



Sistemas de  
Compliance empresarial y  
medidas anticorrupción en  
la nueva Ley 9/2017 de 8  
noviembre de Contratos del  
Sector Público

Noviembre  
2017

ECIJA

## Report -Sistemas de Compliance empresarial y medidas anticorrupción en la nueva Ley 9/2017 de 8 noviembre de Contratos del Sector Público.

### Antecedentes:

Con fecha 9 de Noviembre de 2017 se ha publicado, en el Boletín Oficial del Estado, (<http://www.boe.es/boe/dias/2017/11/09/pdfs/BOE-A-2017-12902.pdf>) la nueva Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen a nuestra normativa la Directiva Europea 2014/24/UE sobre Contratación Pública y la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La nueva Ley, que entrará en vigor el próximo 9 de Marzo de 2018, incluye, entre otras importantes novedades, cuestiones de relevancia que afectan al escenario de utilidad así como a la eficacia práctica de los llamados Sistemas de Compliance Empresarial o Programas de Prevención de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, así como también sobre materias conexas como la implementación práctica de medidas anticorrupción - tanto a nivel empresarial como a nivel interno de la propia Administración Pública-, incluyendo de forma adicional diferentes elementos de transparencia, control y revisión acordes con la configuración de lo que podría denominarse como un esquema inicial de "Public Compliance".



Área de  
Risk &  
Compliance  
ECIJA

[www.ecija.com](http://www.ecija.com)



## Sistemas de Compliance empresarial o programas de prevención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La disposición e implementación eficaz de los Programas de Cumplimiento Empresarial o de Prevención de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, en términos de acceso eventual a la posibilidad prevista en la norma penal de exoneración o en su caso atenuación de la pena aplicable a las personas jurídicas (tras las reformas 5/2010 y 1/2015 del Código Penal), tiene ahora un nuevo escenario de utilidad práctica, tanto en términos preventivos como de reacción y reparación del daño ante ilícitos, en el ámbito de la licitación pública; lo que, sin duda, viene a reafirmar y contrastar la apuesta comunitaria por la promoción e incentivo de las medidas empresariales internas para la supervisión y control de su cumplimiento normativo y actuación diligente, con especial énfasis, en este caso, para las empresas que acuden a estos procesos.

En coherencia con lo dispuesto por el Art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, en relación a la exclusión de los operadores económicos ante determinados ilícitos y acerca de la utilidad práctica de las medidas técnicas, organizativas y de personal, apropiadas para evitar nuevas infracciones como uno de los requisitos para la elusión de la exclusión de contratar, la Ley 9/2017 (art. 71) recoge diferentes supuestos (ilícitos penales, infracciones profesionales graves, situación concursal, incumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, determinadas falsedades, prohibición de contratar por sanción administrativa firme conforme a las Ley de Subvenciones o la Ley General Tributaria, otras situaciones de incompatibilidad personal o por situaciones de incumplimiento en la contratación de altos cargos, circunstancias relativas a incumplimientos con respecto a la candidatura, procedimiento, ejecución y resolución de los contratos con la Administración), cuyo acaecimiento implicaría la aplicación preceptiva de la prohibición de contratar y su correlativa declaración.

Es aquí donde cobran relevancia adicional los Programas de Cumplimiento Normativo, pues en el ámbito referido a la competencia y procedimiento para la aplicación de la apreciación de la prohibición de contratar, el párrafo 2º del art. 72.5 de la Ley ha previsto un mecanismo de acreditación para su improcedencia; es decir, para la improcedencia de la citada declaración sobre la prohibición de contratar. Dicha improcedencia está vinculada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La acreditación del pago o del compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de la prohibición de contratar.
- La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas., entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la Competencia.

A nivel penal, la prohibición de contratar alcanza tanto a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables como a aquellas personas jurídicas dónde lo sean sus administradores o sus representantes, de hecho o de derecho (vigente su cargo o representación y hasta su cese), ante condenas por sentencia firme relativas a: 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, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.



Ahora bien, es necesario destacar que el propio precepto legal (2º Párrafo del Art. 72.5 Ley 9/2017) ha previsto taxativamente la no aplicación del mecanismo antes referido para acreditar la improcedencia de la declaración de la prohibición de contratar, cuando dicha prohibición haya derivado de un supuesto referido a la condena por sentencia firme en el ámbito penal. Sin embargo y en relación al resto de supuestos, incumplimientos e infracciones administrativas que dan lugar a la declaración de prohibición de contratar, se permite, incluso, que una vez declarada la misma, y a lo largo de la vigencia de ésta, sea sometida a revisión constante para acreditar el cumplimiento de los requisitos que darían lugar al uso del citado mecanismo de improcedencia.

