



FACULTAD DE DERECHO

COMPLIANCE. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Autor: Teresa Molina Prada

Tutor: Rosa Collado Martínez

4º E1-BL

MADRID
ABRIL 2017

Teresa
Molina
Prada

Compliance. Los Programas de Cumplimiento Normativo y la Contratación Pública.



RESUMEN

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ha supuesto la abolición del viejo aforismo *societas delinquere non potest* y ha reformado los esquemas del ordenamiento jurídico español. Su incorporación implica la necesidad de que las empresas incorporen un programa de cumplimiento normativo o *Compliance Program* que asegure el compromiso ético de la compañía. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer hasta conseguir una correcta regulación de los requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento normativo.

Poco a poco, el Compliance comienza a reflejarse en la contratación pública de la mano de directivas de la Unión Europea y las nuevas leyes sobre procedimientos administrativos. Los programas de cumplimiento se presentan como una posible eximente a la prohibición de contratar con la Administración Pública y, muy probablemente, en un futuro, constituyan también un requisito para poder acceder a la contratación pública.

PALABRAS CLAVE

Cumplimiento normativo – Ley de Contratos del Sector Público – Artículo 31 Código Penal – Directiva – Contratación Pública – Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas – Programa de Cumplimiento – Cultura Empresarial

ABSTRACT

Criminal Liability of Legal Persons has led to the abolition of the old maxim *societas delinquere non potest* and has reformed the schemes of the Spanish legal system. Its inclusion has implied the need for companies to incorporate a compliance program that ensures the company's ethical commitment. However, there is still a long way to go before getting a proper regulation of the requirements that compliance programs must comply with.

Little by little, Compliance begins to be reflected in the public procurement as a result of European Union directives and the new laws on administrative procedure. Compliance programs are now presented as a possible exemption from the prohibition of contracting with the Public Administration and in the future, they would surely be also a requirement for access to public procurement.

KEY WORD

Compliance – Public Sector Contract Act – Article 31 Spanish Criminal Code – Directive – Public Procurement – Criminal Liability of Legal Persons – Compliance Program – Corporate Culture

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS:.....	1
1. INTRODUCCIÓN A LA IDEA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO.....	2
1.1. Compliance.	2
1.2. El origen del Legal Compliance.....	3
1.3. Societas delinquere potest.	7
1.3.1 Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	8
1.3.2 Necesario beneficio directo o indirecto de la empresa.	10
1.4. Contribución de las personas jurídicas al cumplimiento de la Ley.	12
1.5. Eficacia de los Compliance Programs.....	13
2. ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE COMPLIANCE A LA SOCIEDAD ESPAÑOLA.	14
2.1. Necesidad de adecuación del Compliance a nuestra cultura empresarial:	14
2.2. Necesidad de regulación del compliance en las leyes mercantiles.....	16
3. IMPACTO DEL CORPORATE COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	18
3.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas jurídicas de naturaleza pública.....	18
3.2. Las Directivas de la UE en materia de Contratación Pública:.....	21
3.3. Los nuevos criterios de contratación de la Administración Pública en materia de compliance.	22
3.3.1 Posibilidad de excluir prohibiciones de la contratación mediante la implantación de un modelo de compliance eficaz.	22
3.3.2 Extensión del ámbito subjetivo de las prohibiciones de contratar.	25
3.3.3 Supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. 27	
3.3.4 Los programas de compliance en las empresas contratistas.....	28
4. CONCLUSIÓN.....	32
5. BIBLIOGRAFÍA.....	35
5.1. Legislación:.....	35
5.2. Jurisprudencia:	36
5.3. Obras doctrinales:.....	37
5.4. Artículos de Revista:	38
5.5. Recursos de Internet:.....	39

LISTADO DE ABREVIATURAS:

BOE	Boletín Oficial del Estado
cap.	capítulo
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal de 1995
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
e.g.	<i>exempli gratia</i> (por ejemplo)
etc.	<i>etcétera</i> (y lo demás)
FJ	fundamento jurídico
núm.	número
OCDC	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p./pp.	página/s
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea
<i>vid. cit.</i>	cita
<i>vid. supra</i>	véase arriba
vol.	volumen

1. INTRODUCCIÓN A LA IDEA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO.

1.1. Compliance.

A día de hoy el término *Compliance* es uno de los conceptos de moda en las esferas jurídicas españolas. Una nueva realidad que ha revolucionado firmas de abogados, consultoras y universidades.

La palabra angla *Compliance* se traduce al español como *cumplimiento* y, se refiere, como su propio nombre indica, al acatamiento de la normativa aplicable a cada empresa, tanto a nivel interno como externo, en los diferentes ámbitos que puedan afectarle. Así, cuando hablamos de Compliance podemos referirnos a la prevención de riesgos laborales, al cumplimiento de las obligaciones tributarias, a la detección del blanqueo de capitales, a la protección de datos, a la ética en la toma de decisiones o a otras muchas realidades que afectan a empresas.

El Compliance llega a España de la mano de la Reforma Penal de 2010. No obstante, el origen de este concepto tiene lugar en el mundo anglosajón, concretamente en el sector financiero. El cual, debido a su gran incidencia en la economía, ha sido tradicionalmente un sector muy regulado en el que se han establecido graves sanciones para los casos de incumplimiento de la norma.

Por esta razón, las entidades, han ido creando sus propios departamentos dedicados en exclusiva a asegurar el cumplimiento normativo. Surge así, la figura del Oficial de Cumplimiento o Compliance Officer.

El Chief Compliance Officer (CCO) es un puesto que se caracteriza por la autonomía y la independencia de cualquier otro departamento de la empresa, incluido el legal. Entre sus muy diversas funciones se encuentran la identificación de los riesgos a los que pueda enfrentarse la empresa, la creación y el seguimiento de un Plan de Prevención de Delitos o la investigación y sanción de las faltas en las que pueda incurrir el personal de la empresa (tanto trabajadores como administrativos).

El Código Penal, en su recientemente reformado artículo 31, identifica al Compliance Officer como el “*órgano [...] con poderes autónomos de iniciativa y de control o que*

*tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*¹ y establece como posible eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica que esta haya adoptado con anterioridad a la comisión del hecho delictivo un modelo de prevención y control dedicado a asegurar el cumplimiento de la ley (esto es lo que se conoce como Modelo de Compliance).

Sin embargo, siguiendo la línea doctrinal de José Ramón Navarro, presidente de la Audiencia Nacional, *“la legislación todavía no ha establecido la naturaleza del Compliance Officer, lo que sí establece es que tenga carácter supervisor, autónomo y externo al órgano de administración y tenga la obligación de poner en conocimiento de la empresa los riesgos de los incumplimientos”*.²

De esta manera, el Código Penal ha establecido unas directrices básicas, pero todavía queda para el legislador la ardua tarea de concretar la figura del Compliance Officer y los requisitos esenciales que este debe cumplir, así como las pautas que deben seguir las personas jurídicas a la hora de implantar su propio plan de prevención de delitos.

1.2. El origen del Legal Compliance.

Mediante la reforma penal, el legislador español ha importado una idea proveniente del mundo anglosajón. Los orígenes del Legal Compliance pueden encontrarse en los escándalos de corrupción de los años 70 (e.g. Caso *Watergate* o Escándalo *Lockheed* en el cual se descubrió que la empresa aeronáutica había sobornado a numerosos funcionarios extranjeros con el fin de vender sus aviones a diferentes países con fines militares). Tras estos sucesos, la URSS promovió una campaña con la intención de derrocar al capitalismo en la cual se denunciaban las malas prácticas y la falta de ética de las multinacionales estadounidenses.

Con la intención de contrarrestar el efecto de esta, el gobierno de los Estados Unidos promulgó la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*³, que exigía a las empresas que

¹ Artículo 31 bis, 2, 2º del Código Penal

² Ponencia de José Ramón Navarro Miranda, Presidente de la Audiencia Nacional durante el curso de “Experto en Prevención de Riesgos en la Empresa” organizado por la Universidad de Nebrija (7 julio 2016)

³ “*Foreign Corrupt Practices Act*”, de 19 de noviembre de 1977; Web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>; última consulta el 22/01/2017)

tomaran determinadas medidas en relación la contabilidad y la realización de controles para prevenir sobornos.

Sin embargo, durante las décadas de los 80 y 90, tiene lugar un rápido avance hacia la globalización. Factores como la caída del muro de Berlín, la creación de los cárteles colombianos y las organizaciones de crimen organizado debido a las guerras yugoslavas, la liberalización de los mercados mundiales o el surgimiento de internet y las nuevas tecnologías provocan un movimiento transnacional cada vez mayor de bienes (legales e ilegales), divisas, personas y, la proliferación de multinacionales con sucursales en diferentes países. Surge entonces, la necesidad de tomar medidas a nivel internacional para regular todo este comercio y evitar fraudes, delitos y otros riesgos empresariales.

En este contexto, organismos internacionales como la ONU y la OCDE toman iniciativas para establecer medidas que garanticen el buen gobierno de las empresas multinacionales. Asimismo, en Estados Unidos se funda el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*⁴ (COSO), cuyo objetivo es la creación de un estándar de control financiero interno.

