si demuestran haber implantado “medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas” en su organización empresarial.

El texto de la Directiva se asemeja mucho al del Código Penal vigente en cuanto a atenuación de responsabilidad por conductas de; resarcimiento de daños y perjuicios, colaboración al esclarecimiento de los hechos delictivos e implementación de programas eficaces de prevención de delitos. La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 2011) dispone la prohibición de contratar por condenas por delitos.

Por un lado, surge un derecho a no ser excluido del procedimiento de contratación puesto que el licitador tiene derecho a defenderse de la exclusión automática por incurrir en prohibición de contratar mediante la presentación de las medidas adoptadas y por otro lado, sirve de incentivo a los licitadores para que adopten programas de compliance.

Debe tenerse en cuenta que la Directiva no determina quién es el órgano o persona competente para analizar si se dan los requisitos exigidos en el licitador para eludir la prohibición de contratar en la que esté incurso, pues, deja a los Estados miembros libertad para determinarlo. En sus Considerandos, las Directivas indican al respecto que los Estados miembros *“han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado”*.

No obstante, dado que la Directiva no ha sido transpuesta en plazo, consideramos que es el órgano de contratación quien evaluará los programas de Compliance y que por tanto aceptará o denegará motivadamente la suficiencia de las medidas incluidas en aquellos.

Ante este nuevo panorama que se abre en la contratación, debe la Administración realizar un importante esfuerzo e invertir en formación de los miembros de los órganos de contratación en materia de Compliance pues de lo contrario dejar la decisión sobre la validez o contenido de los programas de compliance, en manos de aquellos órganos que no tengan experiencia ni formación en temas penales o ética pública, puede llevar a resultados contradictorios y crear verdadera inseguridad jurídica. Además, sería conveniente que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hiciese unas recomendaciones en colaboración con las Juntas Consultivas Autonómicas, extendiendo a todo el territorio nacional los efectos de las decisiones que adopten dichos órganos autonómicos sobre esta cuestión.

Debemos recordar que la mayoría de las prohibiciones de contratar que recogen las Directivas ya estaban contenidas en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se han incorporado determinados preceptos de las Directivas citadas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la nueva regulación de las prohibiciones de contratar⁸.

⁸ La entrada en vigor de la Ley 40/2015 se difiere hasta el 2 de octubre de 2016 pero las modificaciones introducidas en materia de contratos entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, es

Desde el día 18 de abril de 2016, el artículo 57.6 de la Directiva tiene efecto directo, en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

El efecto directo se produce cuando las Directivas no han sido incorporadas en plazo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes y, por tanto, pueden ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, debiendo incluso realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas no transpuestas.

Además, ello implica que aquellos de sus preceptos que sean lo suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular los pueda invocar frente a los poderes públicos, deberán ser aplicados con prevalencia sobre cualquier otra norma interna que los contradiga. Así por ejemplo, un artículo del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que se oponga a lo establecido en la mencionada Directiva 2014/24/UE, resultará automáticamente desplazado en su aplicación y sustituido por los preceptuado en ésta.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicho efecto directo tiene exclusivamente una proyección que se ha venido en denominar "vertical ascendente", es decir, sólo en beneficio del particular, en tal sentido de que no podrán aplicarse en perjuicio del interesado ninguno de los preceptos contenidos en las precitadas Directivas no transpuestas en plazo.

decir, el 22 de octubre, con la salvedad de la Oficina Nacional de Evaluación que entrará en vigor el 2 de abril de 2016.

Las modificaciones del TRLCSP introducidas por la citada ley en su disposición final novena, se engloban en tres aspectos: a) Prohibiciones de contratar. Se modifican los artículos 60, y 61, introduciendo además un nuevo artículo 61 bis, y una nueva disposición transitoria décima, b) Contratos de concesión de obra pública. Se modifican total o parcialmente los artículos 150, 254, 256, 261, 271, 288. Se añaden además dos nuevos artículos 271 bis y 271 ter c) Oficina Nacional de Evaluación. Se crea este organismo, agregando para ello al TRLCSP una nueva disposición adicional trigésimo sexta.



Tampoco está de más recordar que dicho efecto directo se limita a los contratos sujetos a regulación armonizada, pues son los que entran dentro del ámbito objetivo de aplicación de las Directivas, y ello en la medida de que los contratos no armonizados agotan su regulación en el Derecho patrio, a pesar de que el legislador estatal haya optado por dispensar un trato sustancialmente idéntico a ambas tipologías contractuales a la hora de fijar su régimen jurídico.

Ante la situación descrita se abre para los operadores jurídicos españoles un escenario de gran incertidumbre fruto de la indeterminación de las cuestiones que, gozando de efecto directo, pueden invocarse desde del 18 de abril ante Administraciones Públicas y resto de Poderes adjudicadores. Esta situación convierte en necesario un profundo y pormenorizado análisis de las Directivas, a los efectos de determinar aquellos preceptos que, encontrándose suficientemente detallados, se oponen, en beneficio del particular, a lo dispuesto en la normativa española vigente y, por tanto, implican una derogación fáctica o desplazamiento en la aplicación de esta última.