Por tanto, ante una declaración de la prohibición para contratar derivada de una condena penal por sentencia firme no se podrá acudir a la acreditación de los requisitos de improcedencia para eludir la misma; aunque ello, no ha de resultar negativo (sino todo lo contrario), para la promoción e incentivo de la adopción e implementación de un Programa de Compliance en el seno de las entidades que acudan a procesos de licitación (justamente porque la promoción de las medidas organizativas, técnicas y de personal que dichos Programas contienen son requisito sine qua non para la improcedencia de la declaración ante otros incumplimientos e infracciones, así como porque la implementación práctica de un Programa de Compliance, conforme a los requisitos penales referidos por el artículo 31 bis del Código Penal, refuerza su relevancia preventiva como requisito para el acceso a una potencial exención de la responsabilidad penal y el consiguiente beneficio de eludir una condena por sentencia firme que llevase aparejada, para la empresa, la imposibilidad de contratar conforme a la nueva norma legal en materia de licitación).

Inicialmente, la posibilidad de acreditación de requisitos para la correlativa improcedencia de la declaración de contratar ante supuestos derivados de condenas penales por sentencia firme no estaba excluida en la aplicación del segundo párrafo del art. 72.5 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de fecha 2 de diciembre de 2016, dónde se especificaba literalmente como requisito “la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para la evitación de la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas”, sin incluirse consecuentemente excepción alguna (ahora sí recogida en el mismo precepto de la redacción definitiva de la Ley 9/2017) para los supuestos derivados de condenas penales por sentencia firme.

Sin embargo, dicha excepción fue posteriormente incluida en la versión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de fecha 10 de agosto de 2017 (y definitivamente en la Ley 9/2017), dónde, en coherencia, se eliminó la referencia de las medidas técnicas, organizativas y de personal para la “evitación de la comisión de futuros delitos”, manteniéndose únicamente esta referencia, a modo de requisito, para la evitación de las “infracciones”.

Esta redacción final (que pudiera entenderse como un tanto restrictiva) ha de ser entendida en coherencia con los márgenes de libertad de la propia Directiva 2014/24/UE (Principio 102) así como con una lectura integradora y coordinada del marco constitucional, del ordenamiento legal y, naturalmente, del encaje del propio Código Penal (no en vano, la propia Ley 9/2017 prevé que ante una condena penal por sentencia firme, la prohibición de contratar se extienda temporalmente en el plazo previsto por sentencia penal o, a falta de previsión, por un plazo no superior a cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme). Resulta, por ello, necesario subrayar las implicaciones positivas de la Ley 9/2017 sobre el ámbito de relevancia de los Programas de Cumplimiento o Compliance:

- La inclusión en el ámbito de la Contratación Pública de una norma que hace referencia positiva a la adopción de medidas de cumplimiento (“autocorrectivas”, tal y como se señala en el Punto IV del Preámbulo), supone una reafirmación del necesario camino ya emprendido sobre la autorregulación empresarial como mecanismo de acreditación de diligencia del cumplimiento normativo, y su continuación a nivel nacional y a nivel comunitario.
- La Política de Compliance, referida principalmente en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con motivo de las reformas del Código Penal de 2010 y 2015, ha de integrar, para una eficacia real y conforme a la voluntad empresarial de cumplir, las pautas de cumplimiento del resto de ramas del ordenamiento; incluyendo en este caso las pautas específicas en relación a la contratación pública, lo que sin duda constituye una visión más relacionada, comprometida e integral de los esfuerzos de cumplimiento empresarial y de sus políticas internas.





- No obstante, la adopción de programas, controles o medidas para la evitación de delitos, tras la aparición de la Ley 9/2017, ha de incrementar la relevancia del enfoque preventivo en cuanto la adopción e implementación eficaz de los modelos referidos por la norma penal y del resto de requisitos penales, pudieran evitar (por la aplicación del supuesto de exención de la responsabilidad penal referido en el art. 31 bis del Código Penal) la condena por sentencia firme que, conforme a lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 9/2017, daría lugar a la declaración de la prohibición de no contratar.