A pesar de ello, durante los primeros años del siglo XXI, se destapan grandes escándalos financieros (e.g. la quiebra de la empresa energética Enron, los sobornos de Siemens en Argentina o el fraude contable de Worldcom). Estos sucesos pusieron en evidencia la necesidad de aplicar un mayor control a la actuación de las empresas. Como consecuencia, la OCDE publicó numerosas directrices para reforzar la normativa y, Estados Unidos, por su parte, dictó la *Sarbanes-Oxley Act*⁵, conocida en español como la *Ley Sarbanes-Oxley*.

Esta norma exigía la creación de controles internos en las empresas para garantizar la transparencia fiscal, e imponía medidas para garantizar la veracidad de la información que las empresas proporcionaban a sus inversores. Asimismo, la *Ley Sarbanes-Oxley* modificó el Código Penal de los Estados Unidos, estableciendo penas para los representantes legales de las empresas en caso de que estas incumplieran la normativa.⁶

⁴ Página Web Oficial de COSO (disponible en <https://www.coso.org/Pages/default.aspx>; última consulta el 18/11/2016)

⁵ Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. Núm. 107-204, 116 Stat. 745 (30 julio de 2002; (disponible en <http://www.soxlaw.com/>; última consulta el 18/11/2016)

⁶ El detonante de esta reforma legislativa fue el caso Enron, el cual, tras numerosas investigaciones, no fue posible sancionar a todos los sujetos que se creían culpables puesto no existían penas para ellos, de manera que parte de los partícipes en el fraude terminaron siendo absueltos. Se trataba de crear un responsable para las actuaciones ilícitas de la persona jurídica. MARTÍN VALERO, V; “*El lado oscuro del capitalismo: el caso Enron*”; Publicaciones de la Universidad de Alicante (2012)

Junto a la exigencia de reforzar los controles internos dentro de las empresas, esta reforma penal constituye un momento clave en la historia del Compliance, que comienza a configurarse tal y como la realidad que conocemos hoy en día.

De esta manera, la Ley *Sarbanes-Oxley* supuso un punto de inflexión en los modelos de cumplimiento normativo. A partir de entonces, la Unión Europea (en adelante, UE) comienza a exigir a los Estados Miembros que configuren modelos de responsabilidad para las personas jurídicas. Entre las diversas regulaciones que surgieron podríamos destacar la *Bribery Act*⁷ de Reino Unido (la cual se considera una de las legislaciones más estrictas a nivel mundial), el Decreto Legislativo italiano núm. 231, de 8 de junio de 2001 (clara inspiración para nuestro legislador en la reciente reforma penal), y diversas políticas y directrices australianas que actualmente sirven de modelo para la creación de programas de prevención de delitos para personas jurídicas de todo el mundo.

En esta línea, es necesario hacer una mención especial a la recientemente derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, publicación el 27 de noviembre de 1992), la cual concebía, por primera vez en ordenamiento jurídico español la posibilidad de sancionar a una persona jurídica por la comisión de infracciones administrativas.

Dando un paso más, el mencionado Decreto Legislativo núm. 231 de Italia⁸, estableció la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas ante infracciones cometidas por sus directivos y trabajadores. Esta norma, que dispone un procedimiento similar al penal para enjuiciar los hechos constitutivos de la infracción, constituyó la inspiración de nuestro legislador a la hora de importar la responsabilidad de las personas jurídicas al ordenamiento español.

Casi a la vez, con motivo del crecimiento del terrorismo internacional y, en especial tras los atentados que tuvieron lugar en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, se promulgó la *Patriot Act*, la cual concede a Estados Unidos la competencia para conocer de cualquier delito que se cometa en el mundo utilizando dólares estadounidenses y, además, exige determinados controles internos a todas las compañías que cotizan en Bolsa en este país.

⁷ Bribery Act 2010 (c.23), de 8 de abril de 2010

⁸ Decreto legislativo núm. 231; Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, de 8 de junio de 2001

Finalmente, durante los últimos años, la crisis mundial, casos como el de Bankia o los créditos subprimes y la crisis soberana de los Estados han provocado que la atención de los Gobiernos se focalice cada vez más en la ética empresarial, los paraísos fiscales y la transparencia fiscal.

En los últimos tiempos la UE ha publicado numerosas Directivas en materia de sanciones aplicables a las empresas en relación con la transparencia fiscal, revelación de secretos empresariales o el abuso de mercado. Así, el Estado Español ha incorporado a la legislación estos compromisos adquiridos por su pertenencia a organismos internacionales.

Estados Unidos, en la misma línea en la que venía operando, aprobó en 2013 la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) o Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras, obligando a todas las entidades financieras en las que tengan cuentas residentes o ciudadanos estadounidenses a informar a Estados Unidos de las operaciones de estos con la finalidad de evitar la evasión fiscal⁹.

Esta evolución en torno a la persona jurídica no ha sido sólo legislativa, sino que también ha tenido lugar un importante cambio cultural. Las personas crean sociedades para limitar su propia responsabilidad, es decir que la sociedad es una ficción jurídica que permite soslayar la responsabilidad de la propia persona física y limitarla. Esta ventaja se ve contrarrestada con una exigencia de vigilancia dentro de la compañía para asegurar determinados fines públicos como la protección de los sujetos económicos con los que la empresa opera en el mercado.

Así, el artículo 318 del Código Penal establece un deber de vigilancia del cual responderán quienes estaban encargados del servicio y los responsables de supervisar la actividad de la empresa. No obstante, es importante tener en cuenta en la interpretación de este artículo que, es muy difícil que la persona jurídica tenga la capacidad de evitar que todos los eventos se produzcan, por lo que no se le puede exigir una labor de policía que suponga una supervisión total¹⁰.

⁹ El 14 de mayo de 2013, Estados Unidos y España firmaron un Acuerdo para la aplicación de la normativa FATCA en España, dicha normativa entró en vigor en nuestro país el 1 de julio de 2014; y ha sido posteriormente desarrollada mediante la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio de 2014, de modificación del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y mediante la modificación de la Ley General Tributaria

¹⁰ En este sentido, la Circular de la Fiscalía afirma que “*Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, [...] no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia*

Ahora bien, son las personas físicas las que toman las decisiones y cometen hechos delictivos, pero si este hecho se lleva a cabo dentro del ámbito profesional de la persona jurídica y el delito se comete en su favor, se le podrá exigir responsabilidad por ello.

1.3. *Societas delinquere potest.*

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante LO 5/2010) ha supuesto la abolición del viejo aforismo romano *Societas delinquere non potest*, en virtud del cual las personas jurídicas no podían cometer delitos, con la intención de buscar remedio a situaciones que hasta entonces carecían de solución.

Detrás de una persona jurídica siempre encontramos personas físicas por medio de las cuales actúa. Tradicionalmente, el Derecho Penal se ha centrado sólo en los comportamientos humanos, tratando de buscar al responsable individual y concreto de la acción delictiva, en lugar de castigar al colectivo. Incluso era necesario, para penar una conducta delictiva, que se diera cierta nota de voluntariedad. El problema es que esta voluntad, psicológicamente entendida, sólo era predicable de la persona individual y natural, no de animales ni de entes jurídicos.

Asimismo, la doctrina ha entendido que las personas jurídicas carecen de capacidad para poner en marcha un curso causal que conduzca a la acción delictiva.

La redacción del Código Penal de 1995 encabezó la quiebra de este planteamiento estableciendo la posibilidad de que, en caso de que se cometiera un delito en el ejercicio de la actividad de una persona jurídica, el Código podía llegar a autorizar determinadas consecuencias accesorias, entre las que se encontraban la suspensión o prohibición de parte o la totalidad de la actividad de la empresa, el cierre del negocio o la disolución de la persona jurídica¹¹. Además, esta podía ser responsable civil, subsidiario o solidario¹² y

absoluta. [...] la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que sólo permite "reducir de forma significativa" el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido". "Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión", Circular de la Fiscalía, p.44

¹¹ Artículo 129 del Código Penal de 1995 conforme a la de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹² Artículo 120 del Código Penal

cabía la posibilidad de imponerle multas o de que el juez llegara a intervenir directamente en la empresa¹³. Estas medidas, sin embargo, se aplicaron en contadas ocasiones.

Durante muchos años, nos hemos encontrado con una escasez de regulación en relación con muchas de las prácticas que se llevaban a cabo en las empresas. Los delitos cometidos en ejercicio de la actividad empresarial, se han intentado subsumir dentro de los tipos existentes recogidos en el Código Penal, en especial en el delito de estafa.

Muchas pequeñas empresas han sido arrastradas por las malas praxis de directivos, proveedores o trabajadores de las empresas con las que contrataban y, tras acudir a la vía civil e intentar obtener una compensación por todos los medios posibles, han tratado de encontrar un tipo penal en cuya definición fuese posible encajar el supuesto al que se enfrentaban. No obstante, la mayoría de estos casos han terminado siendo archivados por faltar algún elemento esencial para subsumir el supuesto dentro de los tipos delictivos existentes. En esta línea, el magistrado Eloy Velasco afirmaba en una entrevista a *El Economista*: “Antes archivaba asuntos porque no se sabía quién era la persona que cometía el delito y ahora no”¹⁴.

En respuesta a esta patente necesidad de encontrar mecanismos de imputación que respondieran a este tipo de situaciones, la Reforma Penal de la LO 5/2010 ha convertido a las personas jurídicas en sujetos penalmente responsables, susceptibles de cometer delitos y de sufrir una sanción penal.

