

LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS CON EL SECTOR PÚBLICO Y LA RECOMENDACIÓN DE LA EXISTENCIA DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Vicente Magro Servet

*Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid
Doctor en Derecho*

EXTRACTO

Análisis acerca de la nueva Ley 9/2017 de contratos del sector público que potencia la existencia de programas de *compliance* en las empresas que deseen contratar con la Administración pública en cualquiera de sus áreas para evitar la existencia de irregularidades posteriores en la ejecución de estos contratos.

Palabras clave: contratos públicos; programas de *compliance*.

Fecha de entrada: 03-11-2017 / Fecha de aceptación: 23-11-2017

THE CONTRACTING OF COMPANIES WITH THE PUBLIC SECTOR AND THE RECOMMENDATION OF THE EXISTENCE OF COMPLIANCE PROGRAMS

Vicente Magro Servet

ABSTRACT

Analysis of the new public sector contracts Law 9/2017 that enhances the existence of compliance programs in companies wishing to contract with the public Administration in any of its areas to avoid the existence of subsequent irregularities in the execution of these contracts.

Keywords: public contracts; compliance programs.

Sumario

1. Introducción. El cumplimiento normativo en la empresa como un «beneficio del negocio»
 - 1.1. La norma ISO 19600:2014
 - 1.1.1. Certificación UNE 19601. Sistema de gestión de *compliance* penal, mayo 2017
2. Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, 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
3. Contratación con empresas privadas y fomento del *compliance*

1. INTRODUCCIÓN. EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LA EMPRESA COMO UN «BENEFICIO DEL NEGOCIO»

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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, ha introducido el fomento del cumplimiento de una medida que el legislador quiso introducir como obligatorio en el Código Penal en la Ley Orgánica 1/2015 mediante la tipificación de un puro delito de omisión por el que se castigaría penalmente a quien no dispusiera de un programa de cumplimiento normativo en su empresa. Finalmente, este artículo que tuvo el refrendo inicial del Congreso de los Diputados fue suprimido por enmienda en el Senado y no vio la luz del resto del texto finalmente aprobado.

Lo que sí consiguió esta reforma es concretar y definir mejor de qué manera la empresa española debía incorporar a su estructura organizativa unos códigos de «buenas prácticas», en virtud de los cuales se implementarían unos programas de prevención que evitaran la comisión de delitos en el seno de la empresa, hacia dentro y hacia fuera, por sus directivos y empleados. Y ello, bajo la idea de que la empresa está más segura si tiene un programa de cumplimiento normativo, como veremos en las presentes líneas.

De todos modos, a la empresa española le cuesta todavía asumir y aceptar las bondades de estos programas en su formato comercial, porque duda de que ello forme parte del negocio, quizás bajo una concepción de la «rentabilidad» de este exclusivamente, y no pensando que transmitir seguridad hacia el exterior en la contratación es también base del negocio. Porque esa seguridad que percibe tanto el sector público como el privado con quien contrata una empresa, si esta reúne en su estructura un programa de cumplimiento normativo, le llevará a realizar mejores contratos y conseguirá una confianza en su sector que aquellas empresas que no disponen de un programa de cumplimiento normativo no van a alcanzar NUNCA. Y no lo harán porque

no es lo mismo que cuando se realiza un contrato la otra parte reciba un certificado de la existencia de un programa de cumplimiento normativo, que si se le interroga acerca de si lo posee, la respuesta sea negativa.

Así las cosas, por muy bueno que sea el producto que se venda o las posibilidades de negocio, hoy en día la existencia de ese programa de cumplimiento constituye un «plus» que, ahora ya sí, debe formar parte de las unidades de negocio y contratación. Pero no solo en la contratación ante la Administración pública, sino ante las empresas y particulares con quienes se quiera contratar, ya que si bien el nuevo texto de la Ley de contratos del sector público potencia la exigencia de esa contratación para quienes tengan estos programas de cumplimiento normativo, no es menos cierto que ello también ocurrirá cuando se contrate con particulares o con empresas.

¿Y cómo deberá hacerse este programa en la empresa?