- El enfoque preventivo reforzado y antes mencionado, afectará, de este modo, especialmente a las empresas que acudan a los procesos de licitación y contratación con la Administración Pública, configurando una necesidad que, en base a la experiencia práctica del desarrollo en otros ámbitos y regulaciones, podría ayudar a mejorar la diligencia, los recursos y el compromiso de cumplimiento de las entidades empresariales que concurran a estos procesos así como de los propios resultados de ejecución de los contratos, por el pragmático efecto “contagio” de los niveles de diligencia preventiva empresarial y la creciente relevancia de los mismos.

- A nivel de buen gobierno, la declaración de la prohibición de las entidades empresariales cuyos administradores o representantes hayan sido condenados por sentencia firme en relación a los delitos tasados ya referidos, ayudará – en algunos casos, por necesidad acuciante de poder acudir a los procesos de contratación -, a una revisión más ágil de los procesos de adecuación, en términos de idoneidad, del perfil de los administradores o representantes de estas entidades; y por ende, a una creciente relevancia de esta materia, más allá de los sectores dónde, por previsión normativa, se regulaba y supervisaba con mayor rigor.

- Se refuerza el concepto y la necesidad de supervisión y control constante (en relación a la posibilidad de revisión de las declaraciones de no contratar – salvo en el caso de condena penal por sentencia firme-) mediante la acreditación posterior de los requisitos de cumplimiento, incluyendo tanto los de carácter reparador como los preventivos, lo cual se sitúa en consonancia con las necesidades de evaluación periódica y control constante de los Programas de Cumplimiento para su consiguiente actualización y mejora.

## Medidas Anticorrupción

En materia anticorrupción y dentro también de lo que podríamos denominar como “elementos de Public Compliance”, dentro de la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos presente en el Libro I de la Ley 9/2017, destaca la obligación impuesta a los Órganos de Administración para la toma de medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y los supuestos de corrupción, así como para la detección y solución efectiva de eventuales conflictos de interés en los procesos de licitación, complementariamente a la inclusión de medidas de transparencia en los contratos (también sobre las modificaciones en las ejecuciones de los mismos), que por sí mismas constituyen elementos que favorecen la ausencia de corrupción.

El artículo 64 de la Ley recoge específicamente esta obligación del Órgano de Contratación para la adopción de estas medidas con la finalidad de evitar supuestos de corrupción, fraude, conflictos de intereses, así como las distorsiones de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento de licitación y la igualdad de trato. El mismo precepto señala, también, el alcance del conflicto de interés a estos efectos, definiendo como tal la relación ya sea directa o indirecta con un interés financiero, económico, o personal que pudiera parecer (la utilización del término “parecer” hace cuenta, sin duda, de la escalada en la exigencia del juicio de diligencia a desarrollar) comprometer su imparcialidad e independencia en el procedimiento de litigación.

En paralelismo o en sintonía con la necesidad de transparencia e información, la Ley recoge el deber de comunicación de los conflictos de interés que pudieran acaecer por parte de las personas o entidades que pudieran conocerlos.

Como medida de refuerzo y garantía, el Art. 167.e de la Ley 9/2017 y en relación al uso de los procesos de licitación con negociación, se prevén como irregulares, en particular y entre otras causas, todas aquellas ofertas dónde se muestren indicios de colusión o corrupción; siendo estos indicios también de aplicación en relación al uso de los sistemas dinámicos de adquisición (art. 226.4 de la Ley 9/2017).

Otro de los elementos más innovadores y claves para el control, regulación y supervisión de la contratación pública, radica en la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública del Estado (en coordinación con la necesidad de remisión de un informe nacional que ha de ser remitido cada tres años a la Unión Europea), que, entre otros extremos y contenidos, ha de referir la correcta información sobre los mecanismos de prevención, detección y notificación adecuada relativos a casos de fraude, corrupción, conflictos de intereses e irregularidades, así como los relativos a problemas de colusión e incumplimientos en materia de contratación pública.