Esta revolución del ordenamiento penal ha abolido el viejo aforismo *societas delinquere non potest* transformándolo en un nuevo: *societas delinquere potest*.

1.3.1 Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, los criterios de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido doctrinalmente muy discutidos. Un sector de la doctrina sostiene que esta responsabilidad se fundamenta en la llamada responsabilidad por *transmisión*, que se basa en la doctrina del *respondeat superior*, en la cual, el principal responde por las actuaciones que sus agentes realicen en su representación. Esta línea es la que sigue la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las

¹³ Artículo 33.7 apartado g del Código Penal

¹⁴ FAES, IGNACIO., “Eloy Velasco: Un buen plan de Compliance Libra de la Multa”, *El Economista*, 13 abril 2016 (disponible en <http://www.economista.es/legislacion/noticias/7487745/04/16/Velasco-Un-buen-plan-de-compliance-libra-de-la-multa.html>; última consulta 26/12/2016)

personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, publicada el 22 de enero de 2016 (en adelante, Circular de la Fiscalía).

Sin embargo, esta concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es imposible por contrariar el principio de personalidad de la pena y poder incluso llegar a incurrir en un sistema de responsabilidad objetiva. No siempre que se cometa un delito dentro del marco de la empresa debe esta responder penalmente. Por ello, más que ante un sistema de transmisión nos encontramos con una responsabilidad por hecho propio.

Siguiendo esta idea, un segundo bloque de la doctrina sostiene que “*el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica se halla en la constatación de un defecto de organización en su seno del que debe responder*”¹⁵. Prueba de esto es que, si el delito se ha cometido a pesar de la existencia de una estructura sólida y eficaz de organización y control en la empresa, la persona jurídica no debería responder. Esta postura es la que sostuvo el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de febrero de 2016 núm. 154/2016¹⁶.

De esta manera, entendemos que la persona jurídica responde penalmente por *culpa in vigilando*, cuando son sus trabajadores los que han cometido el delito, y por *culpa in eligiendo*, si quien lo ha llevado a cabo es uno de sus representantes o administrativos, siempre que haya sido en beneficio de la persona jurídica. Con lo cual, estaríamos afirmando que los entes jurídicos responden por imprudencia, al no haber designado correctamente a sus representantes o por no haber tomado las medidas necesarias para evitar que la acción delictiva se cometiera en su seno.

Sin embargo, debemos tener presente que el conjunto de delitos que las personas jurídicas pueden cometer son potencialmente dolosos. Como ya veníamos diciendo, son las personas físicas las que actúan en representación de las jurídicas y, un ente jurídico no tiene la capacidad de poner en marcha un cauce causal que lleve a la comisión de un delito. Los delitos del Código Penal han sido diseñados especialmente para las personas físicas y no han sido objeto de reforma tras la inclusión de la responsabilidad de las

¹⁵ ROIG ALTOZANO, MARINA. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”, Noticias Jurídicas, Febrero 2012 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest/>)

¹⁶ “Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal” Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, núm. 154/2016 Voto Particular, FJ 1º

personas jurídicas. Por tanto, la existencia de un defecto de organización dentro de la empresa constituiría el dolo necesario para apreciar esta clase de delitos.

Así, si la persona física llevase a cabo la acción a consecuencia de un estado de necesidad, miedo insuperable o bajo un trastorno mental transitorio no cabría hablar de responsabilidad de la persona jurídica. Cosa distinta sería si se designase como director a un sujeto que presentase un patente desequilibrio que hiciera previsible la adopción de decisiones peligrosas o lesivas de bienes jurídicos protegidos. En esta situación se pondría de manifiesto una clara culpabilidad de la persona jurídica en relación con su deficiente organización¹⁷.

1.3.2 Necesario beneficio directo o indirecto de la empresa.

El Código Penal establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando se cometa un delito actuando en nombre y por cuenta de las mismas, o en el ejercicio de actividades sociales, y en su beneficio directo o indirecto (Art. 31 bis.1 apartados a y b).

La última reforma del Código Penal, ha sustituido la expresión “*en su provecho*”¹⁸, por “*en su beneficio directo o indirecto*”¹⁹. Este cambio de terminología amplía los supuestos de responsabilidad, ya que se entendía que la expresión “*en provecho*” limitaba la responsabilidad de la persona jurídica a aquellos casos en los que se obtuviera un beneficio económico, excluyendo el resto de supuestos en los que se cometía el hecho delictivo con la intención de proporcionar a la empresa un beneficio o una ventaja de diferente naturaleza (como por ejemplo una ventaja competitiva en el mercado)²⁰.

¹⁷ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2009 p.111

¹⁸ Art. 31. Bis. 1 del Código Penal de 1995 conforme a la de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/10995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹⁹ Reforma efectuada por el número diecinueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, B.O.E. de 31 marzo, vigente desde el 1 de julio de 2015

²⁰ Esta postura fue mantenida por el Consejo de Estado en el Dictamen 1404/2009, de 29 de octubre, al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al afirmar que “*ese "provecho" tiene una diversidad de acepciones, que incluyen tanto la finalidad de determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor. Por ello, la redacción utilizada por el Anteproyecto pudiera ser interpretada de acuerdo con esta segunda acepción de "beneficio económico" conseguido, lo que provocaría que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribiese a que estas últimas percibiesen un rendimiento económico positivo a resultas de los comportamientos de las personas físicas con ellas*

Así, la posición mayoritaria de la doctrina defiende que no es necesario que este beneficio sea estrictamente económico, sino que bastaría con que se manifieste en una facilidad en el funcionamiento de la persona jurídica o en la consecución de su objeto social.²¹

No obstante, existe cierta discusión en torno a si este beneficio debe entenderse desde un punto de vista objetivo o subjetivo. Es decir, si bastaría con que la acción realizada tienda directa o indirectamente a lograr una ventaja para la empresa o si, por el contrario, también se requiere que el sujeto que realizó la acción tuviera la intención de proporcionar tal beneficio a la compañía.

La mayoría de los autores sostienen que este “beneficio directo o indirecto” debe entenderse desde una vertiente objetiva, de manera que el hecho delictivo tienda de alguna manera a obtener una ventaja empresarial de cualquier índole. Al responder la empresa debido a un defecto de organización en su seno, no sería necesario que la persona física realice la acción directamente con ánimo de favorecer a esta, aunque este caso podría entenderse como una causa más de imputación a la compañía.

En este sentido, el Profesor BERND SCHÜNEMANN²² realiza una distinción entre los conceptos “criminalidad de empresa” y “la criminalidad en la empresa”. Refiriéndose con “criminalidad en la empresa” a aquellas conductas delictivas que pueden cometer las personas físicas participantes en una empresa contra bienes jurídicos externos o incluso contra la propia persona jurídica (se enmarcarían aquí, la mayor parte de los delitos comunes).

Por su parte, el concepto “criminalidad de empresa” haría referencia a los delitos cometidos por medio de la propia empresa (sociedades pantalla, delitos contra la Hacienda Pública, fraude contable, etc). Son estos últimos delitos, los que pueden atribuir responsabilidad a la persona jurídica cuando resulten en beneficio de esta. Si por el contrario se persiguiesen también los primeros, se estaría incurriendo, como ya hemos

vinculadas, exigencia que no parece corresponderse con los objetivos que han de alcanzarse al introducir tal responsabilidad.”

²¹ PONCELA GARCÍA, JESÚS ALFONSO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VVAA (dir. Echano Basaldua, Juan Ignacio), *Cuadernos Penales Jose María Lidón* vol. 12, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, p.114

²² SCHÜNEMANN, BERND, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fascículo 2, 1988, p. 529-558; traducción del artículo “Strafrechtsdogmatische and kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität” (*WIsTRA, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, p. 41-50) realizada por BROCKNER, DANIELA y LASCURAIN SANCHEZ, JUAN ANTONIO.

mencionado anteriormente, en una responsabilidad objetiva, la cual sería contraria a los principios del sistema penal español.

Véase, por ejemplo, si un socio y directivo cometiera un delito tráfico de drogas al producir sustancias estupefacientes en su vivienda propia y venderlos, esta actuación estaría al margen de la empresa y sería irrelevante, desde el punto de vista de la responsabilidad de la persona jurídica, que empleara el dinero obtenido para invertir en la empresa. Cosa diferente sería, si el mismo socio hubiera creado la empresa con la finalidad de aprovechar los envíos de mercancías de esta para realizar envíos de dichas sustancias a otros países y evitar aduanas. En este segundo supuesto se estaría empleando la empresa como medio para cometer el delito, de manera que el ente jurídico incurriría en responsabilidad penal.

Un supuesto similar a este último, fue objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero, en la cual el Tribunal condenó a tres empresas, dos de las cuales fueron sancionadas con su disolución definitiva y consecuente pérdida de su personalidad jurídica.

1.4. Contribución de las personas jurídicas al cumplimiento de la Ley.

El principal motor de las reformas legislativas en materia penal es la manifestación de un problema delictivo que pone en evidencia el fracaso de las instancias primeras, bien porque haya sido imposible detectar la acción delictiva, o bien, porque habiéndolo detectado, la sanción o no ha sido posible o no ha resultado efectiva.

