



# Hoja de ruta para la Gestión de los Conflictos de Intereses en la Contratación Pública



FEDERACION ESPAÑOLA DE  
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS



RED DE ENTIDADES LOCALES  
POR LA TRANSPARENCIA Y  
PARTICIPACIÓN CIUDADANA



# Hoja de ruta para la Gestión de los Conflictos de Intereses en la Contratación Pública





**Luis Martínez-Sicluna Sepúlveda**

*Secretario General*

*Federación Española de Municipios  
y Provincias (FEMP)*



Las entidades locales son, sin duda, las administraciones más próximas a la ciudadanía, claramente marcadas en su actividad por el principio de proximidad. Proximidad que, en determinados supuestos, se convierte en un riesgo en cuanto a la percepción de su objetividad, imparcialidad e independencia en la toma de decisiones, que puede llevar a percibir un posible conflicto de interés.

La debida gestión de los conflictos de interés se presenta, así como uno de los ejes estratégicos para la integridad, en particular, en un ámbito, la contratación pública, que exige el debido conocimiento de su configuración, características, supuestos y sobre todo, cómo deben actuar las entidades locales y sus responsables, tanto técnicos jurídicos. Conocimiento que se integra, además, en el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a través de los Planes de Medidas Antifraude, y que resulta clave para la asunción del mecanismo de financiación extraordinaria que constituyen los Fondos Next Generation.

Y para ello, una vez más, la Red de Entidades locales por la Transparencia y la Participación ciudadana de la FEMP, a través del Grupo de Integridad en la Contratación Pública, se ha ocupado de diseñar y poner en marcha una herramienta de apoyo, siguiendo así la estela dejada con sus anteriores trabajos, de gran utilidad y amplia divulgación entre el conjunto de las entidades que integran el mundo local.

Se da continuidad así al valioso trabajo realizado por las expertas y expertos del Grupo de Trabajo de Integridad en la contratación que nació con la publicación de la normativa de contratos en el año 2017 y que ha ido abordando los principales retos que se presentan respondiendo a la demanda que existe por parte de los principales operadores.

Consolidamos así la trayectoria de la RED apoyando y acompañando a las entidades locales en el complejo camino de la satisfacción del interés general, satisfechos de poder servir de ayuda para mejorar los objetivos a los que responden, mediante múltiples líneas de acción, entre las que las publicaciones se sitúan como una de las que resultan de mayor utilidad.

Esperando que sirva a esta finalidad, y no solo a la administración local, sino al conjunto de administraciones y operadores, seguiremos trabajando para reforzar las herramientas al servicio de la mejora de la gestión pública.





**Concepción Campos Acuña**  
*Coordinadora*

## Presentación

Los conflictos de intereses constituyen un riesgo a la integridad en la gestión pública, con especial impacto en el ámbito local, por su especial configuración como administraciones más próximas a la ciudadanía, un riesgo que resulta necesario gestionar, sobre todo en un área tan expuesta como es la contratación pública.

Ya la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ocupaba, por primera vez, de la necesidad de adoptar medidas para prevenir y gestionar los conflictos de intereses, en el conjunto del sector público, también, por tanto, para el ámbito local. Pero definitivamente fue la aprobación de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se aprueba el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia la que apostaba por un refuerzo de los mecanismos de integridad con la introducción de los planes de medidas antifraude y la posición de los conflictos de intereses como un elemento central de los mismos en la gestión de los Fondos Europeos Next Generation.

Por ello, el Grupo de Integridad en la Contratación Pública de la Red de las EELL para la transparencia y la participación ciudadana FEMP, llegó a la conclusión de que una publicación específica sobre los conflictos de intereses sería de gran utilidad. Y así nace la "Hoja de ruta para la gestión de los conflictos de intereses en la contratación pública".

Conclusión de la que rápidamente se pasó a la acción y las expertas y expertos que integran el Grupo de Trabajo, asumieron el reto y en esta obra abordan, con un enfoque claramente aplicativo, las principales aristas que presenta la gestión de los conflictos de intereses. Desde aspectos conceptuales que nos permitirán identificar los conflictos, hasta el papel de las famosas Declaraciones de Conflicto de Interés (DACI), pasando por las herramientas tecnológicas como COFFEE y MINERVA, la publicación se detiene en los temas de mayor interés.

El resultado no podía ser mejor. En las siguientes páginas y de forma clara y estructurada encontrarán toda la información necesaria para diseñar una estrategia para la prevención y gestión de los conflictos de intereses, desde múltiples visiones reforzadas por la experiencia y el conocimiento de sus autores.

Una publicación útil y práctica. Para todos los ámbitos territoriales y operadores del mundo de la contratación, tanto del sector público como privado. Con la "Hoja de ruta para la gestión de los conflictos de intereses en la contratación pública", se incluye una publicación más en la caja de herramientas que llevamos construyendo desde la publicación de la ley, en el año 2017, y en la que podemos encontrar otras como la "Guía de Integridad en la contratación pública local" o el "Código de Buenas Prácticas en materia de contratación pública".

Solo me queda dar las gracias. Gracias al magnífico equipo de expertas y expertos que, de forma desinteresada y generosa, han compartido su conocimiento y puesto a nuestra disposición su experiencia, sin los que la actividad del grupo de trabajo no sería posible. Y gracias, por supuesto a la Red de EELL de Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP, por darnos este espacio de trabajo colaborativo y ofrecernos una ventana que nos permita llegar a todos los profesionales, compañeros, responsables políticos y operadores jurídicos y económicos, a los que esperamos les resulte de gran utilidad esta publicación.





Jorge Castejón González

Director, Oficina Nacional de Auditoría  
IGAE

## Prólogo

Probablemente, si tuviéramos que pensar como funcionarios públicos en los tres elementos que más nos han marcado a día de hoy, noviembre de 2023, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) tendríamos cierto consenso sobre los siguientes:

- Evaluación de resultados: indudablemente el cambio de modelo hacia lo que técnicamente se denomina financiación no vinculada a los costes, nos ha hecho focalizar la gestión pública en la consecución de los hitos y objetivos que marcan como alcanzadas las distintas reformas e inversiones. Es cierto que es tradicional encontrar este principio de gestión para obtener resultados en las normas de organización del sector público español, pero siendo sinceros, se ha realizado con timidez para ser optimistas y, en esta ocasión, teniendo en cuenta lo que nos jugamos como país, sí que se está trabajando bajo este prisma a nivel general, ¿habrá venido para quedarse?
- La transversalidad como vector más relevante ya que en ninguna ocasión, casi con seguridad, el número de administraciones implicadas (estatal, autonómica y local) en la consecución del buen fin del PRTR junto con el gran número de unidades dentro de estas administraciones es algo realmente impresionante a lo que tenemos que añadir el carácter general de la financiación, que no está limitada a diversas temáticas como los fondos estructurales, sólo limitada por la consecución de los 6 pilares, a saber, de forma breve, transición ecológica, digital, crecimiento inteligente, sostenible e integrador, cohesión social y territorial, salud y resiliencia así como políticas para la próxima generación (artículo 3 del Reglamento que regula el MRR). Esta transversalidad es posible, entre otros factores por el volumen inédito de financiación europea que esperamos recibir y que, si se aprueba la adenda al PRTR, ascenderá a 163.000 millones de euros entre subvenciones y préstamos.
- En tercer lugar, la adopción de planes de medidas antifraude y, en particular, las políticas para prevenir y detectar la existencia de los conflictos de intereses (Cdi).