Con la finalidad de aclarar la situación y aportar cierta luz al oscuro panorama que se nos avecina, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Dirección General del Patrimonio, ha dictado la Resolución de 16 de marzo de 2016 por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016).

También con la misma finalidad aclaratoria y de una forma mucho más exhaustiva, los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, en reunión conjunta celebrada en Madrid el 1 de marzo de 2016, han aprobado el documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público.

Ambos trabajos, especialmente el último, merecen, sin duda, una detenida lectura por todos aquellos profesionales del Derecho que desarrollan su práctica habitual en el ámbito de la contratación pública, pues no son pocas las materias que se ven alteradas, en mayor o menor medida, por los preceptos de las Directivas europeas que, desde el 18 de abril, forman parte de

nuestro Derecho con la misma intensidad y alcance que cualquier otra norma emanada de nuestras Cortes Generales.

III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN

La corrupción es uno de los mayores problemas que azota a nuestra sociedad, si bien está más arraigada en el ámbito local y regional. La contratación es un factor sensible

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera que la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación en España equivalente al 4,5% PIB.

La buena noticia es que la percepción de la corrupción en la actualidad es muy alta y el grado de tolerancia es cero. Se ha pasado de una pasividad social, cuando no complicidad cultural ante este fenómeno, a reaccionar con indignación y con desafección hacia las instituciones públicas.

Según datos extraídos del periódico Expansión (noticia publicada el 26 de enero de 2016) España registró en 2015 el peor dato de percepción de corrupción de su historia, lo que refleja una "grave" situación de corrupción política, antes vinculada al urbanismo y ahora a la "contratación pública", sobre todo a la que hacen empresas públicas y entes instrumentales de la administración.

Ante estos datos, está claro que la sociedad y por ende la Administración tiene que reaccionar implantando controles y medidas preventivas pues sólo con las medidas represivas se ha visto que no es suficiente para atajar los graves problemas de corrupción.

Además, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobó en Febrero de 2015 su Informe sobre el Análisis de la Contratación Pública en España. La CNMC en su análisis identifica cinco áreas de mejora en la contratación pública una serie de puntos como la necesidad de mayor acceso, transparencia y publicidad.; la falta de evaluación de la eficiencia económica y de la competencia efectiva; el escaso aprovechamiento de las últimas tecnologías de la información; el déficit de cooperación administrativa o la necesidad de simplificación de los procedimientos de contratación pública.

Los tiempos van cambiando y los delitos se van perfeccionando, de ahí la necesidad de "imponer" programas de Compliance, siquiera, en su vertiente, penal.

Parece inevitable que el siguiente paso en un futuro cada vez más cercano pasa por exigir en los pliegos como requisito, el que las empresas licitadoras tengan implantados programas de compliance, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 bis CP. Sin duda, ello supondría un gran avance.

En este sentido compartimos plenamente lo manifestado por GOMEZ JARA al señalar que la evolución que está experimentando la normativa europea parece conducir a que en el futuro la Administración pública exija un Compliance Program penal a todas las empresas que contraten con el sector público.

Lo que hoy puede parecer todavía algo lejano no es extraño para otros países esta exigencia legal.

De hecho, Estados Unidos es el país pionero en temas de Compliance y el que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo sobre la materia.

En concreto, desde el año 2008, se ha venido implementando en aquél país un sistema de contratación en virtud del cual para poder ser siquiera una entidad capaz de contratar con la administración pública federal, debe contar con un programa de cumplimiento "anti-corrupción".

En líneas generales, estos los programas referidos a la contratación federal se asientan sobre cuatro premisas básicas: integridad al tratar con funcionarios federales (prohibición de promesas, dádivas o recompensas; prohibición de ofrecer puestos en el sector privado tras abandonar el servicio público, etc.); honestidad en el intercambio de información (prohibición de cualquier tipo de falsedad documental, etc.); consolidación de relaciones éticas con terceras partes (prohibición de kick-backs, etc.); fomentar la competencia leal⁹.

⁹ Vid. en general W. Hartmann YOUNG, «Effective Government Contract Compliance Strategies in a Constantly Evolving Legal Landscape», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 25 y ss.; Bradley D. WINE, «Establishing an Effective Government Contract Compliance Program in Today's Challenging Contracting Environment», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 63 y ss.; Angela B. STYLES,

Cualquier empresa que contrate con el gobierno federal debe disponer de un sistema de compliance que contenga los siguientes elementos: un mapa de riesgo, un código ético y formación adecuada sobre el mismo; revisión periódica para asegurar la ética de cumplimiento; un mecanismo para reportar las conductas ilegales; determinadas instrucciones que incentiven a los empleados a reportar; auditorías internas o externas; acciones disciplinarias frente a la conducta ilegal; reportar a tiempo a la administración pública; colaboración plena con las agencias gubernamentales que se encarguen de perseguir las conductas ilegales.