Así, el legislador ha encontrado en el Derecho Penal una vía para solventar las situaciones en las cuales, debido a la compleja organización empresarial o a la transnacionalidad de esta, no es posible encontrar a la persona natural enteramente responsable del delito; así como para evitar la creación de las llamadas sociedades “pantalla”²³ y otro tipo de corporaciones creadas con fines criminales.

Más aún, no parece correcto que sólo se responsabilice a la persona física de una acción de la cual la empresa ha sacado provecho, puesto que la persona física es

²³ El Tribunal Supremo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016 núm. 154/2016 excluye este tipo de sociedades del ámbito de aplicación del artículo 31 CP por considerar que su exclusiva finalidad es delictiva y que carecen de “*suficiente desarrollo organizativo*”. Su solución a estas, idéntica a la que propone la Circular de la Fiscalía, es la aplicación de la disolución por vía del artículo 129 CP, como consecuencia accesoria aplicable a un ente que carece de verdadera personalidad jurídica.

fácilmente reemplazable, y la sanción carecería del efecto preventivo que pretende nuestro legislador.

Desde el punto de vista de este carácter disuasorio y preventivo, la responsabilidad penal de la persona jurídica se dibuja como una estrategia de control. Una institución que pretende estimular a los sujetos económicos para que se autorregulen y tomen medidas que prevengan, detecten y sancionen los hechos delictivos que se puedan llevar a cabo en el seno de la empresa, bajo la amenaza de que, si no llevan a cabo este tipo de acciones, se sancionará a la compañía.

Se pretende así, contribuir a la creación de un “pacto” entre el Estado y la empresa, en relación con la prevención de delitos²⁴. No es difícil entender que la empresa se encuentra en una posición más ventajosa que la del poder público para controlar el cumplimiento de sus agentes. Un programa efectivo de compliance debe ser capaz de evitar y detectar delitos, así como incorporar un Código de Conducta que sancione los incumplimientos y poner en conocimiento de la autoridad las infracciones más graves. Asimismo, debe conllevar la adopción de nuevas medidas tras la comisión de un delito que haya puesto en evidencia la idoneidad del compromiso ético empresarial (colaboración con las autoridades, reparación del daño, etc.).

Las personas jurídicas son una ficción del Derecho. No sufren como una persona física y tampoco precisan de una reforma interna de actitud para reinsertarse en la sociedad. Pero la sanción a la persona jurídica, afecta a sus directivos y, probablemente conlleve también cierto coste reputacional, de manera que estos intentarán poner todos los medios para crear una cultura de respeto al Derecho en la empresa y evitar la sanción.

1.5. Eficacia de los *Compliance Programs*.

Ahora bien, la implantación de un modelo de prevención de delitos en la empresa no conlleva la automática exoneración de la empresa, sino que además se habrá de acreditar su eficacia en la prevención y detección de acciones delictivas. Ni siquiera las certificaciones sobre la idoneidad del modelo emitidas por asociaciones evaluadoras que certifiquen que el modelo cumple con los requisitos legales pueden asegurar la eximente de la empresa, si no que constituirán un elemento más de prueba.

²⁴ Vid cit. 21 p.101

Un programa de compliance no es un seguro contratado para eludir una posible acción penal, si no que para ello es necesaria la aplicación real del modelo²⁵. La empresa debe contar con una cultura efectiva de cumplimiento y compromiso con la Ley, de modo que el programa de cumplimiento tenga verdadera incidencia en la toma de decisiones de la empresa²⁶. Para lograrlo es imprescindible que cada modelo se adecúe perfectamente a la empresa en cuestión y se vaya adaptando a medida que esta evolucione.

En esta línea, la Circular de la Fiscalía llama a evitar el conocido como *make up compliance* o programas copiados de otros. Cada compañía debe contar con un modelo de cumplimiento creado atendiendo a las características concretas de la empresa y en atención al principio de proporcionalidad²⁷. De hecho, este *make up* puede suscitar ciertas dudas sobre el grado de compromiso ético de la empresa, que no ha invertido el suficiente esfuerzo en el desarrollo del programa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016 núm. 154/2016 sostiene la necesidad de la creación de una cultura de respeto al derecho dentro de la empresa que actúe como fuente de inspiración de las actuaciones de esta. Con la inserción de los programas de compliance en la sociedad española, la ley pretende fomentar una cultura de ética empresarial y convertir a las empresas en “buenos ciudadanos corporativos”.

2. ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE COMPLIANCE A LA SOCIEDAD ESPAÑOLA.

2.1. Necesidad de adecuación del Compliance a nuestra cultura empresarial:

Los países anglosajones cuentan con una impresionante cultura de cumplimiento dentro de la empresa, en la que los modelos de Compliance no sólo se dirigen a evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino a garantizar la honestidad y

²⁵ La Circular de la Fiscalía afirma que los programas de compliance no deben dirigirse únicamente a eludir el reproche penal, si no que su propósito debe ser “*reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley*”, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de la pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal”. Circular de la Fiscalía p.39

²⁶ Podría incluso presumirse que la empresa no cumple con este compromiso y que el programa carece de eficacia si un alto responsable de la compañía participara o tolerase el delito. Circular de la Fiscalía p.53

²⁷ Norma ISO 19600:2015 sobre Sistemas de Gestión de Compliance. Directrices.

transparencia de la empresa de cara a sus clientes, proveedores e inversores. Proporcionan a la empresa la pretendida imagen de “buen ciudadano corporativo”.

No obstante, a la hora de introducir esta nueva realidad en la esfera jurídica española es necesario, no sólo adaptar estos programas a nuestra legislación, sino también a nuestra cultura.

Tanto en el sistema anglosajón como en el americano, existe una cultura de preconstitución de la prueba, la cual supone que a medida que las empresas realizan informes y auditorías van recopilando pruebas de las buenas prácticas de la empresa. Y, si finalmente la empresa se encuentra ante un litigio, se presume que estas pruebas no han sido manipuladas.

Sin embargo, en nuestro sistema procesal resulta más sencillo invalidar este tipo de pruebas dado que el nivel de impugnación de la prueba del sistema español es superior al del resto de países. Por esta razón, es imprescindible, al igual que ocurre con el resto de preceptos, adaptar los modelos de Compliance a la cultura del país en el que se implantan.

Lo ideal sería crear modelos de Compliance que incorporen un sistema mediante el cual recopilar pruebas a medida que la empresa desarrolla su actividad, e ir blindando estas frente a los posibles métodos de impugnación que podrían utilizarse si se llega a plantear una querrela. Así, habrá que buscar medios para garantizar que estas pruebas no hayan sido manipuladas y no se pueda poner en duda la fecha en la que se realizaron. En este sentido, los canales éticos o de denuncia constituyen un excelente método de preconstitución de la prueba.

A día de hoy, no existe una regulación exhaustiva de los modelos de compliance más allá de los requisitos mínimos establecidos en el Código Penal (Art. 31 bis. 5 CP). Hasta entonces, el marco de referencia que se debe seguir a la hora de instaurar este tipo de programas es la Circular de la Fiscalía. La cual, hace referencia en reiteradas ocasiones a la importancia de la creación de una cultura de cumplimiento dentro de la empresa y la relevancia que tiene la inserción de esta en la sociedad española. De esta manera, insta a los Sres. Fiscales a interpretar los modelos de compliance más allá de su conformidad formal, teniendo en cuenta el compromiso corporativo de la sociedad.

Dice así que *“los modelos de organización y gestión no sólo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de*

sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”²⁸

2.2. Necesidad de regulación del compliance en las leyes mercantiles.

Actualmente, nos encontramos ante cierto panorama de inseguridad jurídica. Por una parte, el CP revela que la existencia de un modelo de cumplimiento podrá servir a las empresas de atenuante o incluso de eximente de responsabilidad. Pero a la vez, el legislador todavía no ha determinado la forma concreta en la que se deben implantar este tipo de programas.

La Circular de la Fiscalía, sin embargo, ha establecido ciertas pautas que deben servir de referencia a los fiscales españoles a la hora de analizar la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁹.

A pesar de que la voluntad de la Fiscalía no ha sido detallar los requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento normativo de las empresas, actualmente es la mejor referencia que pueden seguir las empresas a la hora de implantarlos, puesto que establece los planos que se tendrán en cuenta a la hora de aplicar el atenuante o eximente de responsabilidad y, en consecuencia, los pasos que debe seguir la empresa para lograrlo.

Pese a lo dispuesto en el art. 31 bis. 5 CP, es necesario, para lograr verdadera certeza jurídica, la creación de una regulación específica que establezca los requisitos exactos que debe cumplir cada modelo de Compliance en atención al tipo de sociedad en la que se vaya a implantar.

Por ejemplo, en relación con las PYMES o empresas de reducida dimensión, la ley apenas establece diferencias respecto a los programas de cumplimiento normativo en una gran empresa o en una pyme. Ha tenido que ser la Circular de la Fiscalía la que ha esclarecido algunas de las principales dudas que habían surgido al respecto³⁰. A este tipo de empresas se les exige el mismo nivel de diligencia y vigilancia que al resto; si bien, los programas de cumplimiento deben adaptarse a las características de cada persona jurídica y en estas, podrán tener una estructura más sencilla. Lógicamente no será lo mismo, asegurar el cumplimiento normativo en una empresa de reducida dimensión que

²⁸ “Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión”, Circular de la Fiscalía, p.52

²⁹ *Vid supra* cit. 21

³⁰ “El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones”, Circular de la Fiscalía pp.50

en de una sociedad cotizada de ámbito internacional, ya que carece de sentido que una empresa que emplee sólo a dos personas tenga que disponer de un órgano especializado encargado del cumplimiento normativo.