Por esta razón, este Libro no puede tener una temática más actual y más controvertida dado que ha supuesto cambios relevantes tanto a nivel de gestión como a nivel regulatorio, por lo que el acierto del Grupo de Trabajo de Integridad en la Contratación Pública, de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP a la hora de, mediante una redacción ágil y divulgativa, desgajar el concepto y sus implicaciones para la gestión, en particular en el ámbito de la contratación pública en el que quizás su prevención tiene un mayor impacto.

Es claro que el origen de esta problemática surge como consecuencia de la necesidad de implementar las medidas que España asumió al presentar el PRTR, que debía ser ajustado a las previsiones del Reglamento del MRR y que, en particular, indicaba la necesidad de *tomar las medidas oportunas para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses según se definen en el artículo 61, apartados 2 y 3, del Reglamento Financiero que afectan a los intereses financieros de la Unión.*

Pues bien, en esta obra se abarcan todas las ópticas posibles de esta figura tanto desde un punto de vista conceptual como práctico, recordando que no se trata de una obligación *ex novo* y que, sin perjuicio de la necesidad de avanzar en una regulación más integral del concepto, encontramos regulación estatal como son los procedimientos y situaciones que regulan la abstención y recusación de los empleados públicos que suponen que este aterrizaje haya sido más suave ya que ante la concurrencia de alguna de las situaciones descritas como causas de abstención ya existían obligaciones de comunicación y valoración como paso previo a la separación del procedimiento, permitiendo incluso que con base en esas causas se pudiera iniciar por un tercero la recusación del empleado.

Desde un punto de vista práctico preventivo, se analizan las diversas medidas que se citan en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre con especial atención a las famosas declaraciones de ausencia de conflicto de Interés (DACI) y su problemática, generada fundamentalmente por la existencia adicional de la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, que ha derivado en la existencia de dos modelos de declaración que deben utilizarse de manera complementaria dado que el contenido de los modelos no es excluyente, sino más bien lo contrario. En consecuencia, parece procedente adoptar alguna medida regulatoria para ordenar de forma sistemática las obligaciones derivadas para los empleados públicos en esta materia a efectos de simplificar y dar coherencia al modelo, así como clarificar conceptualmente que el conflicto de interés se produce en el empleado público que tiene capacidad significativa de influencia en las decisiones pero no se debería utilizar ese concepto cuando mencionamos a contratistas, subcontratistas y beneficiarios ya que ellos no forma parte del concepto conforme al artículo 61 del Reglamento financiero de la UE como claramente establecen las Orientaciones de la Comisión Europea, al indicar que el personal sujeto a conflictos de intereses “tal y como se define en el artículo 61 del RF 2018, no se aplica a los participantes (es decir, a los candidatos, los licitadores y los solicitantes) y no debe utilizarse para referirse a ellos”.

Es cierto que puede existir en ellos situaciones que hay que prevenir como las relaciones entre el personal contratado para la Administración en la fase preparatoria y un potencial licitador a ese expediente, entre otras, pero ante tanto “ruido” es necesario introducir conceptos claros y precisos.

Continuando con las medidas preventivas, una de las más interesantes por su carácter transversal es la existencia de códigos éticos y de conducta como elemento de prevención de conductas no adecuadas, es indudable que la asunción en la personalidad de los empleados públicos de los principios éticos evitará comportamientos inadecuados no voluntarios, constituyendo una norma eficaz de *soft law* y de refuerzo de la cultura de las administraciones públicas.

Como se ha indicado, el conflicto de interés individualizado para cada decisión administrativa tiene su equivalencia en los procedimientos de abstención y recusación y en las causas previstas en la normativa. No obstante, las distintas tipologías de conflictos de interés no son solo cubiertas por estas figuras sino como se analiza en esta obra de forma muy precisa y con especial mención a sus efectos, existen otras figuras como las prohibiciones para contratar (equivalente a las prohibiciones para ser beneficiario o entidad colaboradora en el marco de una subvención) o el régimen de incompatibilidades de los empleados públicos que coadyuvan en esta fase de prevención de tal manera que se evite que un empleado público forme parte de una decisión administrativa con capacidad de influencia significativa concurriendo en alguna situación que pudiera afectar a su decisión objetiva e imparcial o que pudiera ser percibida de esa manera.

Y, como obra actualizada, no puede faltar la principal novedad entre las medidas preventivas instauradas en materia de fondos del PRTR, que es la obligatoriedad de uso de una aplicación de minería de datos (o *data mining*) para detectar posibles conflictos de interés con carácter previo a la participación en el proceso de toma de decisiones en el marco de la contratación pública o de la concesión de subvenciones.

El capítulo dedicado a MINERVA, la aplicación creada al efecto, realiza un análisis crítico de la misma señalando las posibles objeciones desde una perspectiva más global dado que como cualquier inicio tiene limitaciones.

Debe señalarse que en España se ha optado por una herramienta creada al efecto y no usar el aplicativo ARACHNE ofrecido por la Comisión Europea por lo que el reto ha sido mayor que el previsto y, al menos de momento, parece que cumple con las expectativas de los auditores europeos.

No obstante, el análisis realizado permite observar como el uso de la tecnología mediante el tratamiento masivo de datos disponibles por la AEAT, enriquecidos con datos de titularidades reales, permite establecer un importante freno a los posibles conflictos de interés, que como señala el autor, afectaría a las situaciones derivadas de relaciones familiares y vinculaciones societarias, lo que supone protegernos de algunas de las causas de abstención aunque no de todas como señala el autor. De momento, la AEAT no conoce las relaciones de amistad íntima o enemistad manifiesta ni puede detectar esquemas de fraude que trasciendan estas relaciones.

No obstante, lo que es innegable es que es un avance en la buena dirección para incorporar la tecnología en la prevención de los conflictos de interés sin perder de vista que debe seguir evaluándose para extender su uso y evitar así situaciones de fraude y corrupción mediante el cruce masivo de datos.

Continuando con las medidas preventivas, aunque con una doble vertiente que nos conduce a su uso como medida de detección, se analizan las matrices de evaluación de riesgos.

La evaluación de riesgos de fraude (incluido el conflicto de interés) es una de las herramientas básicas en el contexto de cualquier sistema que pretende ser eficiente y autoevaluar cuál es la predisposición de una organización a sufrir, en este caso, un supuesto de fraude (en términos generales).

Así, la propia Orden HFP/1030/2021 exige la existencia de estas herramientas que tienen su origen, las trasladadas a nuestro caso, en las matrices de riesgo definidas para adoptar las denominadas *medidas antifraude eficaces y proporcionadas* que nos exigía el período de programación 2014-2020 de fondos estructurales. Estas matrices, mejoradas y adaptadas fundamentalmente mediante la Guía del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) de la IGAE que se cita en la obra, se basan en (1) un análisis muy razonable sobre los riesgos existentes (riesgo bruto) mediante una estimación de su impacto y probabilidad de ocurrencia, (2) un análisis de las medidas de mitigación implementadas y que reducen ese riesgo para convertirlo en neto, (3) un análisis de esos resultados para determinar si (4) es adecuado adoptar nuevas medidas de mitigación con el objetivo de reducir el riesgo residual en aceptable.