Por tanto, desde el año 2008, la administración pública estadounidense ha obligado a los contratistas a revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de reporte a las autoridades, de tal manera que deben aplicar un estándar de diligencia debida (Due Diligence) respecto de sus propios empleados y reportar por escrito, adjuntando el material probatorio correspondiente, aquellas conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita que detecten en el seno de su propia organización. Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior¹⁰, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas.

Esta realidad no está muy lejana en el ámbito europeo y por tanto también en nuestro país pues, no debemos olvidar que, ya en 2003, la Unión Europea establecía en su Decisión Marco 2003/568 de 22 de julio de 2003:

"Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido".

«Developing Effective, Transparent Compliance Programs for Government Contractors», en: Government Contracts Compliance, 2012, págs. 89 y ss.

¹⁰ En el preámbulo de la Ley que introduce estas medidas se hace referencia a un cambio «abismal» (sea change) o a divergencias notables (major departure) respecto de la legislación anterior. 73 Fed. Reg. 67069, 12 de noviembre de 2008.

La promulgación de un verdadero e individualizado programa de cumplimiento normativo ha de suponer un valor añadido para la empresa. En primer lugar, porque le va a conceder una ventaja cualitativa en la contratación, tanto pública como privada. En segundo lugar, porque le podrá eximir de la responsabilidad penal en la que pudiere verse involucrada; y en tercer lugar, porque la implantación de una verdadera cultura ética corporativa de vocación inequívoca de cumplimiento, va a mejorar tanto el funcionamiento interno como el externo de la empresa. El interno, porque una vez implementado, va a permitir una mayor interacción entre los distintos departamentos, empleados y directivos, generando una mayor transparencia y confianza entre los mismos; y, en el externo, porque se va a proyectar una imagen de compromiso, responsabilidad y nitidez de la empresa que va a elevar su reputación y, por consiguiente, un aumento de sus posibilidades de negocio.

IV. CONCLUSIÓN

La incorporación a nuestro sistema legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con motivo de la reforma del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, supuso sin duda una verdadera revolución en el ámbito no sólo de la dogmática penal sino también en la práctica forense.

La reforma del Código Penal introducida por LO 1/2015, resulta trascendental por la honda transformación que supone para extremos básicos del régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica, contenida en el artículo 31 bis disponiendo de forma expresa la exoneración de la empresa si dispone de programas de cumplimiento, con determinados requisitos y contenidos. La reforma introduce la figura del Compliance Officer.

La nueva redacción del artículo 31bis CP aclara que el modelo de responsabilidad penal de la empresa se basa en el defecto de organización, correspondiendo al órgano de administración la adopción y ejecución con eficacia, antes de la comisión del delito, de los modelos de organización y gestión (programas de cumplimiento) que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

La normativa europea nos trae, sin duda, una nueva perspectiva del compliance penal, no sólo como una herramienta de autorregulación y prevención de futuros delitos en el seno de la

organización empresarial, sino también como un instrumento idóneo para la puesta a punto de las personas jurídicas que se disponen a participar y competir en el mercado operando en el sector público, no resultando descartable que, en el futuro, se requiera, como requisito indispensable para contratar con la Administración, que el operador económico disponga de un programa eficaz de compliance penal.

La falta de transposición de esta normativa europea al Derecho español no obsta a su eficacia pues, aunque las Directivas comunitarias obligan al gobierno nacional, en un plazo determinado, a incorporarlas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes, en el caso de que esto no se lleve a cabo en el plazo establecido, aquéllas tienen efecto directo vertical (de los particulares frente al Estado) y, por tanto, pueden ser invocadas ante la Justicia nacional, debiendo incluso realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas no transpuestas.

Precisamente, en el caso de que nos ocupa, las Directivas europeas 2014/23/UE y 2004/24/CE, la Dirección General del Patrimonio del Estado, en Resolución de 16 de marzo de 2016, en previsión de la falta de normativa nacional, ha publicado la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en la que se reconoce el efecto directo e interpretativo-integrador, a partir del 18 de abril de 2016, de esta normativa comunitaria que modifica y amplía, en el sentido expuesto, el régimen en el que los operadores económicos pueden contratar en el sector público y, ofrece, sin lugar a dudas, una nueva oportunidad a quienes deseen enmendar sus conductas pasadas con efectos positivos para el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.A: Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.187/relcategoria.121/relmenu.3/chk.8d0c9270f8eaa98376156f16842727dd>
- GIMENO FELIU, J.M: La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad .Ponencia del X Congreso de AEPDA.



Castilla-La Mancha

GABILEX
Nº 6
JUNIO 2016
www.gabilex.jccm.es

Madrid, febrero de 2015.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública. Diario La Ley, Nº 8423, Sección Tribuna, 18 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-385, Editorial LA LEY