Adicionalmente a la Circular de la Fiscalía, la Norma UNE-ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance y las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y de 29 de febrero han contribuido a resolver otras muchas dudas suscitadas por la nueva reforma.

Sin embargo, esta disposición del art. 31 CP supone una *mercantilización* del Derecho Penal, en tanto que regula los modelos de cumplimiento normativo de manera demasiado exhaustiva, cuando más bien debiera hacer una simple referencia a la regulación mercantil. Es cierto que existe la necesidad de establecer una correcta regulación de los programas de compliance, pero la mayoría de los autores sostiene que el lugar de esta no es el Código Penal, si no la legislación mercantil³¹.

En esta misma línea, el Consejo de Estado ha señalado que gran parte de lo añadido en la reciente reforma penal debería regularse en las leyes mercantiles de forma paralela o incluso excluirse del propio Código y trasladarse a estas a fin de evitar las llamadas normas penales en blanco³².

Las *leyes penales en blanco* son aquellas normas penales incompletas, que no llegan a delimitar perfectamente la conducta prevista, debiendo acudir para ello a otra norma para completarlas³³.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha admitido las técnicas legislativas de remisión, siempre y cuando no se vulnere el principio de legalidad penal y se recoja el núcleo esencial de la conducta típica en la ley penal³⁴. Conjuntamente, prohíbe de manera expresa las remisiones en cascada.

³¹ DOPICO GÓMEZ ALLER, JACOBO “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013” en VVAA (coord. Antón Boiz, Jose Ramón) *Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma de 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 18-36

³² “A lo anterior ha de añadirse que una parte muy importante de las nuevas disposiciones del Anteproyecto en esta materia deberían acomodarse en la legislación mercantil u otra que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate, legislación cuya reforma debe acometerse, por tanto, a estos efectos. Es más, dicha reforma (en particular, de la normativa mercantil) habría de tramitarse de forma paralela a la revisión del Código Penal, pues en otro caso esta correría el riesgo de incluir, aunque solo fuese de forma transitoria, normas penales en blanco y carentes de todo contenido”, Dictamen del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio, núm. 127/1990, FJ 3.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre, núm. 283/2006, FJ 8

Así, se debería incluir en las distintas leyes especiales de sociedades mercantiles un apartado que establezca los requisitos con los que debe contar el modelo de cumplimiento normativo de cada tipo de empresa a fin de adaptar completamente el compliance a las necesidades de cada sociedad³⁵. A modo de ejemplo, para aquellas sociedades que conforme a la Ley de Sociedades de Capital presenten cuentas abreviadas, se debería establecer la posibilidad de recurrir a la contratación externa de las distintas funciones del oficial de cumplimiento o incluso, de que el propio administrador de la pequeña empresa ejerciera esta función.

Igualmente, parece necesario que la ley concrete los deberes que corresponden a cada uno de los distintos niveles de decisión dentro de la empresa a fin de evitar que la persona jurídica pueda responder por la administración desleal de sus agentes si estos se excedieran del marco de poderes que les ha sido confiado.

3. IMPACTO DEL *CORPORATE COMPLIANCE* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

3.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas jurídicas de naturaleza pública.

El artículo 31 quinquies CP excluye de responsabilidad penal al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho Público y a cualquier otra que ejerza potestades públicas de soberanía o administrativas. Salvo que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

³⁵ En esta línea, determinadas Asociaciones Profesionales de reciente creación, se encuentran actualmente promoviendo nuevas disposiciones que regulen en términos precisos la figura del Compliance Officer y sus cometidos esenciales. Así, la ASCOM (Asociación Española de Compliance) ha remitido recientemente el “*Libro Blanco sobre la Función de Compliance*” a diversos organismos públicos y privados para que hagan las aportaciones que consideren oportunas y obtener con ello texto con consenso social que establezca las directrices básicas que los oficiales de cumplimiento deben seguir.

Al contrario de algunos sistemas anglosajones más liberales, en los cuales se incluyen las entidades estatales entre los entes criminalmente responsables³⁶, nuestra división de poderes desaconseja que el Estado, que es el titular del *ius puniendi*, lo aplique contra sí mismo³⁷. Ahora bien, si se cometieran ilícitos penales en el seno de alguno de los entes mencionados, habría responsabilidad penal, pero esta sería aplicable a la persona física en particular, no a la persona jurídica. Por tanto, es posible cometer delitos tanto en el ámbito privado como en el sector público.

Bien es cierto que desde hace siglos, las Administraciones Públicas han tratado de controlar la existencia de corrupción dentro de sus ámbitos de actuación. Fruto de esto son la regulación especial del Código Penal de los delitos cometidos por funcionarios públicos³⁸, las normas sobre incompatibilidades, recusación y abstención o la creación de la Fiscalía Anticorrupción³⁹. Ya el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, sobre las Reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos, establecía la necesidad de evitar "*los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia*".

Sin embargo, en los últimos años, tras el "boom inmobiliario" los delitos económicos se han perfeccionado y perfilado, pasando de las estratagemas urbanísticas a la corrupción en subvenciones, contratos y licitaciones. Los numerosos casos de corrupción, que se pueden ver a diario en los medios de comunicación españoles, han evidenciado la necesidad de superar la opacidad que ha existido en España en relación con la contratación pública debido al uso fraudulento de los recursos de la Administración⁴⁰.

La importancia de la prevención dentro de la Administración radica en su estrecha vinculación con el concepto de *Responsabilidad Social de las Administraciones Públicas*. Esta va más allá del cumplimiento de la ley y de los reglamentos internos, ya que tiene que ver con el ineludible impacto social que la actuación de los entes públicos conlleva

³⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS; ZARZALEJOS NIETO, JESÚS; BANACLOCHE PALAO, JULIO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, p. 53.

³⁷ Este argumento es defendido por la Circular de la Fiscalía, p. 19, y por DE PABLO SERRANO, ALEJANDRO LUIS, "La responsabilidad penal de los partidos políticos: delitos, penas y Compliance Programmes", en VVAA (Matia Portilla, Francisco Javier), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 331

³⁸ Recogidos en el Título XIX del Código Penal

³⁹ La cual fue creada por la Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y se crea la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.

⁴⁰ GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, "La corrupción en la contratación pública", en VVAA, (coord. Graffe González, Luisiana Valentina), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 13-50

y, por ello, con ejemplarizar la organización de sus medios y su imagen de integridad. El sector público debe dar ejemplo a las empresas privadas e incentivar el cumplimiento del marco normativo.

Por esta razón, la Administración pública, debe actuar con cautela a la hora de elegir a los operadores económicos con los que se relacionará. Así, durante las últimas décadas, la Administración ha sido objeto de múltiples reformas normativas, impulsadas tanto por el legislador español como por el Derecho Europeo, mediante las que se ha tratado de simplificar y hacer más eficaz el procedimiento administrativo de contratación, pero sobretodo de establecer controles que garanticen la idoneidad de las empresas que contraten con la Administración⁴¹. Sin embargo, en lugar de aumentar prohibiciones, parece más adecuado tratar de perfeccionar los ya existentes, a fin de evitar que la complejidad de los controles pueda llegar a colapsar la actuación de los entes públicos.

En esta línea, podemos mencionar lo ocurrido con la ya derogada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual establecía en su artículo 20 la prohibición de contratar no sólo con las personas *condenadas* mediante sentencia firme, sino también con aquellas que hubieran sido *denunciadas*⁴². Esta disposición provocó la paralización de la contratación pública, puesto que aquellas empresas que pretendían contratar con la Administración fueron rápidamente objeto de demandas por parte de sus competidores.

Se trata pues, de controlar la legalidad y honestidad de las empresas que contraten con la Administración Pública promoviendo una supervisión *ex ante* y *ex post* a la adjudicación del contrato. Siguiendo la línea doctrinal de Gómez Jara, “*la Administración Pública sólo debe contratar con los buenos ciudadanos corporativos*”⁴³. Por lo que aquellas empresas que pretendan contratar con la Administración, deben dirigir sus esfuerzos a convertirse “en buenos ciudadanos”.

⁴¹ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, “La prevención de la corrupción en la contratación pública” en VVAA (dir. Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Tirant lo Blanc, Cuenca, 2014, p. 68

⁴² “*En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas [...] procesadas o acusadas en el procedimiento a que se refiere el Título III, del Libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por delitos de falsedad o contra la propiedad o por delitos de cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios, revelación de secretos o uso de información privilegiada o delitos contra la Hacienda Pública.*” Art. 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995). Derogada el 22 de junio de 2000, por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio

⁴³ GÓMEZ- JARA DIEZ, CARLOS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública: a propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario de La Ley*, núm. 8423, Sección tribuna, octubre 2014, p.2

3.2. Las Directivas de la UE en materia de Contratación Pública:

El ideal de la cultura de cumplimiento y de la ética empresarial ha de extenderse también a los entes públicos. La UE dejó ya patente esta necesidad en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. En ella, se ponía de manifiesto el compromiso de los Estados Miembros en “*la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado*” por constituir “*una amenaza al estado de Derecho*” y una distorsión de la competencia que “*impide un desarrollo económico sólido*”⁴⁴.