Un proceso lógico que parte del concepto de autoevaluación como herramienta de adopción de decisiones para reducir el riesgo de exposición a casos de fraude, en sentido amplio.

No obstante, se añade como esos riesgos pueden formar banderas rojas, es decir, que si se detecta que se ha producido una de las situaciones calificadas como riesgo se deben implementar mecanismos de análisis de esas banderas rojas a efectos de determinar si efectivamente existe o no un caso de fraude y adoptar nuevas medidas que podrían ser necesarias tras la reevaluación de la matriz de riesgos.

Destacar la enumeración de medidas correctoras que se recopilan en esta obra.

Como complemento de estos análisis no se ha dejado de lado la fase quizás más olvidada por las normas de contratación, la fase ejecución. Esta obra no obvia esta fase casi crítica del proceso de contratación pública porque constituye la defensa de los intereses públicos para recibir lo efectivamente ofertado y para pagar lo efectivamente acordado en función de las circunstancias.

En esta fase por supuesto que pueden generarse conflicto de intereses que han de ser prevenidos y detectados, además de corregidos en su caso. Recordemos como la figura del responsable del contrato adquiere una relevancia nuclear en el desarrollo de los procesos y como las evaluaciones de riesgos antes comentada deben incluir los de esta fase.

Así, se analizan estos riesgos y se engarza con la compra pública socialmente responsable, indicando el carácter estratégico del control de riesgos para alcanzar los objetivos de la contratación pública.

Otras de las cuestiones abordadas es la relativa a los procedimientos de gestión de conflictos de intereses. Estos procedimientos pueden iniciarse mediante distintas vías y, en algunas de ellas, el procedimiento puede ser claro como cuando se deriva de una DACI en la que se ha declarado dicha situación y puede ser analizada mediante el procedimiento legalmente establecido, pero en otros casos el procedimiento y sus consecuencias no es tan evidente. Así, por ejemplo, ¿si se ha detectado un supuesto de conflicto de interés una vez que el contrato está en ejecución, cómo proceder? Estas posibilidades se ofrecen en la obra y remarcan la necesidad de abordar una regulación más integral de la figura del conflicto de interés.

Una de las novedades más relevantes en los últimos tiempos a nivel legal ha sido la esperada transposición de la Directiva 2019/937 mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Esta Ley ha regulado, entre otras cuestiones, la necesidad de establecer canales internos de denuncias con el objetivo de prevenir el incumplimiento de las normas y, en particular, poner en alerta a las organizaciones de supuestos casos de corrupción, con especial énfasis en esta obra, en procedimientos de contratación pública.

Así, la obra analiza el diseño y funcionamiento que han de tener estos canales que forman parte de un sistema interno de información que han de implantar las entidades del sector público, con las especialidades previstas para las entidades locales para la compartición de medios. En el ámbito de la contratación pública así como del conflicto de interés este tipo de canales permitirán, siempre y cuando sean creíbles por parte de las personas que pueden denunciar, es decir, aquellas personas en las que exista un vínculo laboral o profesional en los términos previstos en la Ley, actuar como un mecanismo de detección muy relevante dado que en materia de corrupción la principal vía para iniciar investigaciones es precisamente la denuncia confidencial, sea anónima o no.

Así, este tipo de canales se añadirán a los externos para completar los medios por los que comunicar posibles infracciones del Derecho de la Unión Europea o que pudieran ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, siendo en todo caso así consideradas las que impliquen quebranto para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Por último, para completar la visión de este fenómeno no se puede obviar el papel de los órganos de control interno y externo en todo ello. Así, en el capítulo que cierra esta obra, se ofrece una panorámica general del fenómeno del conflicto de interés con una especialización en la contratación pública y en la entidad local. Sobre esa base, se ofrecen ideas de cómo ha de evolucionar tanto el control interno como el externo para poder aportar valor a su función de control en este ámbito concreto.

Así, en materia de control interno se insiste en la línea evolutiva que supuso el Real Decreto 424/2017 pero que podemos decir que aún hay margen de mejora avanzando hacia controles menos formalistas y con una mayor incidencia *ex post* pero acompasado con una visión del control interno más extensa teniendo como referencia el modelo de control de PRTR en el que la base del control es, de forma prístina, el control de gestión que debe ser enriquecido por controles especializados pero sin obviar la responsabilidad de esa primera línea de defensa.

Por su parte, el control externo una vez despojado “de la clásica función de vigilancia en torno a regularidad contable, la legalidad del gasto y el ingreso público” debe avanzar hacia mecanismos de control que se apoye en el control interno proponiendo las correcciones que procedan en el sistema para mejorarlo, así como fortalecer la cultura de la gestión de riesgos como base para un sistema de gestión eficiente y eficaz que repercuta en una mejora continua del servicio público.

En suma, estamos ante una obra que viene a ofrecer un análisis global de los conflictos de interés con una especial incidencia en el ámbito de la contratación pública, aportando como su título avanza una hoja de ruta en la forma de abordar este fenómeno que nos ha invadido con la aprobación del PRTR y que todo parece

indicar que ha venido para quedarse toda vez que los fondos europeos tradicionales probablemente exijan un tratamiento equivalente al dado para el PRTR – a modo de ejemplo, la LPGE para 2023 ya preveía la posible extensión del uso de MINERVA a los mismos – y porque en cualquier caso, no sería de recibo que estos avances en la prevención y detección de conflictos de intereses así como fraude y corrupción no se extrapolaran al uso de los recursos públicos nacionales dado que el nivel de protección tendría que ser, como mínimo, el mismo.

Finalmente, solo quedar felicitar a los autores de esta obra por su acierto en la selección de la temática así como su tratamiento que seguro será de utilidades para los lectores de la misma que podrán encontrar en él respuestas para la dura gestión pública diaria.



# Índice

	<b>Presentación.</b>	<b>3</b>
	Luis Martínez-Sicluna Sepúlveda	
	<b>Presentación.</b>	<b>5</b>
	Concepción Campos Acuña	
	<b>Prólogo.</b>	<b>7</b>
	Jorge Castejón González	
<b>1</b>	<b>Qué es un conflicto de interés: concepto y tipología. Una aproximación a través de los Planes de Medidas Antifraude.</b>	<b>17</b>
	Concepción Campos Acuña	
	1 Aproximación conceptual a los conflictos de interés.	17
	2 Una visión a la multiplicidad de nociones legales sobre conflicto de interés.	17
	3 Otras figuras de tradición en el ordenamiento jurídico español. La especialidad local.	19
	4 El conflicto de interés en los planes de medidas antifraude del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.	23
	5 Procedimiento de gestión de los conflictos de interés.	25
	6 Conclusiones: una propuesta regulatoria al hilo del Anteproyecto de Ley de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público.	26
<b>2</b>	<b>Medidas de prevención de los conflictos de intereses. Especial referencia a la declaración de ausencia de conflicto de interés.</b>	<b>29</b>
	Ylenia Díaz Morán	
	1 El reto de que la ciudadanía adquiera el super poder de ser inmune a servirse de lo de todos para satisfacer los intereses propios.	29
	2 La regulación de los riesgos en la gestión de los fondos públicos que trajo consigo la respuesta europea a la COVID-19.	30
	3 Medidas de prevención de los conflictos de intereses previstas en la Orden HPF/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.	32
	4 Especial referencia a la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI).	37
	5 Conclusión.	43