Pues destaca VELÁZQUEZ VIOQUE¹ las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*, en relación con la implementación de un *Effective Compliance and Ethics Program*, en la que se destacan como elementos esenciales de dicho programa los siguientes:

1. Establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal, ejercicio por parte del Consejo de Administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de *compliance*.
2. El nombramiento de un *compliance officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas.
3. El *reporting* periódico a los miembros del Consejo de Administración y altos directivos.
4. La exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad.
5. La impartición de formación continuada en materia de *compliance*.
6. Monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa.
7. Aseguramiento de que el programa de *compliance* es promovido y reforzado dentro de la empresa mediante incentivos para actuar en cumplimiento del mismo o bien mediante el establecimiento de las medidas disciplinarias adecuadas.
8. El establecimiento de una adecuada respuesta a los incumplimientos detectados, en orden a prevenir conductas similares en el futuro, lo cual incluye las necesarias modificaciones que debieran llevarse a cabo de dicho programa.

¹ VELÁZQUEZ VIOQUE, D. «Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?». *Diario La Ley*, n.º 7794, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-59, Editorial La Ley

También señala Susana DE PABLOS² que en el informe publicado en 2014 por PwC se recoge que tres años después de promulgarse la Ley Orgánica 5/2010, «el 41,8 % de las organizaciones en España han implantado un modelo de prevención y detección de delitos, y un 51,9 % han realizado algún tipo de evaluación de riesgo de fraude en los últimos 24 meses». Queda patente, según PwC, «el esfuerzo que las compañías han realizado para adaptarse al nuevo marco legal y, por lo tanto, indica un aumento de la preocupación por el desarrollo de mecanismos de prevención y detección de delitos económicos».

1.1. LA NORMA ISO 19600:2014

En materia de cumplimiento normativo destaca Javier CARBAYO³ que en diciembre de 2014 se produjo un hecho fundamental en materia de *compliance* o cumplimiento normativo, con la publicación de la Norma ISO 19600:2014, *Compliance management systems-Guidelines*, recogiendo que la Norma ISO 19600 es aplicable a todo tipo de organizaciones, independientemente de su tamaño y actividad, aunque en la misma norma se asumen las grandes diferencias que puede haber entre unas y otras empresas en función del volumen de operaciones, dispersión geográfica, mercados de referencia, etc. El propio texto de la norma reconoce que el alcance con el que deben aplicarse las recomendaciones de la guía depende del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad de cada organización.

No se trata de hacer una norma rígida y ciega ante la diversidad de organizaciones. Antes bien, se trata de hacer una norma que articule una metodología común, medible y comparable, pero con capacidad de articular las necesidades del *compliance* adaptadas a la operativa, distribución competencial, idiosincrasia, madurez y cultura de cumplimiento, momento económico, estrategia comercial, etc., de cada empresa y grupo de empresas.

Es por ello que la Norma ISO 19600 recoge directrices para implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión de *compliance* eficaz y receptivo. Así, incluye recomendaciones sobre los elementos con los que una organización debería contar para asegurar que cumple su política de *compliance* y que tiene capacidad para asumir sus obligaciones en este ámbito.

Entre estas recomendaciones, se incluyen las relativas a la formación continua en *compliance* para los perfiles implicados en su gestión y para toda la organización, en cuanto a su rol en el cumplimiento, la integración del desempeño en *compliance* en la evaluación del desempeño de

² DE PABLOS, S. «Controller jurídico, el detective más útil para la empresa». *Redacción Estrategia Financiera. Estrategia Financiera*, n.º 327, Sección Artículos/Control de Gestión, mayo 2015, Editorial WoltersKluwer España.

³ CARBAYO, F. J. «Abogados, riesgos legales y Compliance». *Diario La Ley*, n.º 8702, Sección Tribuna, 15 de febrero de 2016, Ref. D-68, Editorial La Ley,

los empleados, o la supervisión de los acuerdos de contratación externa para asegurarse de que recogen obligaciones en materia de *compliance*.