En esta línea, la UE procedió a la publicación de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión; 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en lo sucesivo, Directiva 2014/24) y; 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Conocidas por la doctrina como *directivas de cuarta generación* en materia de contratación pública.

A pesar de los esfuerzos del Estado Español por transponer estas directivas (téngase en cuenta que los trámites para ello comenzaron antes incluso de que estas fueran aprobadas), no ha sido posible incorporarlas a nuestro ordenamiento debido a la paralización de las Cortes Generales tras las Elecciones Generales del 20 de diciembre de 2015. De manera que, el plazo de transposición de estas directivas concluyó el 18 de abril de 2016, a partir de cuando entraron en vigor⁴⁵.

En la actualidad, la nueva Ley de Contratos del Sector Público que llevará a cabo su incorporación al ordenamiento jurídico español, se encuentra en tramitación en las Cortes Generales. Y, en este sentido, “*impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la*

⁴⁴ Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Considerando 9.

⁴⁵ El llamado *efecto directo vertical* de las directivas europeas implica que una vez transcurrido el plazo de transposición sin que esta se haya llevado a cabo, la directiva entra en vigor, siendo alegables por los particulares frente al estado. De manera que, los particulares que resulten perjudicados por la falta de transposición de las directivas podrán solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado.

corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación”⁴⁶.

Estas tres directivas, entre otras, regulan materias de contratación pública con carácter general, en el ámbito de los contratos de concesión y en otros sectores específicos. Su principal intención es lograr una contratación pública más flexible y menos corrupta. Para lograrlo, incluyen medidas como una mayor publicidad en las licitaciones, la reducción de la cuantía máxima que puede subcontratarse a un tercero o la limitación de las largas duraciones de los contratos para fomentar la competencia.

3.3. Los nuevos criterios de contratación de la Administración Pública en materia de compliance.

Las mencionadas directivas dejan entrever la relevancia que, poco a poco, está tomando el *corporate compliance* en la normativa española. Llegando incluso a hacer referencia a los programas de cumplimiento normativo como medida para excluir prohibiciones de contratar con la Administración Pública

El cumplimiento normativo se está introduciendo cada vez más en la cultura empresarial española, lo que indudablemente afecta a las relaciones entre las empresas y la Administración Pública.

3.3.1 Posibilidad de excluir prohibiciones de la contratación mediante la implantación de un modelo de compliance eficaz.

Probablemente, la novedad más relevante en relación con la incidencia del cumplimiento normativo en la contratación pública sea la relativa a las prohibiciones de contratar. La Directiva 24/2014, recoge la prohibición de adjudicar contratos a empresas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por determinados delitos. Haciendo

⁴⁶ Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; exposición de motivos IV

especial mención a delitos de corrupción, fraude, blanqueo de capitales⁴⁷, de falseamiento de la competencia o falta de ética⁴⁸.

Esta nueva regulación europea no supone una novedad, puesto que el 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 (en adelante, Ley de Contratos del Sector Público), ya recogía en su artículo 60 la prohibición de contratar con empresas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por determinados delitos y, además de incluir los delitos mencionados en las Directivas, enumera un catálogo más amplio.

Sin embargo, el aspecto novedoso que encontramos en las mencionadas directivas es la posibilidad de levantar esta prohibición en el caso de que se constate que la empresa ha adoptado medidas suficientes para resarcir los perjuicios provocados por su infracción y demostrar su fiabilidad e integridad⁴⁹, así como instrumentos de prevención eficaz para evitar que vuelvan a producirse conductas ilícitas⁵⁰. Estas medidas pueden consistir en *“medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y [...] 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”*

Se abre entonces la posibilidad de que un programa de prevención de delitos eficaz, no sólo exima a la empresa de la prohibición en el caso de un hipotético procedimiento penal, sino que, además, si finalmente se le condenase, podría no ser excluida de contratar con la Administración Pública pese a la existencia de un motivo de exclusión, si prueba que su modelo de compliance es lo suficientemente eficaz y demuestra la fiabilidad de la empresa.

Vemos aquí que, la Directiva coincide con lo dispuesto en el art. 31 bis.5 del Código Penal para lograr eximir a la empresa de responsabilidad penal (adopción de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas, verificación periódica del modelo, obligación de informar de los posibles incumplimientos, haber procedido a reparar o disminuir el daño, etc.). De hecho, la primera prohibición que se recoge en el

⁴⁷ Art. 57.1 Directiva 2014/24

⁴⁸ Art. 57.4 Directiva 2014/24

⁴⁹ Art. 57.6 Directiva 2014/24

⁵⁰ Directiva 2014/24, Considerando 102.

artículo 60.1 de la actual Ley de Contratos del Sector Público⁵¹, de la cual es posible exonerarse mediante la demostración de que la empresa ha adoptado las medidas mencionadas, coincide plenamente con los delitos del Código Penal que son objeto de los programas de compliance.

Asimismo, en el caso de los delitos contra la Seguridad Social y la Hacienda Pública por impago de cotizaciones e impuestos, no procederá declarar la prohibición de contratar cuando la persona jurídica haya acreditado la reparación del daño mediante el pago de la cantidad adeudada (incluyendo intereses y sanciones).

Surge, por tanto, el derecho a no resultar excluido del proceso de contratación, dado que el licitador tiene la posibilidad de defenderse frente a la prohibición automática de contratar con la Administración Pública, mediante la prueba de que adoptó de las medidas necesarias.

Hasta ahora, un comportamiento no ejemplar en el pasado determinaba la exclusión automática del procedimiento de licitación. Sin embargo, en la actualidad, se pretende dar a las empresas la capacidad de enmendarse. La Administración “premia”, con la posibilidad de volver a participar en el procedimiento de licitación, a aquellas empresas que hayan llevado a cabo una autorregulación con el fin de prevenir que se cometan nuevos delitos o infracciones administrativas.

En definitiva, las empresas que cuenten con un efectivo programa de compliance, ya tienen la posibilidad de alegar esta eximente frente a las entidades contratantes a fin de evitar incurrir en una prohibición de contratar. A consecuencia, será necesario adaptar los modelos de compliance al ámbito de la contratación pública y a los requisitos que la nueva Ley de Contratos del Sector Público establezca, a fin de poder aplicar esta exención si resulta necesario.

Esta posibilidad de exoneración incluso una vez después de haber sido condenado, ha supuesto un nuevo aliciente para las empresas que todavía vacilaban sobre la incorporación de un programa de prevención de delitos.

Y no sólo eso, al incluir la necesidad de que la empresa se haya comprometido a resarcir los daños causados por su infracción y colaborar con la autoridad en la

⁵¹ “Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente [...]”

investigación, se estimula que las empresas que tengan contratos públicos o pretendan contratar con la Administración paguen las indemnizaciones rápidamente y colaboren en la agilización de la justicia.

De nuevo, el Estado pretende convertir a las empresas en buenos ciudadanos, dándoles incluso la oportunidad de rehabilitarse si en una ocasión anterior no actuaron de acuerdo a la normativa.

Por el momento todavía no se han establecido los criterios que han de tenerse en cuenta para examinar la idoneidad de las medidas adoptadas, pero el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público ya ha incorporado esta disposición en el párrafo segundo de su artículo 72.5, el cual establece que no procederá *“declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia penal o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, [...] y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas”*.

Asimismo, añade que la prohibición de contratar *“podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite”* que adoptó las medidas establecidas en el párrafo anterior, y el *“órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.”*

En este ámbito, el legislador todavía debe regular, en las normas de desarrollo pertinentes, los mecanismos necesarios para determinar la eficacia de las medidas establecidas y los requisitos que se deben exigir respecto a cada tipo de entidad.

3.3.2 Extensión del ámbito subjetivo de las prohibiciones de contratar.

El Dictamen del Consejo de Estado, de 10 de enero de 2016, núm. 116/2015, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, indicaba que *“no son infrecuentes los casos en que una empresa incumplidora se extingue y reaparece después bajo otra denominación, identidad o forma jurídica, entablado nuevas relaciones con la Administración que terminan por lo común de manera insatisfactoria para los intereses públicos.”* En este sentido, establecía la necesidad de *“articular algún mecanismo que,*

mediante la técnica del levantamiento del velo, impida a una empresa incumplidora de manera contumaz continuar su contratación con las Administraciones públicas tras una operación de reviviscencia”.

En respuesta a esta necesidad, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en su art. 71.3, extiende el ámbito subjetivo de las prohibiciones de contratación a aquellas empresas que pueda presumirse que son continuación o que derivan de otras empresas en las que concurriera una prohibición de contratación⁵².

Llama la atención que, la nueva Ley de Contratos del Sector Público haya incorporado esta disposición, al mismo tiempo que el Código Penal ha establecido en el art. 130.2 CP⁵³ que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue tras su “transformación, fusión, absorción o escisión”, sino que se traslada a la nueva entidad.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de que, por las personas que rigen la sociedad, pueda presumirse una “disolución encubierta” de la sociedad, cuando esta continúe con su actividad económica y mantenga todos o parte de sus clientes, proveedores y empleados.

