

## Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos



**Una de las novedades que incorporan las nuevas Directivas sobre contratos públicos es que reconocen determinados efectos cuando, al hilo de la participación en un contrato, los operadores económicos se hayan dotado de programas de Compliance.**

16/02/2015

Una de las novedades que incorporan las nuevas Directivas sobre contratos públicos, en cuya transposición al Ordenamiento español ya se ha comenzado a trabajar, es que en las mismas sí que reconocen determinados efectos cuando, al hilo de la participación en un contrato, los operadores económicos se hayan dotado de programas de Compliance. En efecto, manteniendo la vigencia de ciertos motivos de exclusión (prohibiciones de contratar, si utilizamos la terminología 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 'TRLCSP-), el art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE señala que:

'6. 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 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'.

Efectivamente, frente a la concurrencia en un licitador de una causa de exclusión/prohibición de contratar, la nueva Directiva obliga a los Estados destinatario a prever en las normas de transposición una posible excepción a esa exclusión 'automática', cuando dicho licitador hubiera, entre otras cosas, adoptado medidas de cumplimiento que ofrezcan suficientes garantías para reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido, así como para prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. La Directiva, en nuestra opinión, configura como un derecho de los operadores económicos el de poder presentar pruebas de las medidas adoptadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas para 'levantar' la prohibición de contratar que les afecte, y lo hace de una manera basta clara, precisa e incondicionada (circunstancia que determinaría su efecto directo en caso de no transposición a lo Ordenamientos internos). Obsérvese que ese derecho no deja en manos del operador económico la facultad de 'eludir' la prohibición de contratar en la que esté incurso, pues en todo caso es necesario un juicio de alguien, no predeterminado desde la Directiva (con lo que serán los Estados miembros quienes atribuyan esa función de evaluación de los programas de Compliance a un órgano determinado), que acepte, o motivadamente deniegue, la suficiencia de las medidas incluidas en el programa de Compliance, y consecuentemente (en el segundo caso), se mantengan los efectos propios de la prohibición de contratar.

La medida que introduce el art. 57.6 de la Directiva 2014/24 (y que se contempla en los mismos términos en la Directiva 2014/23 y 2014/25) permitirá excepcionar la aplicación del sistema de causas de exclusión/prohibiciones

de contratar, que hasta ahora operaba de manera automática sobre los operadores económicos en quienes concurrían dichas causas de exclusión. Un comportamiento 'no ejemplar' en el pasado determina ope legis la falta de aptitud para seguir contratando con el sector público en el futuro. La nueva previsión permitirá cierta 'relajación' del 'dogma' de las prohibiciones de contratar, premiando la 'corresponsabilidad' en la prevención de nuevos delitos o infracciones administrativas.

La atribución de efectos positivos para las empresas incursas en prohibición de contratar con el sector público que implementen programas de Compliance abre, en definitiva, un nuevo espacio en el ámbito de los contratos públicos para la 'autorregulación', aunque por el momento esa 'autorregulación' no se encuentre todavía regulada (o al menos mínimamente esbozada). Y tal circunstancia es precisamente lo que determina que su aplicación práctica se nos antoje más virtual que real. Dicho de otro modo: resulta ineludible que las normas nacionales de transposición acometan con urgencia el desarrollo tanto sustancial como procedimental del art. 57.6 de la Directiva, concretando en qué consisten y qué requisitos les son exigibles ex ante a los programas de Compliance, para lograr su efectividad ex post. La falta o insuficiente desarrollo de las previsiones incluidas en la Directiva traerá como consecuencia más evidente una situación de inseguridad jurídica tanto para las empresas (beneficiarias de la medida introducida por la Directiva) como para los órganos de contratación (que son los que, en última instancia, deben admitir o rechazar a un licitador).

Nada nos dicen las Directivas sobre el contenido de esos programas de Compliance, ni se aportan muchos criterios con los que pueda enjuiciarse su suficiencia (especialmente necesarios cuando lo que sí se establece expresamente es la necesidad de motivar su insuficiencia), y esta 'debilidad' puede poner en riesgo la aplicabilidad de esta excepción a la regla de la exclusión del licitador del procedimiento. A falta de conocer cómo se incorpora dicha previsión de la Directiva en los Ordenamientos nacionales durante el proceso de transposición, nos encontramos ante una previsión determinante de un amplio grado de inseguridad jurídica, al no estar mínimamente predeterminado cuáles son esas medidas que podrán ser consideradas 'apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas' y atribuirles un efecto tan importante como es el de 'levantar' una prohibición de contratar. La única 'pauta interpretativa' que se ofrece, en sede de Considerandos, es que, 'en concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización'.

Una de las cuestiones clave, implícita aunque no suficientemente advertida en el art. 57.6 de la Directiva 2014/24, es a quién corresponderá fiscalizar la idoneidad de los programas de Compliance que tendrá una consecuencia tan importante como la de 'alzar' la prohibición de contratar. 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'. A mi juicio, dejar la decisión en manos de los órganos de contratación puede llevar a resultados contradictorios (un órgano de contratación podría estimar la idoneidad del programa de Compliance de un licitador y 'desactivar' la causa de prohibición de contratar y otro órgano de contratación podría entender inidóneo dicho programa, y en consecuencia, mantener la prohibición de contratar). Por eso la labor de apreciar la idoneidad del programa de Compliance debe recaer en un órgano especializado y con 'jurisdicción' (si se me permite la expresión) en todo el territorio nacional. Aunque para ello muy probablemente debería contar con un asesoramiento especializado en materia de Derecho penal y otros (es éste un ámbito que reclama, de nuevo, la profesionalización del personal que interviene, con distintas funciones, en los procedimientos de contratación pública), sería una función a atribuir a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que debería desarrollar 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.