

El nuevo régimen de Compliance frente a las prohibiciones de contratar del sector público



Socio en CMS Albiñana
& Suárez de Lezo

C/M/S'
Law. Tax

Las prohibiciones de contratar han sido tradicionalmente uno de los grandes temores de los licitadores en la contratación pública, ya que suponen la exclusión del licitador del mercado de la contratación pública, en función del alcance de la prohibición. Ahora bien, la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, ha introducido una importante novedad en esta materia, al permitir que los licitadores que hayan de quedar excluidos del procedimiento de selección por haber incurrido en una prohibición de contratar, puedan acabar participando igualmente, salvo que se trate de la exclusión por incumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social, si demuestran su fiabilidad como contratistas. Se trata de un nuevo régimen de Compliance que habilita a los licitadores para subsanar,

ex post, las prohibiciones de contratar en las que incurran.

El derecho de los licitadores

El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, reconoce el derecho de los licitadores a justificar que han adoptado las medidas suficientes para demostrar su fiabilidad, a pesar de la concurrencia de la causa de exclusión. En concreto, deberán acreditar: el pago o el compromiso de pago de las indemnizaciones que se hayan producido por la infracción penal o falta; que han aclarado exhaustivamente los hechos y circunstancias de la infracción, de manera proactiva; y que han adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o administrativas. Llama la atención que se entienda justificada la fiabilidad del licitador con el pago de las indemnizaciones que correspondan, sin tener en cuenta las eventuales sanciones, así como el hecho de que el mero compromiso de pago se equipare al pago de las indemnizaciones.

La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal concretas apropiadas para evitar nuevas infracciones, supone la necesaria adopción de un sistema de Compliance *ex post* reactivo que, a la vista de las faltas cometidas, considere soluciones proporcionadas que puedan impedir la reiteración de la falta.

La Directiva 2014/24 no desarrolla el modelo de Compliance para aquellos

Habilita a los licitadores para subsanar, *ex post*, las prohibiciones de contratar en las que incurran

Queda a la completa discreción de la autoridad administrativa la decisión sobre si las medidas adoptadas para evitar la infracción son apropiadas

supuestos de exclusiones que no consisten en una infracción penal o falta, aunque podemos entender que el concepto de falta incluye, de manera amplia, no sólo cualquier infracción administrativa, sino cualquier incumplimiento administrativo de los que da lugar a la exclusión de la licitación. La decisión sobre la fiabilidad del contratista debe ser adoptada por el órgano de contratación, puesto que la Directiva 2014/24 reserva la decisión sobre la fiabilidad del contratista a los mismos poderes adjudicadores.

Aplicación en el Derecho español

En mi opinión, aunque el apartado 7 del artículo 56 de la Directiva contempla el posible desarrollo por cada Estado miembro, este modelo es claro, preciso, incondicionado, y no requiere

de medidas nacionales complementarias, por lo que cualquier empresario sometido a una prohibición de contratar podría invocar el efecto directo de la norma comunitaria desde la fecha en que debió ser transpuesta, el 18 de abril de 2016 (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend & Loos).

Actualmente, se encuentra en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que recoge este modelo de Compliance en su artículo 72.5. Este modelo sólo se aplicaría a los casos en que la prohibición de contratar no sea susceptible de apreciación automática por el órgano de contratación, como un trámite adicional, dentro del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, aunque puede dar lugar a

la revisión de la declaración, si las medidas de Compliance se adoptan con posterioridad a la declaración.

Sin embargo, esta previsión lleva a incumplir el artículo 57.6 de la Directiva, porque no permite al licitador exonerarse de la prohibición en los casos en que la prohibición sea apreciable automáticamente sin necesidad de declaración (como ocurre con los supuestos de concurso o cuando haya condena por delito fiscal que se pronuncie sobre el alcance y duración de la exclusión) y priva al órgano de contratación (salvo que sea competente para declarar la prohibición) de la competencia para decidir sobre la fiabilidad del empresario. La decisión debe enmarcarse como un incidente del proceso de licitación y no como un proceso diferente, tal y como se contempla en el proyecto de ley.

El proyecto de ley se centra en el Compliance ante las infracciones penales y administrativas, que debemos entender aplicable, para cualquier supuesto de prohibición de contratar, aunque no conlleve una infracción administrativa. Por lo demás, reproduce la norma comunitaria, aunque exige para la demostración de la fiabilidad no sólo el pago o compromiso de pago de las indemnizaciones, sino también de las multas, lo cual violenta el tenor de la Directiva. Tal y como se diseña, queda a la completa discreción de la autoridad administrativa la decisión sobre si las medidas adoptadas para evitar la infracción son apropiadas.