1.1.1. Certificación UNE 19601. Sistema de gestión de *compliance* penal, mayo 2017

Este estándar establece los requisitos de un sistema de gestión para:

1. Prevenir la comisión de delitos que puedan llevar aparejada responsabilidad penal para la misma.
2. Difundir la cultura de prevención y cumplimiento en la organización.
3. Establecer medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos y para reducir de forma significativa el riesgo de cometerlos.
4. Mejorar la gestión, ayudar a reducir el riesgo penal y dar una mayor garantía de seguridad y confianza ante órganos de gobierno, accionistas e inversores, entre otros grupos de interés.

Por otro lado, señalar que las empresas deben considerar que poner en marcha estos planes, además de ser una obligación legal del artículo 31 bis del CP, es lo que los anglosajones denominan *business benefit*, es decir, que esto no es un gasto como tal, sino que invertir en estos programas es un beneficio del negocio.

Javier CARBAYO⁴ señala que el objetivo de la empresa a la hora de implantar estos planes radica en la necesidad de salir de la zona de confort, afrontar nuevas metodologías orientadas a riesgos, adquirir capacidades no estrictamente jurídicas y adaptar la relación con el cliente a sus necesidades de cumplimiento continuado, que es imprescindible para afrontar esta materia y aprovechar los espacios de desarrollo profesional que crea.

Existe una nueva filosofía empresarial de «hacer lo posible para evitar el daño».

Este sistema del artículo 31 bis del CP lo que hace es implantar la objetivización de la responsabilidad en el orden penal, es decir, que por la existencia del riesgo se le aplica responsabilidad penal, no obstante lo cual, este sistema sabemos que permite la exoneración de la misma siempre y cuando se demuestre que se ha hecho lo posible para evitar el daño, al modo y manera que se aplica en el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho y hecho en las sociedades mercantiles, que se contempla ahora en el artículo 237 del RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; carácter soli-

⁴ Véase nota anterior.

dario de la responsabilidad, que recuerda que todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. Pues, de la misma manera, si la empresa está en condiciones de probar que hizo todo lo posible para evitar el daño mediante un sistema de prevención jurídica quedará exonerada de la responsabilidad de hechos por terceros.

Resulta curioso detectar que las empresas no actúan voluntariamente en la mayoría de los casos para implantar estos programas y van buscando expertos que los implementen. Por ello, parece que hay que hacer una labor de convencimiento de lo que es una clara obligación legal, como el propio plan de prevención de riesgos laborales. Destaca así Javier CARBAYO que hay que asesorar a las empresas en este tema de manera adecuada: gestión de cumplimiento orientada a riesgos, *softskills*, realidad y economía digital (y correspondientes amenazas), etc. Por ejemplo, en los negocios orientados a Internet (total o parcialmente, de manera originaria o como desarrollo de negocio) el cumplimiento normativo este tipo de negocios va mucho más allá del *checklist* de requisitos, traducido en textos de condiciones y la gestión de incidencias legales. Si realmente se quiere estar dentro del negocio y crear valor, se debe desarrollar un mapa de riesgos capaz de representar, dimensionar, valorar y gestionar los riesgos, objetivos y subjetivos, que concurren en la venta de productos y servicios, con base en canales y destinatarios, pero también más allá de estos. Y es que la necesidad de llegar al comprador allí donde decida estar, física o virtualmente, no solo provoca la situación nueva que ya forma parte de nuestro día a día (como asesores y como ciudadanos), sino que requiere que el cumplimiento normativo esté a la altura de la nueva situación, incorporado dentro del negocio y aportando el valor de una adecuada gestión de los riesgos en su creciente ámbito de competencia.

Debe destacarse, también, la ventaja del *business benefit* en la implantación y aplicación de los planes de control.