<b>3</b>	<b>Códigos éticos: interacción entre el marco normativo y las normas de soft law para la gestión de los conflictos de intereses.</b>	<b>45</b>
	<i>Eider Sarria Gutiérrez</i>	
	1 Contextualización: la realidad del momento.	45
	2 Gobernanza avanzada y gobierno abierto: ciudadanía 360°.	46
	3 Marco de integridad holístico: ética pública.	47
	4 Corrupción: la punta del iceberg.	48
	5 Avanzando hacia una nueva generación de mecanismos para la prevención y reacción de los conflictos de intereses y la lucha contra el fraude y la corrupción.	50
	6 Códigos éticos y de conducta.	53
	7 La intersección entre el control externo, el control interno y la ética pública.	56
	8 Los conflictos de interes en la contratación pública.	58
	9 Conclusiones.	61
<b>4</b>	<b>Delimitación de los conflictos de intereses con otras figuras afines como la abstención, recusación, prohibiciones de contratar y supuestos de incompatibilidad en el ámbito local.</b>	<b>63</b>
	<i>Belén López Donaire</i>	
	1 Introducción.	63
	2 Una aproximación a las distintas figuras para prevenir los conflictos de intereses.	63
	3 Delimitación de los conflictos de intereses con la abstención y recusación.	69
	4 Delimitación de los conflictos de intereses con las prohibiciones de contratar.	73
	5 Delimitación de los conflictos de intereses con las incompatibilidades.	77
<b>5</b>	<b>Data mining en la detección de los conflictos de intereses: una visión a COFFEE y MINERVA.</b>	<b>81</b>
	<i>Sergio Jiménez Meroño</i>	
	1 Introducción.	81
	2 La oportunidad del uso de los datos para prever la corrupción.	82
	3 El enfoque de Minerva.	85
	4 Incógnitas sobre el funcionamiento de Minerva.	87
	5 Conclusiones.	91
<b>6</b>	<b>Evaluación del riesgo de conflicto de interes y medidas correctoras.</b>	<b>93</b>
	<i>Mónica Mediavilla Pascual</i>	
	1 Introducción.	93
	2 El compromiso con el resultado y la protección de los intereses financieros de la UE.	94
	3 La Orden 1030/2021 y el compromiso con el resultado.	95
	4 La Orden 1030 y la protección de los intereses financieros. Test de autoevaluación previo del riesgo de fraude.	97
	5 La Orden 1030: Autoevaluación cualificada del riesgo de fraude en los procesos clave.	99
	6 Herramienta de evaluación del Fondo Social Europeo. Modelo para pequeños y medianos municipios.	101

7	Herramienta de evaluación del riesgo del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA).	107
8	Medidas correctoras del riesgo de conflicto de interés.	109
<b>7</b>	<b>Control de riesgos de conflicto de intereses en la ejecución de los contratos: una garantía de la compra pública socialmente responsable.</b>	<b>113</b>
	Bernabé Palacín Sáenz	
1	El control de la ejecución de los contratos, en general.	113
2	El control de riesgos derivados de los conflictos de intereses, en particular.	116
3	El control de riesgos impacta en la compra pública socialmente responsable.	124
<b>8</b>	<b>Procedimiento para la gestión de los conflictos de intereses: especialidades de la contratación pública.</b>	<b>131</b>
	Consuelo Doncel Rodríguez	
1	Introducción.	131
2	La obligatoriedad de definir procedimientos de gestión de situaciones de conflictos de interés.	131
3	La configuración de un procedimiento de gestión de conflictos de interés.	133
4	El procedimiento de gestión de conflictos de intereses en la contratación pública.	135
5	Conclusiones	144
<b>9</b>	<b>El sistema interno de información (canales de denuncia), como medida de detección de los conflictos de intereses.</b>	<b>145</b>
	Ignacio Sáez Hidalgo	
1	Denuncia de irregularidades como estrategia frente a la corrupción en materia de contratación.	145
2	Un sistema interno de información para la presentación y tramitación de denuncias con plenas garantías.	148
3	¿Qué irregularidades en materia de contratación pueden denunciarse a través de estos canales?.	153
4	¿Qué personas pueden acudir a estos canales para denunciar las anteriores infracciones?.	156
<b>10</b>	<b>La gestión externa de los conflictos de intereses: el papel de los órganos de control externo.</b>	<b>159</b>
	Patricia Iglesias Rey	
1	¿Por qué los conflictos de intereses se han situado en el centro de la diana de la gestión pública local?.	159
2	El peligroso juego de los conflictos de intereses en la contratación pública.	161
3	Es perentorio que las entidades locales aprueben procedimientos que gestionen los conflictos de intereses.	163
4	La importancia del control (interno y externo) para gestionar los conflictos de intereses.	167
5	¿Cómo van a fiscalizar los órganos de control externo los conflictos de intereses?	172
6	Ideas fuerza recopilatorias del capítulo.	173



# Qué es un conflicto de interés: concepto y tipología. Una aproximación a través de los Planes de Medidas Antifraude

**Concepción Campos Acuña**

*Experta en gestión pública y  
Coordinadora del Grupo de Integridad  
en la Contratación pública de la  
Red de Entidades Locales por la  
Transparencia y la Participación  
Ciudadana*

1

## Aproximación conceptual a los conflictos de interés.

El examen y análisis de la noción de conflicto de intereses aconsejaría partir de una única noción que arrojase claridad conceptual, sin embargo, no es así. Por ello, y a efectos de proceder a esa clarificación conceptual, es recomendable una consideración previa en relación a cómo se regula esta cuestión en el ordenamiento jurídico aplicable en España, como es la inexistencia de un precepto generalista, de carácter básico en su aplicación al conjunto de las entidades que integran el Sector Público, ni tan siquiera al conjunto de las administraciones públicas.

A continuación examinamos las diferentes fuentes que contemplan el conflicto de interés, tanto a nivel nacional como internacional, así como a nivel interno, en el ámbito sectorial, y la diferente tipología y condiciones en las que se produce dicha situación.

2

## Una visión a la multiplicidad de nociones legales sobre conflicto de interés.

En este apartado recogemos las definiciones del conflicto de interés de mayor relevancia, comenzando por la OCDE, pasando por la Unión Europea, para a continuación señalar las que, a nuestros efectos, contempla el ordenamiento jurídico español.

- La Recomendación sobre Integridad Pública de la OCDE del año 2017 recoge una definición que por su dimensión generalista suele ser objeto de utilización en ámbitos expertos, con independencia de la materia de gestión pública de que se trate.

OCDE.

Un conflicto entre la misión pública y los intereses privados de un empleado público, cuando éste tiene intereses a título privado que podrían afectar a la forma en que cumple con sus obligaciones y responsabilidades.

- El Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero) contempla la siguiente definición.

Art. 61 Reglamento Financiero (UE, Euratom).

Existe conflicto de intereses cuando los agentes financieros y demás personas que participan en la ejecución del presupuesto tanto de forma directa, indirecta y compartida, así como en la gestión, incluidos los actos preparatorios, la auditoría o el control, vean comprometido el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal».

- La Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del ejercicio del alto cargo, contempla una definición de conflicto de intereses en la con una doble limitación. Por una parte, el ámbito territorial, pues sólo afecta al personal de la Administración General del Estado (AGE), y segundo, del ámbito subjetivo, pues resulta de aplicación específicamente al personal que ostente la condición de alto cargo.

Art. 11.2 Ley 3/2015.

Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el art.15 de la misma, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), contiene una regulación básica sobre la noción de conflicto de intereses que resulta de aplicación al conjunto del sector público, pero con carácter sectorial, es decir, únicamente referida al campo de la contratación pública.

Art. 64.2 Ley 9/2017.

El concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Como vemos el elemento fundamental, tal y como expone la OCDE, es la afectación de la misión pública que tienen los responsables públicos por la concurrencia de sus intereses privados, no la existencia de éstos, que como analizaremos, no tiene por qué suponer ningún tipo de irregularidad.

## **2.1. Tipología de conflictos de interés y la noción de interés personal.**

La dificultad que puede entrañar la aplicación de la noción de conflicto de interés exige revisar, en primer lugar, la tipología de los mismos, pues en función de encontrarse ante una y u otra situación las consecuencias pueden ser diferentes, que se clasifica en los siguientes tipos de conflicto:

Tipo	Situación
APARENTE	Cuando los intereses privados de un empleado público o beneficiario son susceptibles de comprometer el ejercicio objetivo de sus funciones u obligaciones, pero finalmente no se encuentra un vínculo identificable e individual con aspectos concretos de la conducta, el comportamiento o las relaciones de la persona (o una repercusión en dichos aspectos)
POTENCIAL	Cuando un empleado público o beneficiario tiene intereses privados de tal naturaleza, que podrían ser susceptibles de ocasionar un conflicto de intereses en el caso de que tuvieran que asumir en un futuro determinadas responsabilidades oficiales.
REAL	Implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado público o en el que el empleado público tiene intereses personales que pueden influir de manera indebida en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales. En el caso de un beneficiario implicaría un conflicto entre las obligaciones contraídas al solicitar la ayuda de los fondos y sus intereses privados que pueden influir de manera indebida en el desempeño de las citadas obligaciones.

Fuente: elaboración propia.

Para su distinción será fundamental analizar el grado de afectación del interés público a proteger, pues tal y como señala la Comisión Europea, “el conflicto de intereses puede generarse al determinado empleado público o bien cuando, aun no dándose una amenaza real, la verse amenazada la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones de un situación pueda ser interpretada por una persona razonable, informada, objetiva y de buena fe como una situación en la que el empleado público tiene una contraposición de intereses”.

Debemos precisar que el interés tiene que ser lo suficientemente importante como para que se perciba que puede comprometer el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones. Por regla general, se podría argumentar que cuanto mayor sea la responsabilidad y la rendición de cuentas o cuanto mayor sea el interés o más estrecha la participación en la ejecución del presupuesto, mayor será la probabilidad de que se perciba un conflicto de interés.

Es decir, tenemos que encontrarnos no ante una mera posibilidad, como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/15, solo se permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses es real y no hipotética, por lo que “es preciso que un riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador”, tal y como ha venido siendo avalado por la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

### 3

## Otras figuras de tradición en el ordenamiento jurídico español. La especialidad local.

A pesar de lo expuesto en relación con la inexistencia de una regulación básica sobre la noción de conflicto de intereses y también sobre el procedimiento de gestión, como veremos, desde un punto de vista no formalista sino sustantivo, podemos decir que la adecuada gestión de los conflictos de intereses no parte de la nada ni constituye una obligación ex novo. Ya la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

(LRJSP)<sup>1</sup>, regula específicamente la figura de abstención y el procedimiento de recusación. Igualmente encontramos la regulación de las incompatibilidades en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, pues tenemos que entender que también son conflictos de intereses los que afectan al régimen de incompatibilidades, las prohibiciones de contratar en la LCSP y las causas de incompatibilidad establecidas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), sin perjuicio de la necesidad de distinguir el ámbito penal.

### **3.1. Causas de abstención y recusación.**

La LRJSP regula en los arts. 23 y 24 las causas de abstención y el procedimiento de recusación, respectivamente, que ofrecen múltiples puntos de convergencia con la figura de conflicto de intereses. De hecho, si efectuamos una revisión de las causas de abstención<sup>2</sup> puede concluirse que en un elevado porcentaje de situaciones el conflicto de interés es reconducible a la aplicación de una causa de abstención, con tradición jurídica en el ordenamiento jurídico español y respecto a la que, a diferencia con los conflictos de interés, existe abundante doctrina y jurisprudencia.

En este aspecto y ante dicha coincidencia resulta especialmente relevante la regulación del procedimiento de actuación en uno y otro caso, pues partiendo de la simplicidad en la presentación de una causa de abstención, la LRJSP contempla el procedimiento de recusación para aquellos casos en los que la no se haya declarado la presunta causa de abstención por la persona afectada. Conforme al art. 24 LRJSP la recusación podrá promoverse por los interesados mediante la presentación de escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda, presentación que puede realizarse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Al día siguiente de la presentación el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido; si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

### **3.2. Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

Debe ponerse en conexión con los conflictos de intereses con las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, reguladas en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, pues tenemos que entender que también son conflictos de intereses los que afectan al régimen de incompatibilidades, pues la norma pretende aterrizar el mandato constitucional de independencia e imparcialidad de los empleados públicos impidiendo la realización de actividades que supongan un menoscabo de sus obligaciones y responsabilidades.

La norma contempla, a tal fin, como regla general, la incompatibilidad de dos puestos en el sector público y el reconocimiento de compatibilidad del puesto público con actividades privadas, siempre que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Por otra parte, el art. 12.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, prohíbe la participación superior al 10% en empresas o



- 1 Heredera en este punto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- 2 a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato. c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior. d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate. e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

La relevancia de esta conexión puede observarse en la inclusión entre los supuestos de publicidad activa de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (LTBG), de las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local, por tratarse de una información que puede permitir advertir posibles conflictos de interés.

### **3.3. Prohibiciones de contratar.**

Un análisis de la figura de los conflictos de intereses debe tener también en cuenta la figura de las prohibiciones de contratar, establecidas, entre otras causas, como consecuencia de la existencia de un conflicto de intereses. De conformidad con lo dispuesto en el art. 71.1 g) LCSP estará incurso en prohibición de contratar la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en los términos establecidos en la misma. Prohibición que alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el respectivo precepto, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

Y siguiendo el enfoque regulatorio de las de abstención, la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con causas, análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

En el caso de los electos locales, la LOREG contempla en su art. 175 la identificación de supuestos de incompatibilidad con las causas de inelegibilidad, al igual que con Diputados y Senadores (art. 155), añadiendo para el ámbito local una serie de supuestos concretos de incompatibilidad entre las que se encuentra, por ejemplo, la de ser contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

### **3.4. Delitos de corrupción.**

Es necesario el deslinde de la figura del conflicto de interés de las actuaciones que entran dentro de la órbita penal, pues frente a la creencia extendida de que la existencia de un conflicto de intereses es un supuesto de corrupción, no sólo no es así, sino que tal y como señala, por ejemplo, la LRJSP la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido<sup>3</sup>.



<sup>3</sup> Sin perjuicio de que la no abstención en los casos en que concorra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda.

De hecho, resulta preciso recordar que no está tipificado en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) el delito de corrupción, sino que esa es la denominación común con la que se engloban los delitos recogidos en el Título XIX. Delitos contra la Administración pública (de la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos; del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos; de la desobediencia y denegación de auxilio; de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos; del cohecho; del tráfico de influencias; de la malversación; de los fraudes y exacciones ilegales; de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función)<sup>4</sup>.