De esta forma, se trata de evitar actuaciones en las que, se lleven a cabo determinadas operaciones societarias, con la finalidad de crear una supuesta nueva persona jurídica para eludir una prohibición de contratar. Así, al mismo tiempo que la Ley establece la posibilidad de “perdonar” a las empresas que hayan adoptado las medidas necesarias, se refuerza la protección contra aquellas que, en lugar de rehabilitarse, recurren a la vía fácil y fraudulenta para poder contratar con la Administración.

⁵² “Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas” Art. 71.3 Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

⁵³ “La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.”

3.3.3 Supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía

Como ya hemos mencionado, en los últimos años se ha puesto de manifiesto la necesidad de mejorar la publicidad y la transparencia en la adjudicación de contratos públicos.

La actual Ley de Contratos del Sector Público regula el llamado procedimiento negociado sin publicidad, el cual supone la posibilidad de adjudicar contratos sin la previa publicación de un anuncio de licitación y, sólo puede utilizarse en aquellos casos tasados por la ley, en los que, por su carácter excepcional, resulta necesaria una mayor celeridad o discreción. Entre estos supuestos, la Ley incluye la posibilidad de utilizar este procedimiento cuando la cuantía del contrato no supere un determinado umbral.

Sin embargo, la Directiva 24/2014 hace referencia a los efectos perjudiciales que el procedimiento negociado sin publicidad tiene sobre la competencia y aconseja la limitación de sus supuestos de aplicación, restringiéndolo sólo a aquellos casos en los que se den circunstancias excepcionales y claramente justificadas⁵⁴.

En transposición de esta norma, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía⁵⁵.

Esta medida tiene su justificación en ciertos abusos que se han producido en relación a este tipo de procedimiento⁵⁶. Ya que, en ocasiones, ha llegado a utilizarse simplemente por comodidad, debido a la agilidad y rapidez que proporciona en la negociación. Pero, además, el empleo de este trámite ha favorecido algunos casos de corrupción, en los que se ha empleado con la intención de adjudicar contratos a una empresa determinada⁵⁷ o se han tratado de fraccionar contratos en otros de menor importe con la intención de tramitarlos mediante este procedimiento sin publicidad.

⁵⁴ Directiva 24/2014; Considerando 50. Más adelante, en el art. 32 se enumeran los casos en los que los Estados Miembros podrán decidir el empleo de este procedimiento.

⁵⁵ Exposición de motivos 5 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: "*Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía [...]*"

⁵⁶ En esta línea, cabe mencionar la Sentencia 440/2001 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 7 de junio de 2001, en la cual el Tribunal negó la existencia de una imperiosa necesidad como justificación para el empleo del procedimiento negociado sin publicidad en la adjudicación de un contrato de obra.

⁵⁷ *Vid. Cit.* 40, p.31

Así, la Ley continúa diciendo que *“Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores”*⁵⁸.

Para solventar esta situación, la nueva Ley de Contratos del Sector Público pretende crear un nuevo procedimiento abierto simplificado⁵⁹, cuya publicación resultará obligatoria, y su tramitación resultará breve y sencilla⁶⁰.

Ahora bien, que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía haya dado lugar, en ocasiones, a ciertas irregularidades, no significa que donde hubiera un procedimiento negociado sin publicidad existiera necesariamente un contrato irregular. De hecho, la futura legislación mantendrá los procedimientos negociados sin publicidad que se justifiquen por razones que no sean económicas. Admitiéndose, por tanto, su uso en casos de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles, en contratos relativos a asuntos secretos o reservados, o si el contrato debiera ser adjudicado a un empresario en concreto, lo que ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de que este tuviera por objeto la creación de una obra de arte.

Con esta medida, se prevé evitar los supuestos de fraccionamientos ilegales de contratos públicos con el fin de eludir los trámites de publicación⁶¹, favoreciendo así la aplicación de los principios de libre concurrencia, publicidad, igualdad de trato y transparencia que deben encontrarse presentes en todos los procedimientos de contratación.

3.3.4 Los programas de compliance en las empresas contratistas.

Las Directivas de la UE también recogen otras medidas diferentes que facilitarán la prevención y detección de irregularidades en la contratación pública, como la creación

⁵⁸ Esta postura fue compartida por el Consejo de Estado en el Dictamen del Consejo de Estado 116/2015, de 10 de marzo, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁹ Art. 157 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

⁶⁰ Exposición de motivos 5 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: “[...]Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado *Procedimiento Abierto Simplificado*, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato”.

⁶¹ Vid. Cit. 40, p. 31

del “Documento Europeo Único de Contratación”⁶² o la obligación de tramitar electrónicamente los procedimientos de licitación.

Ahora bien, como veníamos diciendo, la Administración Pública lleva siglos estableciendo medidas para evitar casos de ilegalidad, sin embargo, la mayoría de empresas contratistas todavía desconocen los delitos en los que pueden incurrir si se producen irregularidades en el procedimiento de contratación.

La Circular de la Fiscalía sostiene que los modelos de compliance “*deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos*”⁶³, para lograrlo, es imprescindible que a la hora de establecer el programa de cumplimiento se tengan en cuenta todos los aspectos de la empresa y, en especial, el sector en el que esta opera.

Por tanto, resulta imprescindible que, aquellas empresas que pretendan contratar con la Administración Pública se sensibilicen, no sólo con los delitos que puedan cometer, sino también con otras irregularidades que puedan surgir en relación con el proceso de contratación. Para ello, los miembros de la empresa candidata a contratar con la Administración deben tener conocimiento previo de todos aquellos comportamientos prohibidos, así como de aquellas irregularidades en las que podrían incurrir los empleados públicos con los que se relacionen (incompatibilidades, delitos de prevaricación, cohecho, malversación de fondos públicos, etc). A estos efectos, muchos autores señalan las ventajas de poner a disposición de los empleados unos canales de consulta o *help desk*, mediante los que puedan resolver sus dudas si se les presentara un caso complicado⁶⁴.

Ya la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁶⁵ establecía en su artículo 12 la necesidad de que las empresas del sector privado establecieran medidas para promover “*el uso de buenas prácticas [...] en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado*” y prevenir conflictos de intereses con funcionarios públicos, imponiendo las restricciones apropiadas cuando, por ejemplo, la empresa haya contratado a un exfuncionario público y esa contratación se pueda relacionar con las funciones que esté desempeñó o supervisó en el ejercicio de su cargo.

⁶² El cual re regula en el art. 59 de la Directiva 24/2014

⁶³ “Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión”, Circular de la Fiscalía, p.43

⁶⁴ NIETO MARTÍN, ADÁN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en VVAA (dir. Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán), *El derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210

⁶⁵ Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006.

Esta idea está estrechamente relacionada con la postura doctrinal sobre la creación de un “pacto” entre empresas y Estado para prevenir la corrupción⁶⁶. Se intenta que las empresas establezcan controles que aseguren su lucha contra las malas prácticas, así como sus esfuerzos en la detección de estas y la colaboración con la autoridad en la investigación.

Así, por ejemplo, estableciendo unos procesos de selección de personal transparentes, se evitará que se contrate un familiar de funcionario para conseguir una situación ventajosa; o, mediante una clara formación en materia de contratos públicos podría evitarse, que un empleado hiciera una proposición indebida a un funcionario encargado de la adjudicación o igualmente, que fuera este el que aceptara tal proposición de parte del funcionario, a riesgo de incurrir en responsabilidad penal⁶⁷.

En este sentido, la medida más efectiva es la formación de los miembros de la empresa, a fin de que tengan toda la información necesaria para tomar la decisión correcta. Compartiendo esta postura, PUYOL sostiene que *“los directivos vienen obligados de manera particularizada a conocer particularmente las leyes y reglamentaciones que afecten a sus respectivas áreas de actividad. Asimismo, deben asegurarse que los profesionales que dependen de ellos reciban la información y formación que les permita entender y cumplir las obligaciones legales aplicables a su función”*⁶⁸.

Siguiendo esta línea doctrinal, los modelos de compliance de las empresas contratistas deben introducir medidas que prevengan actuaciones ilícitas, pero también, programas de formación para que todos los miembros de la organización puedan conocer de manera efectiva los riesgos que existen en torno a la contratación pública.

En este sentido, contar con un programa de cumplimiento no sólo colocará a la empresa en una mejor situación reputacional, sino que también es muy posible que contribuya a mejorar sus posibilidades de resultar adjudicataria del contrato puesto que, la Administración Pública será más propicia a contratar con aquellas empresas que incorporen en sus programas de compliance, medidas relacionadas con el Derecho Penal en el ámbito de la contratación pública.

De esta forma, la implantación de un correcto modelo de compliance en la empresa puede llegar a colocar a esta en una situación ventajosa frente a otras compañías. Si las

⁶⁶ Vid supra p.13 de este trabajo.

⁶⁷ En concreto, se estaría incurriendo en un delito de cohecho, regulado en el art. 419 y ss. CP.

⁶⁸ PUYOL, JAVIER, *Criterios Prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.25

empresas contratistas comienzan a incluir este tipo de medidas, es muy posible que aquellas que no lo hagan, puedan llegar a quedar desplazadas, puesto que se considere que no han invertido los esfuerzos necesarios para insertar una verdadera cultura de cumplimiento en la empresa.