El correcto cumplimiento del programa normativo no solo actúa como un factor preventivo o correcto de responsabilidades penales de la empresa, sino que se entiende como un *business benefits*, a saber:

- a) Un efectivo programa de cumplimiento normativo en la empresa e implantar en esta la cultura de este cumplimiento normativo por toda la organización tiene un efecto potenciador del negocio en sí mismo.
- b) El mayor conocimiento de los factores de riesgo en la empresa sirve para proporcionar a la compañía mayores ventajas competitivas.
- c) El grupo debe ser consciente de sus derechos y obligaciones, lo que repercute positivamente en el servicio al cliente y se está más alerta a la hora de enfrentarse a o prevenir conductas ilegales.
- d) Además, se reducen y evitan los efectos negativos de los litigios penales en los que pueda estar implicada la empresa. Recordemos que si surgiera la comisión de

un delito por sus directivos o empleados, la compañía podría estar en disposición de demostrar que ha articulado un adecuado programa normativo, ya que hemos recordado que si se ha implantado correctamente, debe interesarse el archivo de la causa en el Juzgado de Instrucción en lo que respecta a la implicación de la propia empresa, y que si ha delinquirido un directivo o empleado sea él el que asuma su responsabilidad personal, pero sin implicar a la empresa.

- e) Es importante mantener la reputación de la empresa, ya que un incidente delictivo de directivos o empleados puede destrozar el trabajo de muchos años y que los clientes de la empresa desconfíen de sus productos, lo que se evitará con un buen programa normativo. A veces se pone el énfasis en los productos de la empresa pero se olvida invertir en esta obligación.

2. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017, 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

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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, sobre todo potencia medidas para evitar la corrupción e introduce estándares fijos y objetivables por los que tienen que pasar las empresas que quieran contratar con la Administración pública. Y ello, con base en la necesidad de transponer las directivas comunitarias que así lo indicaban, y exigían del legislador español la necesidad de su incorporación al ordenamiento jurídico español. Más que nada porque harían a la empresa española más competitiva y porque a fin de incluir exigencias a estas para contratar ante las Administraciones públicas, estos requisitos se aplicarían a la propia estructura de la empresa para hacerla más eficaz y, por ende, más competitiva si tiene ahora la exigencia del cumplimiento de unas reglas de conducta que forman y conforman el buen gobierno corporativo.

Así las cosas, las Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, sobre contratación pública, permiten a todos los operadores económicos que se hallen incurso en alguna prohibición para licitar o contratar con la Administración ser exonerados de tal prohibición si demuestran haber implantado «medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas» en su organización empresarial.

Es decir, para aquellos casos en los que existan empresas que estén en algún tipo de prohibiciones para contratar por no haber tenido antes un programa de prevención y haber sido condenadas por ello si se ha cometido alguna irregularidad que haya desembocado en un proceso penal, se les da la oportunidad ahora de subsanar ese error mediante la incorporación a su empresa de un programa de cumplimiento normativo. Se puede configurar ahora esta opción como

el «perdón administrativo por cumplimiento posterior de la implantación de un programa de cumplimiento normativo».

Así, las Directivas de 2014 exigen que los licitadores demuestren la implementación de programas eficaces de *compliance* con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Esto es, que aunque hayan sido condenadas las empresas y aplicable la «prohibición de contratación con el sector público» por ello, se abre una especie de amnistía individual para el caso de que se haya subsanado ese fallo de no haber tenido ese programa de cumplimiento normativo y haber sido condenada la empresa por haberse cometido un delito por un directivo o un empleado.

Se cualifica, así, una especie de derecho del operador económico a no ser excluido de un procedimiento de concesión de una adjudicación o para participar en un procedimiento de contratación con la Administración si se prueba la subsanación del error mediante la implementación del programa de cumplimiento normativo.

Recordemos que ya el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó en su momento el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señalaba en su artículo 60.1 a), que llevaba por rúbrica *Prohibición contratar por haber delinquido*, que la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese.

En la actualidad, el artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, 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, señala que:

«No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos a) 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, 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. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado».