A tal efecto, puede sintetizarse esta diferencia tal y como examinamos a continuación.

	<b>Conflictos de interés (riesgo de corrupción)</b>	<b>Corrupción</b>
<b>¿Qué es?</b>	situación	acción (u omisión) voluntaria
<b>¿Por qué se produce?</b>	interés particular (legítimo)	beneficio particular
<b>¿Qué produce?</b>	tendencia o riesgo de sesgo en el juicio profesional	(ilegítimo)

Fuente: Oficina Antifrau de Cataluña.

### 3.5. Especialidades del ámbito local.

Y específicamente para el ámbito local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) señala en su art. 76 que sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales, deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas, estableciendo que la actuación de éstos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

A tal fin, al igual que en los demás niveles de gobierno y administración, la LRBRL contempla la obligación de los miembros de las Corporaciones Locales de presentar declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, así como de formular declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las autoliquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Declaraciones que también serán objeto de publicidad activa conforme a lo establecido en la normativa básica en materia de transparencia.

Obligación que se hace extensiva, en la Disposición Adicional decimoquinta LRBRL, al personal directivo local<sup>5</sup> y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que desempeñen en las

.....

<sup>4</sup> Sin perjuicio de los delitos contra la administración de justicia y otros tipos que pueden encontrarse a lo largo del Código Penal.

<sup>5</sup> A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

Conforme a dicha DA los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación, para continuar señalando que, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el art. 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, en los términos en que establece el artículo 75.8 LRBRL.

## 4

# El conflicto de interés en los planes de medidas antifraude del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El refuerzo de los sistemas de integridad en la gestión pública, en general, y en el ámbito de la contratación, en particular, es claramente deudor del marco europeo que, en la gestión de los diferentes planes de financiación ha ido introduciendo exigencias de cumplimiento normativo y acreditación de medidas que abordan, en gran medida, la prevención y gestión de los conflictos de interés.

A continuación examinaremos cómo se ha articulado ese refuerzo con los planes de medidas antifraude como elemento básico del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y su interiorización en el ordenamiento jurídico español, junto con el importante papel que la tecnología adquiere para gestionar los conflictos de intereses mediante herramientas de *data mining*.

### 4.1. El impulso de la integridad en la contratación a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

La introducción en la LCSP principio de integridad entre los principios rectores de la contratación pública (art. 1) y la imposición a los órganos de contratación de adoptar medidas para la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses (art. 64), acompañado de una sustancial caja de herramientas para el refuerzo de la integridad en la contratación pública, no tuvo el esperado resultado, frente al protagonismo de otros contenidos normativos como el formato electrónico, los nuevos procedimientos y otros aspectos sustanciales.

Pero la aprobación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, establecido por el REGLAMENTO (UE) 2021/241 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de febrero de 2021, como la herramienta país para canalizar la vía extraordinaria de financiación que suponían los novedosos Fondos Next Generation UE, servía de palanca de cambio, al introducir en su art. 22 la obligación de adoptar medidas para la prevención, detección y corrección de la corrupción, el fraude y los conflictos de interés en la utilización de los fondos proporcionados en el marco del Mecanismo, incluidas las disposiciones destinadas a evitar la doble financiación procedente del Mecanismo y de otros programas de la Unión.

Exigencia que se concretaba, en España, a través de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en particular, en los términos recogidos en su art. 6, que se completaba con lo establecido en el Anexo II.B.5 y el Anexo II.B.5 Cuestionario de autoevaluación relativa al estándar mínimo y Anexo III.C. Orientación sobre medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de intereses. Obligación que requiere de una rigurosa labor de elaboración y aprobación del Plan de Medidas Antifraude, en el que destaca el papel de los conflictos de intereses como uno de los riesgos a gestionar dentro del plan de control, que presenta especiales dificultades en el ámbito local por las especiales características de las entidades que lo conforman.

## **4.2. La gestión de los conflictos de intereses en los Planes de Medidas Antifraude.**

La correcta gestión de los conflictos de intereses constituye uno de los ejes de los Planes de Medidas Antifraude, y a dichos efectos, la Orden HFP/1030/2021 impone, en su art. 6.4, como actuaciones obligatorias para los órganos gestores, la evaluación de riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI), la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses, y la obligación de que los planes antifraude definan procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 61 del Reglamento Financiero de la UE. En particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por éste de la decisión que, en cada caso, corresponda.

A dichos efectos, las entidades incluidas en el sistema de gestión del PRTR se encuentran obligadas a desplegar un procedimiento de gestión de los posibles conflictos de intereses, bien sean por declaración de la propia persona afectada o por comunicación de un tercero<sup>6</sup>, que han seguido en gran medida, el modelo establecido en el Reglamento Financiero (UE). Conforme al mismo, cuando exista el riesgo de un conflicto de intereses que implique a un miembro del personal de una autoridad nacional, la persona en cuestión remitirá el asunto a su superior jerárquico. Cuando se trate de personal al que se aplica el Estatuto, la persona en cuestión remitirá el asunto al ordenador correspondiente por delegación. El superior jerárquico correspondiente o el ordenador por delegación confirmará por escrito si se considera que existe un conflicto de intereses. Cuando se considere que existe un conflicto de intereses, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos o la autoridad nacional pertinente velará por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto. El ordenador por delegación que corresponda o la autoridad nacional pertinente velará por que se adopte cualquier medida adicional de conformidad con el Derecho aplicable.

## **4.3. El uso de *Data mining* en la gestión de los conflictos de intereses: MINERVA.**

Como punto de refuerzo en la gestión de los conflictos de interés, la Orden HFP/1030/2021, recoge entre las medidas a adoptar la “comprobación de información a través de bases de datos de los registros mercantiles, bases de datos de organismos nacionales y de la UE, expedientes de los empleados (teniendo en cuenta las normas de protección de datos) o a través de la utilización de herramientas de prospección de datos («*data mining*») o de puntuación de riesgos (ARACHNE)” y una posición activa en el análisis de datos, debiendo realizar, dentro de los límites relativos a la protección de datos, cruce de datos con otros organismos públicos o privados del sector que permitan detectar posibles situaciones de alto riesgo incluso antes de la concesión de los fondos.

En este ámbito, y ante la caracterización de la explotación de datos en el sector público en la actualidad, se diseñaba una herramienta a disposición del conjunto de las entidades del sector público, también las pertenecientes al ámbito local. La Disposición Adicional Centésimo Décimo Segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, desarrollada, en este punto, por la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, introducía MINERVA, una herramienta informática que permite el análisis de las posibles relaciones familiares o vinculaciones societarias, directas o indirectas, en las que se pueda dar un interés personal o económico susceptible de provocar un



6 Por ejemplo, a través del canal interno de información, según las prescripciones de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

conflicto de interés, entre las personas obligadas y los participantes en cada procedimiento. En este caso, las personas obligadas se establecen en la Orden HFP/55/2023, y son tanto los empleados públicos, como el resto de personal al servicio de entidades decisoras, ejecutoras e instrumentales que participen, de forma individual o mediante su pertenencia a órganos colegiados, en los procedimientos de adjudicación de contratos o de concesión de subvenciones<sup>7</sup>.