Tal es la creciente relevancia y preocupación política y legislativa por esta materia, que esta tendencia comunitaria se ha reflejado también en la configuración de los objetivos prioritarios del diseño de la “Estrategia Nacional de Contratación Pública” que recoge, entre otros principales, el de combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

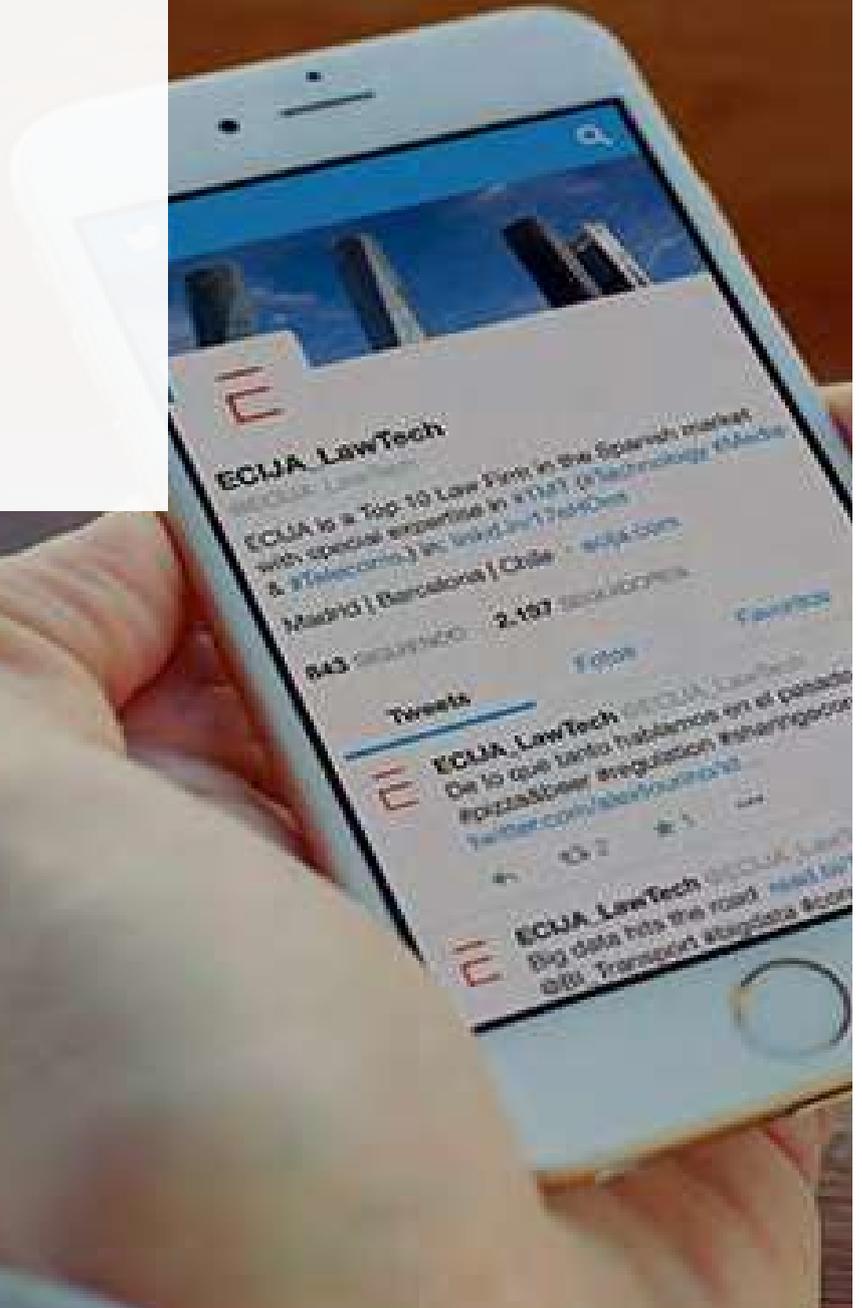
Sirva, por tanto, como ejemplo para observar el paralelismo en la configuración, implementación y desarrollo de las funciones de supervisión y control en el ámbito de la Administración Pública, con una cierta coherencia con el creciente proceso de acreditación de diligencia, supervisión y control de los sistemas de autorregulación privados.

La inclusión de estos elementos permite aventurar la imparable demanda para la configuración y uso de elementos de control y cumplimiento en el Sector Público, en coordinación con los requerimientos de reporte de información, ausencia de corrupción y garantía de transparencia promovidos e incentivados por la Unión Europea tanto en el ámbito del cumplimiento normativo como en materia de competencia.

# Contacto

Área de  
Risk &  
Compliance  
ECIJA

info@ecija.com  
91.781.61.60



Este report sido elaborado por el área de  
Risk & Compliance de ECIJA



[www.ecija.com](http://www.ecija.com)