Es decir, que se trata de un precepto que recoge de nuevo la prohibición de contratación en estos casos y aclara que la prohibición de contratación con cualquier sector público no solo alcanza a las empresas condenadas, sino, también, a los propios administradores de hecho y de derecho. Podría parecer una obviedad incluirlo en el texto, pero en otros tiempos, como no existía esta derivación de responsabilidad penal a la empresa, podría darse el caso de que empresas en las que sus directivos o empleados hubieran cometido hechos delictivos pudieran contratar con la Administración pública y presentar ofertas en concursos públicos cuando en esa empresa se hubiera cometido un delito del que existirían perjudicados.

Con el fin, por ello, de acabar con estas prácticas ya se recogió en el texto de 2011, pero se ha concretado en el actual, aunque como ahora ya las empresas pueden ser declaradas responsables penalmente, y podría darse el caso de que ante la falta de programas de cumplimiento todavía en muchas empresas alguna lo pueda ser, el texto nuevo permite la subsanación de la prohibición mediante la implementación de estos programas aunque ya hayan sido condenadas y esté vigente, por ello, la prohibición de contratar.

Por ello, el artículo 72 del nuevo texto, que lleva por rúbrica *Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento*, señala que:

«No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas».

Lo que queremos significar con ello es que en aras de dar cumplimiento a las directivas antes citadas, este nuevo texto de la Ley de contratos del sector público 9/2017 abre una puerta de salida, como se está manifestando ahora, a la anterior prohibición, si se cumplen varias condiciones, entre las que está la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas. Es decir, acreditar la implantación de un programa de *compliance* a posteriori de forma subsanadora que permita no solo contratar con la Administración, sino evitar futuras responsabilidades penales.

Nótese que si el legislador español hubiera mantenido el texto del Congreso de los Diputados en la reforma del Código Penal y hubiera incluido el delito de omisión de no disponer del programa de prevención, a buen seguro que las empresas españolas hubieran reaccionado de otra manera y contratado de forma más voluminosa los programas de cumplimiento normativo que tan beneficiosos son para el sector empresarial. Pero, sin embargo, la no inclusión de este «convenimiento» de sus ventajas desde el derecho penal está retrasando su inclusión en el mundo de la empresa, y aunque lento, ya se está recapacitando sobre estos efectos beneficiosos del modelo, al punto de que la Administración pública valora en mejor medida a una empresa que en su oferta le incluya el modelo de *compliance* que otra que no lo incluya.

De esta forma, la prevención de cualquier incumplimiento, y en particular de los delitos recogidos en el Código Penal y de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Compe-

tencia y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se convierten en una herramienta esencial para garantizar el futuro de la empresa, que no tiene que valorar si se trata de un gasto, sino que es un beneficio configurado como un gasto que forma parte de la inversión de la empresa.

Se ha expuesto, por ello, que de lo anterior resulta claro que aquellas empresas que inviertan en *compliance* serán recompensadas, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, pues la propia Administración pública dará una segunda oportunidad a aquellas empresas que dispongan de un programa de *compliance* robusto y eficaz, exonerándolas de la exclusión cuando estas hayan adoptado medidas de cumplimiento con suficientes garantías para demostrar su fiabilidad.

Es por ello, por lo que, curiosamente, podría darse el caso de que empresas que hayan sido condenadas por haberse cometido un delito en su seno y no incluir modelos de prevención los incluirán ahora, bien para que se les pueda rebajar la pena al constituir la implantación del programa una atenuante si se hace mientras dura el procedimiento judicial, bien para que después de la firmeza de la sentencia puedan ejecutarlos para poder contratar con la Administración pública.

De esta forma, los sistemas de *compliance* se convierten en una inversión que no solo mejora la reputación y rentabilidad de la empresa, sino que en ocasiones afianzarán el futuro de la misma. Pero debemos detenernos aquí para insistir en este efecto reputacional de la empresa, ya que si no han delinquido en las empresas, pero lo tienen por convencimiento de sus efectos beneficiosos, resultará que aquellas empresas que tengan duda con quién celebrar un contrato lo acabarán haciendo con aquellas otras que, como ella, participan de esta filosofía de incluir en su estructura interna de un programa de *compliance*.