El funcionamiento de la herramienta se articula a través mediante la emisión de informes de banderas, que emiten alertas o no, en función de que se detecte un posible riesgo. Se configura así como una medida de detección ex ante, pues su utilización se produce con carácter previo a la valoración de las ofertas o solicitudes en cada procedimiento, momento en el que el órgano responsable de los procedimientos de contratación o de concesión de las subvenciones realizará el análisis del riesgo de conflicto de interés, a través de la herramienta informática. Los resultados del análisis realizado quedarán registrados en el sistema de información de gestión del PRTR a los efectos de las posibles auditorías específicas sobre conflicto de interés a llevar a cabo ex post en el ámbito de la estrategia de auditoría que determine la Intervención General de la Administración del Estado como Autoridad Independiente de Auditoría, acordada con la Comisión Europea.

Si bien en un principio su utilización está prevista para los procedimientos de ejecución del PRTR, el sistema podrá ser de aplicación a la ejecución de fondos europeos distintos de los relativos al PRTR, en caso de que por la normativa comunitaria reguladora de aquéllos resultara exigible. Aplaudiendo esta posibilidad, debería valorarse extender el uso de MINERVA al conjunto de procedimientos de contratación pública, y no sólo a los contratos que sean objeto de financiación europea, dada su virtualidad como una herramienta ágil para poner en marcha las obligaciones establecidas en el modelo de integridad que diseñaba la LCSP.

## **5** | Procedimiento de gestión de los conflictos de interés.

La falta de regulación básica a nivel conceptual va acompañada de la inexistencia de un procedimiento de gestión de los conflictos de intereses, que tampoco se puede encontrar en las regulaciones sectoriales, como señala la LCSP, que se limita a una somera referencia al deber de comunicación al órgano de contratación de la posible existencia de conflicto.

Sin embargo, ya tempranamente alguna normativa autonómica como la aragonesa resultó más avanzada en la regulación, en particular, a través de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, que, a través de su Disposición final segunda llevaba a cabo la modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, desarrollando el marco de integridad en la contratación pública, cuya regulación básicamente se ha incorporado a Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Esta norma impone al órgano de contratación la obligación de comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas de prevención, detección y solución, en los términos establecidos en la legislación básica en materia de contratación pública. Pero también contempla el código de actuación cuando se presenten elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas que participen en el procedimiento contractual, el órgano de contratación examinará las



<sup>7</sup> Que deberán suscribir la respectiva DACI, en los términos del ANEXO I. Contenido mínimo de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés y que recoge asimismo, en su ANEXO II, Modelo de confirmación de la ausencia de conflicto de interés, para aquellos casos en los que la persona afectada por la aparición de conflicto de intereses no esté conforme con la evaluación realizada por la herramienta.

circunstancias alegadas y decidirá sobre la existencia real o potencial de un conflicto de intereses, pudiendo, incluso, requerir a las partes para que, en caso necesario, presenten información y elementos de prueba adicionales. Señalando que en el caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses y si la intervención hubiese sido decisiva en la toma de la decisión, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo la persona afectada.

En el ámbito general, y sin formato de *hard law*, debemos citar el **Sistema de Integridad de la Administración General del Estado (SIAGE)**, que contempla dentro de su ámbito material el procedimiento de gestión de los conflictos de intereses, señalando que si surge una situación de conflicto de intereses o cuando exista el riesgo de cualquier potencial conflicto de intereses, la persona en cuestión:

1. Deberá comunicar al superior jerárquico el posible conflicto de intereses, así como al órgano de contratación o el órgano concedente de la subvención.
2. La persona superior jerárquica deberá analizar los hechos con la implicada para aclarar la situación.
3. Si la persona superior jerárquica considera que existe un conflicto de intereses, lo confirmará por escrito y lo comunicará a la afectada.
4. La persona superior jerárquica deberá solicitar a la afectada su abstención del procedimiento o, si es necesario, apartar del mismo a la persona de que se trate.

Con carácter general, en el caso de entidades implicadas en la ejecución del PRTR debe señalarse el desarrollo de un procedimiento basado en las prescripciones de la Orden HFP/1030/2021 que se completan con el uso de la herramienta de *data mining* MINERVA.

## 6

### **Conclusiones: una propuesta regulatoria al hilo del Anteproyecto de Ley de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público.**

Una vez expuestos los pilares normativos de nuestro ordenamiento jurídico en relación con los conflictos de interés, podemos concluir la inexistencia de una regulación básica y uniforme en relación con la definición conceptual y el procedimiento a seguir, con las dificultades que de ello se derivan, en especial, tras la aprobación de la Orden HFP/1030/2021 y la exigencia de abordar la prevención y gestión de los conflictos de interés, de forma especial para el ámbito local, tan marcado por el principio de proximidad y en el que, en ocasiones, resulta difícil deslindar los intereses en presencia.

Partiendo del código de conducta de los empleados públicos regulado en los arts. 52 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), y de los cargos electos y altos cargos en la LTBG, una correcta aplicación de las políticas de integridad en relación con los conflictos de interés aconsejaría contar con una regulación que ofreciese las claves citadas y que permitiese su encaje y delimitación en relación a las figuras afines examinadas para evitar confusiones en su aplicación, una iniciativa que se intentó sin éxito en la XII legislatura, tal y como exponemos a continuación como hilo conductor de la propuesta regulatoria que podría abordarse para renovar también la vetusta regulación en el ámbito de las incompatibilidades, pues la citada Ley 53/1984 no ha sobrevivido bien al paso del tiempo, ante la evolución de la configuración de la sociedad, y el despliegue de las tecnología, como uno de los elementos de mayor impacto.

De ahí que, en el año 2021, se tramitase procedimiento de consulta pública previa para la aprobación de una nueva regulación en este ámbito<sup>8</sup>, pero también para establecer un sistema de prevención y gestión de conflictos de intereses que no estuviese exclusivamente dirigido a las limitaciones aplicables al desempeño de una segunda actividad, así como acoger las recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) relativas a la promoción de la integridad pública.

Con este anteproyecto de ley de prevención de conflictos de intereses del personal en el sector público, recogido en el IV Plan de Gobierno Abierto, se pretendía alcanzar los siguientes objetivos:

- Establecer un nuevo sistema de prevención de conflictos de intereses y de incompatibilidades de los empleados del sector público.
- Regular el desempeño de nuevas formas de prestación de actividades profesionales que no están contempladas en la normativa vigente.
- Nueva regulación de actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades.
- Establecer limitaciones al desempeño de actividades privadas en los supuestos de situaciones administrativas distintas a las de servicio activo.
- Establecer un nuevo y más riguroso sistema de prevención de conflictos de intereses para el personal eventual.

En el marco del trámite de consulta pública<sup>9</sup>, cabe destacar la realización de algunas aportaciones, como las efectuadas Transparencia Internacional, específicamente destinadas para el ámbito local, solicitando la regulación de la gestión y control de los conflictos de interés en el ámbito local de forma rigurosa, reclamando la mejora de las declaraciones de rentas, bienes e intereses de alcaldes y concejales, para conocer todos los posibles ámbitos de conflicto, que “en municipios pequeños es inevitablemente amplio”. Así como otras propuestas específicas, como:

- Regulación puertas giratorias, con especial incidencia en jueces y fiscales, altos funcionarios del Estado.
- Reforzar la independencia de la Oficina de Conflictos de Interés.
- Establecer un régimen de investigación sistemático con unas obligaciones de rendición de cuentas por parte de la Oficina de Conflictos de Interés.
- Fijar un sistema de sanciones claro para electos y altos cargos, en supuestos determinados como el incumplimiento del deber de abstención.
- Establecer una obligación para altos cargos y electos de agenda abierta y transparente.