Cuando la videovigilancia en el trabajo genera inseguridad (jurídica)



Abogado-senior
Departamento
Derecho Laboral y de Empleo

EJASO EIL
ESTUDIO JURÍDICO GLOBAL

Son tiempos convulsos para los profesionales del Derecho Laboral. Los textos de ilustres catedráticos, en su condición de doctos en la materia, que antaño memorizábamos en nuestra época de estudiantes, apenas nos permiten hoy en día dibujar unas líneas generales, a modo de gruesos trazos, del panorama jurídico laboral español. Por un lado, el legislador, ese ser etéreo que cada vez redacta con más prisas y menos congruencia, tiene a bien modificar las normas elementales con cierta frecuencia, impidiendo establecer una base normativa sólida que pueda ser utilizada de forma sistemática con el devenir de los años. Y por otro lado, porque ya ni la doctrina científica, ni la literalidad de la norma, permiten garantizar un conocimiento cabal y una interpretación lógica de la escena jurídica, estando actualmente a merced de las resoluciones judiciales –constituyan o no jurisprudencia–, que de forma cada vez más habitual llevan a cabo una labor de ingeniería jurídica para resolver cada caso.

Sentencias que sorprenden

En Estrasburgo ya se ha reconocido que el asunto de los interinos ha sido resuelto sin entender la norma



española. Y en nuestro país, cada vez con más frecuencia nos encontramos con sentencias que sorprenden a propios y extraños, y cuya fundamentación jurídica es un cúmulo de justificaciones necesarias para alcanzar la conclusión que el redactor, pese a que el camino analítico para la resolución debería ser el contrario.

Cambios de criterio, ausencia de doctrina unificada, interpretaciones que son una oda a la imaginación... No es posible asesorar al cliente con la certeza y convicción que cualquiera desearía y la inseguridad jurídica se adueña cada vez más de cualquier asesoría, que obliga al temeroso abogado a estudiar día a día las múltiples novedades judiciales que surgen en la materia, y que van arrinconando sutilmente en la memoria lo aprendido hasta la fecha.

La sentencia de 3 de marzo de 2016, el Tribunal Constitucional (TC) matizó su doctrina sobre la obligación de informar a los trabajadores sobre

el uso de cámaras de videovigilancia para el control del trabajo, al surgir un conflicto entre el derecho fundamental del trabajador a la protección de sus datos personales –como puede ser su imagen– (art. 18.4 CE), y las facultades empresariales de vigilancia y control (art. 20.3 ET, y arts. 33 y 38 CE). En esta sentencia, el TC deja claro que cobra una especial relevancia la finalidad con la que se recaban las imágenes. Así, el tratamiento de datos personales (imágenes) dirigido al control de la relación laboral, debe entenderse implícito en la relación negocial, siempre que se encuentre dirigido al cumplimiento del contrato firmado entre las partes. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Así, «sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la rela-

ción contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados».

De este modo, nuestro TC aclaró su doctrina para diferenciar este caso enjuiciado, en el que la cámara grababa la caja de la tienda, de aquel que resolvió en su sentencia de fecha de 11 de febrero de 2013, donde las cámaras eran de seguridad y grababan las instalaciones del centro de trabajo. Y ello siempre observando el debido cumplimiento de los cuatro requisitos necesarios de la medida: justificación, idoneidad, necesidad y equilibrio.

El TS aplica la doctrina constitucional

El Tribunal Supremo (TS) ha aplicado la doctrina constitucional en su sentencia 77/2017, de 31 de enero, a pesar de que los casos no son iguales. En esta ocasión, la comunicación a los empleados sí estaba hecha, si bien se

No es posible asesorar al cliente con la certeza y convicción que cualquiera desearía

Así pues, la seguridad que te dan las cámaras, los tribunales te la quitan

informó que únicamente era por motivos de seguridad y no se comunicó de su uso en el ámbito de la esfera laboral. Además, el supuesto enjuiciado partía de la premisa de que la cámara estaba ubicada en las instalaciones por cuestiones de seguridad, no controlando el puesto de trabajo concreto.

Señala el Tribunal que se presupone –efectivamente, no hay certeza–, que las cámaras en ambos supuestos se instalan por seguridad, entendiendo esta en un sentido tan amplio que abarca el «control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros». Atendiendo a lo anterior, siguiendo la línea constitucional, tratándose de seguridad y cumpliéndose los cuatro requisitos necesarios de la medida, no se vulneran derechos fundamentales, aunque la comunicación haya sido deficiente.

Como fácilmente puede desprenderse, es difícil que una cámara de videovigilancia no se encuentre instalada por motivos de seguridad –algo que, al igual que el TS, se puede presuponer–, y atendiendo a dicha definición, nunca requerirá de la comunicación al trabajador si lo que capta es su actividad laboral.

Así pues, concluyendo, la seguridad que te dan las cámaras, los tribunales te la quitan.