Por ello, a la hora de concertar las bases de contratación con el sector público se incorporará por la Administración pública a las bases del concurso tal exigencia de que las empresas que quieran concursar tengan un programa de cumplimiento normativo como un dato muy a tener en cuenta a la hora de valorar a la empresa concursante, lo que hará que de forma indirecta sea necesaria la implementación por el mejor posicionamiento en las opciones del concurso frente a otros competidores.

Bajo esta idea se podrá llegar a una afirmación o máxima: si tienes *compliance estás seguro y das confianza*. Porque esto es una realidad incuestionable en el sector empresarial, habida cuenta de que pensemos que si una empresa suscribe, por ejemplo, un seguro D&O con una aseguradora para que esta cubra las responsabilidades civiles de la actuación empresarial, esta aseguradora podría exigir –y haría bien– a la empresa que para contratar el seguro de responsabilidad civil de directivos y empresa ante terceros se exigirá que esté implantado el programa de cumplimiento normativo, porque la existencia del riesgo disminuirá, y si este programa no existe, el riesgo de que algo negativo ocurra en la empresa, y de lo que deba al final responder la aseguradora, se incrementará.

Las aseguradoras de seguros de D&O de responsabilidad civil tendrían un menor riesgo de que acontezca un siniestro en estos casos siempre que la empresa sea capaz de demostrar, ade-

más, haber adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir los delitos de los que se derivaría la responsabilidad civil que, al final, debería cubrir la aseguradora y que además a esta le impedirían contratar con la Administración.

Habida cuenta de que no estaba incluida esta exigencia en el texto de la anterior Ley de contratos del sector público, la Dirección General del Patrimonio del Estado, en Resolución de 16 de marzo de 2016, en previsión de la falta de normativa nacional, publicó la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por la que se reconoció el efecto directo e interpretativo-integrador, a partir del 18 de abril de 2016, de la normativa comunitaria en el régimen en el que los operadores económicos pueden contratar en el sector público. Con ello, aplicando las directivas se habían ido exigiendo estos programas de cumplimiento normativo en el sector público.

3. CONTRATACIÓN CON EMPRESAS PRIVADAS Y FOMENTO DEL COMPLIANCE

Resta por citar las ventajas que supone la inclusión de cláusulas contractuales relacionadas con los programas de cumplimiento en los contratos que suscriben unas empresas con otras.

En efecto, cada vez más empresas exigen a sus proveedores y subcontratistas que tengan implementados sistemas de cumplimiento en el desarrollo de su actividad antes de contratar, que se adhieran a los propios de la empresa solicitante del servicio o, al menos, los respeten en el desarrollo de la relación de negocio.

Por ejemplo, se preguntan algunos profesionales: ¿y si constituyo una UTE?

Pues se está señalando que podrían aplicarse unas cláusulas en los contratos sobre la obligatoriedad de disponer de modelos eficaces de prevención de riesgos para constituir una UTE o *joint ventures*.

Y es que las empresas deben ser conscientes de que esta forma colaborativa de emprender negocios puede suponer un riesgo en materia de *compliance* que requiere un análisis detallado de su socio, ya que esta afirmación, que ya consta en los foros, de que la ausencia de implantación de programas de cumplimiento normativo en la contratación es un riesgo es una gran verdad, al punto de que podría incorporarse la costumbre al mundo de los contratos entre empresas de que no se contratará por una empresa con otra si esta no tiene, como la primera, un programa de cumplimiento normativo, a fin de garantizarse que se vigila el cumplimiento del derecho en la empresa y no se hace dejación de las funciones de control sobre directivos y empleados.

Por ello, hasta en las UTE se dice que es cada vez más frecuente la mutua exigencia de acreditar la implantación de protocolos de prevención de delitos y catálogo de conductas prohibidas, como requisito previo a la asociación.

Por todo ello, autores como GÓMEZ JARA señalan que la evolución que está experimentando la normativa europea conduce ahora a que la Administración pública exija un *compliance program* penal a todas las empresas que contraten con el sector público y que entre estas se asegure que todas lo tienen para evitar el incremento del riesgo en la contratación, también en el sector privado, no solo ante la Administración pública.