4. CONCLUSIÓN.

La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas muestra la importancia que representan las sociedades y, en especial las empresas de pequeña dimensión, en nuestra sociedad actual. Las empresas son la base de la sociedad tal y como la conocemos y, por ello es necesario adaptar la legislación a los cambios socioculturales, a en los que estas se vean envueltas.

El Compliance pretende estimular la autorregulación de las personas jurídicas a fin de evitar que traten de alcanzar los objetivos sociales por medio de actos delictivos. Para ello, confiere a la empresa determinados deberes de vigilancia y supervisión, cuya infracción podría suponer consecuencias penales basadas en un defecto de organización.

La implantación de un modelo de compliance en la empresa, supone la herramienta para acreditar el cumplimiento de estos deberes de control y supervisión, así como la existencia de una cultura de cumplimiento en la empresa. Además, contribuye a mejorar el funcionamiento de la empresa, tanto a nivel interno como externo. Por tanto, la implementación de programas de cumplimiento normativo encierra un alto contenido reputacional y de Responsabilidad Social Corporativa, en tanto que demuestran que la empresa cuenta con una cultura de cumplimiento y ética empresarial y actúa conforme a estos principios en el mercado.

Por esta razón, cada vez son más las empresas que incluyen en sus contratos la exigencia de acreditar la existencia de protocolos y controles de prevención como requisito previo a entablar relaciones de negocio o, en los supuestos de fusiones y adquisiciones, cláusulas de exoneración de responsabilidad penal por las actuaciones cometidas con anterioridad.

Está demostrado que una mayor reputación supone unas superiores posibilidades de negocio, por lo que no es descartable que, dentro de poco, y principalmente por motivos reputacionales, las grandes compañías comiencen a exigir a las empresas con las que contraten que cuenten un modelo de prevención de delitos que muestre su imagen de confianza, transparencia y compromiso.

No obstante, el Compliance no sólo compete al sector privado. La incorporación de un programa de cumplimiento normativo dentro de la empresa supone una clara ventaja en la contratación, tanto pública como privada.

En los últimos tiempos, el estándar al que se somete a las empresas que pretenden contratar con la Administración es más estricto que el estándar habitual de contratación.

Las exigencias europeas en materia de contratación pública incorporan, cada vez más, referencias a los modelos de compliance como medio para acreditar que la empresa reúne los requisitos necesarios para participar en el procedimiento de licitación.

Pero igualmente, se pueden apreciar referencias a la relación del compliance con la contratación pública dentro de la propia normativa española. Así, el art. 33 CP establece que una de las posibles penas para las personas jurídicas, de las cuales un programa de compliance efectivo podría exonerar, es la inhabilitación para contratar con el sector público por un plazo de hasta quince años⁶⁹. Por tanto, no es difícil deducir que todas aquellas empresas que pretendan contratar con la Administración Pública implementarán, si no lo han hecho ya, un programa de cumplimiento normativo, a fin de prevenir posibles condenas. En especial aquellas que, por su naturaleza, dependan en exclusiva de los contratos públicos para conseguir beneficios.

Todo apunta a que, en un futuro, la tenencia de un programa efectivo de cumplimiento normativo dentro de la empresa sea un requisito indispensable para contratar con la Administración Pública. De hecho, esta medida ya ha sido implantada en varios países, entre los que cabe destacar Estados Unidos, que desde 2008, obliga a las empresas que quieran contratar con la Administración Pública federal a contar con un programa de cumplimiento normativo que garantice el compromiso de la empresa con la implantación de medidas anticorrupción.

Esta exigencia, lejos de suponer sólo una carga administrativa más, podría resultar en una forma efectiva de afrontar el actual problema de la corrupción vinculado a la contratación pública.

Habrà que analizar entonces, los costes de implantación de estos modelos que deberán asumir las empresas para participar en un procedimiento de licitación.

El efecto contagio de la sociedad en la que vivimos, hará que a medida que estas exigencias se vayan implementando, las empresas que carezcan de medidas para probar su ética y transparencia vayan quedando poco a poco desplazadas del tráfico mercantil.

En esta línea, será necesario establecer una correcta regulación que concrete todos los aspectos de los programas de cumplimiento. Especialmente en lo que respecta a las empresas de reducida dimensión, las cuales constituyen la base del tejido económico

⁶⁹ Art. 33. 7 f) CP: *“Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.”*

español, y resultan especialmente vulnerables frente a las grandes corporaciones en relación con la implementación de protocolos de cumplimiento normativo.

Cada vez nos encontramos más cerca considerar como una necesidad la implantación de un modelo de cumplimiento normativo en la empresa y, más aún, de que esto se convierta en una obligación para todas las compañías, tanto españolas como extranjeras, que pretendan actuar en el tráfico mercantil.

5. BIBLIOGRAFÍA.

5.1. Legislación:

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 31 de marzo de 2015)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010)

Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995). Derogada el 22 de junio de 2000, por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio

Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (última consulta: 2 de abril de 2017)

Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE núm. 192, de 31 de julio de 2003)

Decreto legislativo de Italia, núm. 231; Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, de 8 de junio de 2001

Dictamen del Consejo de Estado 116/2015, de 10 de marzo, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, de 27 de junio, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29 de octubre, al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión (DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014)

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014)

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014)

Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006

5.2. Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, núm. 221/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, núm. 154/2016

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre, núm. 283/2006

Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio, núm. 127/1990

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 7 de junio de 2001, núm. 440/2001.

5.3. Obras doctrinales:

CARPIO BRIZ, DAVID, “Concepto y contexto del Derecho Penal Económico”, en VVAA (coord. Díaz Morgado, Celia), *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa Parte General y Parte Especial Tomo 2*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 17-27

DE PABLO SERRANO, ALEJANDRO LUIS, “La responsabilidad penal de los partidos políticos: delitos, penas y Compliance Programmes”, en VVAA (Matia Portilla, Francisco Javier), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 331-374.

DOPICO GÓMEZ ALLER, JACOBO, “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013”, en VVAA (coord. Antón Boiz, José Ramón), *Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma de 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 18-36

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, “La prevención de la corrupción en la contratación pública” en VVAA (dir. Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Tirant lo Blanc, Cuenca, 2014, p. 68

GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “La corrupción en la contratación pública”, en VVAA, (coord. Graffe González, Luisiana Valentina), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 13-50

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, *La Responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, Madrid, 2009.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, ZARZALEJOS NIETO, JESUS y BANACLOCHE PALAO, JULIO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid. 2011.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MARTÍN VALERO, VICENTE, *El lado oscuro del capitalismo: el caso Enron*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2012.

NIETO MARTÍN, ADÁN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en VVAA (dir. Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán), *El derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210

PONCELA GARCÍA, JESÚS ALFONSO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VVAA (dir. Echano Basaldua, Juan Ignacio), *Cuadernos Penales Jose María Lidón* vol. 12, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, pp. 99-140.

PUYOL, JAVIER, *Criterios Prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

5.4. Artículos de Revista:

AGUDO GONZÁLEZ, JORGE, “El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, pp. 147-181, 2013

BETET JIMÉNEZ MARÍA PILAR, “La división del objeto del contrato en lotes”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla la Mancha*, núm. 6, junio 2016

DIEGO BAUTISTA, OSCAR, “La ética y la corrupción en la política y en la Administración Pública”, *E-Prints de la Universidad Complutense de Madrid*, abril 2005

GÓMEZ- JARA DIEZ, CARLOS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública: a propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario de La Ley*, núm. 8423, Sección Tribuna, noviembre 2014.

LÓPEZ DONAIRE, MARÍA BELÉN, “Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla la Mancha*, núm. 6, junio 2016

SCHÜNEMANN, BERND, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fascículo 2, 1988, pp. 529-558; traducción del artículo “Strafrechtsdogmatische and kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität” (*WIsTRA, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50) realizada por BROCKNER, DANIELA y LASCURAIN SANCHEZ, JUAN ANTONIO.

5.5. Recursos de Internet:

FAES, IGNACIO, “Eloy Velasco: Un buen plan de Compliance Libra de la Multa”, *El Economista*, 13 abril 2016 (disponible en <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/7487745/04/16/Velasco-Un-buen-plan-de-compliance-libra-de-la-multa.html>; última consulta 26/12/2016)

“*Foreign Corrupt Practices Act*”, de 19 de noviembre de 1977”; Web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>; última consulta el 22/01/2017)

LEDO, SARA; “Compliance y contratación pública, diálogos en la CNMC”, CNMC Blog, 10 de enero de 2017 (disponible en <https://blog.cnmc.es/2017/01/10/compliance-y-contratacion-publica-dialogos-en-la-cnmc/>; última consulta el 25 de marzo de 2017)

Página Web Oficial de Organization of the Tradeway Commission (COSO) (disponible en <https://www.coso.org/Pages/default.aspx>; última consulta el 18/11/2016)

ROIG ALTOZANO, MARINA. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”, Noticias Jurídicas, Febrero 2012 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest/>)

“*Sarbanes-Oxley Act of 2002*”, Pub. Núm. 107-204, 116 Stat. 745 (30 julio de 2002; (disponible en <http://www.soxlaw.com/>; última consulta el 18/11/2016)