Un examen a las propuestas recibidas permitiría definir las posibles líneas regulatorias, unas de carácter general, proponiendo una modificación integral del actual sistema de incompatibilidades de empleados públicos y otras, más concretas, que se centran en cuestiones específicas que afectan a determinados colectivos. Las primeras, ponen el énfasis en diseñar “ex novo” un sistema de prevención de conflictos de intereses con una perspectiva integral, que no se limite sólo a la normativa de incompatibilidades sino que se extienda a otros aspectos relevantes, entre ellos, nuevas normas de abstención y recusación, exigencias de declaraciones para empleados públicos, sistemas de denuncias y protección de alertadores, regulación de los regalos y otros beneficios no monetarios, modificación del régimen disciplinario, o mayor control por parte de la Oficina de Conflictos de Intereses. Ello, acompañado de una definición transversal de los conflictos de intereses, que se



8 En los términos establecidos en el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

9 Iniciado el 28 de abril de 2021, y finalizado el 28 de mayo del mismo año, período en el que se recibieron un total de 14 aportaciones de las cuales: 3 fueron presentadas por particulares, 5 por asociaciones y entidades privadas y 6 por entidades públicas.

complementaría con la detección de áreas de riesgo específicas para determinados colectivos, especialmente en las áreas relacionadas con la contratación.

En cuanto al ámbito de aplicación, algunas propuestas plantean la ampliación de este nuevo régimen, que se extendería no sólo a los empleados públicos, sino también a los puestos que realicen funciones públicas dentro de figuras de colaboración público-privada, así como a familiares de los cargos públicos. Y en relación al reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas, se ha propuesto un planteamiento distinto al vigente, en el que no se prohíba toda actividad privada, sino sólo aquella que pueda comprometer las responsabilidades públicas, atendiendo especialmente a criterios funcionales y no tanto a los establecidos actualmente como la dedicación horaria o la cuantía de las retribuciones.

En definitiva, podemos concluir que si bien el conflicto de interés se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico español, esta regulación es asimétrica, dispersa e insuficiente y la tendencia actual hacia el refuerzo de las políticas de integridad, trufada de las técnicas de Compliance, aconsejarían contar con una regulación básica, generalista y en la que se recojan de forma clara y efectiva, las medidas de prevención y procedimiento de gestión de conflicto de intereses, en las que se abordase también una revisión en profundidad de la normativa sobre incompatibilidades.

## Bibliografía.

Campos Acuña, M<sup>a</sup>. C.

- (2023). “La gestión de los conflictos de intereses como riesgo de corrupción. Un análisis de caso a través de la herramienta de data mining “Minerva””. *Consultar de los ayuntamientos y los juzgados*.
- (2019). *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- (2019). “El conflicto de intereses, las ineficiencias y los desperdicios en la gestión pública, en Guía de integridad en la contratación pública”, FEMP- Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana.
- (2018). “La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, *Consultar de los ayuntamientos y los juzgados*, n<sup>o</sup> 6.

Cerrillo i Martínez, A. (2021). “La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n<sup>o</sup> 25.

Fibla Nicolau, C. (2010). “Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios)”. *Cuadernos de derecho local*, n<sup>o</sup> 23.

Gimeno Feliu, J.M<sup>a</sup>. (2018). “Lucha contra la corrupción en el modelo de control de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, en Campos Acuña, M<sup>a</sup> C., (Coord), *La nueva contratación pública en el ámbito local: claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer-La ley, Las Rozas (Madrid).

Medina Arnáez, T. (2018). “Las prohibiciones de contratar” en Gimeno Feliu, J.M<sup>a</sup>, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Miranzo Díaz, J. (2019). *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).

Meseger Yebra, J.

- (2021). Breves notas sobre la futura ley de prevención de conflictos de intereses del personal al servicio del sector público”, *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 9856.
- (2007). Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración.

Fernández Ramos, S. y Pérez Monguío, J. M<sup>a</sup>. (2012). *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

# Medidas de prevención de los conflictos de intereses. Especial referencia a la declaración de ausencia de conflicto de interés.

Ylenia Díaz Morán  
Secretaría General de Riba-roja de Túria  
Directora de Ribalicita

1

## El reto de que la ciudadanía adquiera el super poder de ser inmune a servirse de lo de todos para satisfacer los intereses propios.

Todas las personas queremos justicia: que se nos dé lo que nos corresponde en cada momento y situación. Así, cuando acudimos al centro de salud esperamos que los profesionales que nos atienden lo hagan con profesionalidad, tomándose el mismo interés con el que lo harían con cualquier otro, sin recibir tratos de favor, pero sin tampoco sufrir un trato peor que los demás. Sin embargo, la experiencia cotidiana a nuestro alrededor, nos dice que nos alegramos cuando tenemos un conocido en el sistema sanitario porque pensamos nos conseguirá unas condiciones de trato más favorables.

A nivel general sucede exactamente lo mismo. Cuando tenemos noticia de que una administración pública adopta decisiones que favorecen arbitrariamente a un colectivo en perjuicio de otro, o cuando se aprueban políticas que difícilmente se justifican por el interés general y que benefician claramente a un colectivo, la mayoría sentimos una honda indignación. Sin embargo, cuando los beneficiados pertenecen al colectivo al que yo pertenezco, nos cuesta más reconocer la injusticia de la medida.

Podríamos decir que a todas las personas nos gusta la imparcialidad en la toma de decisiones, salvo que esas decisiones nos puedan favorecer, en cuyo caso nos suele gustar más que la decisión nos favorezca.

Este modo de proceder no es exclusivo de los países mediterráneos, como tan frecuentemente se nos dice o nos decimos a nosotros mismos con cierto sentido de culpabilidad. Es una tendencia universal, si bien en aquellas culturas en las que los lazos familiares y comunitarios son más fuertes es más probable que se den esas conductas que en aquellas otras más individualistas y en las que existe un sentido más fuerte de ciudadanía. Cicerón ya distinguía entre la *pietas*, que es el amor espontáneo a los que nos son más próximos, y la *humanitas*, que es el esforzado reconocimiento universal hacia todo ser humano por el mero hecho de serlo. En el ámbito de la justicia, y en particular de la justicia distributiva (aquella en la que se reparten los beneficios y las cargas públicas entre los ciudadanos) debe regir ese principio de la *humanitas*, que conduce a la imparcialidad en la toma de decisiones, aunque resulte mucho más laborioso que el de la *pietas*.

Antes de seguir, conviene hacer una pequeña puntualización. Imparcialidad no quiere decir desinterés por las circunstancias que afectan a las personas. Dar a cada uno lo suyo (que es la definición más universal de justicia, que debemos a Ulpiano) no consiste en dar a cada uno lo mismo. En algunos casos, sí será lo correcto: por ejemplo, en el derecho al voto. Pero en muchos otros, proceder así sería enormemente injusto. Ante las niñas y niños es básico reconocer la superioridad de sus intereses; o, en el caso de las personas con discapacidad, es

de elemental justicia que bridemos los apoyos necesarios para que puedan desarrollar sus vidas en igualdad de condiciones con respecto a los demás.

Hemos dicho que existe una tendencia universal en el ser humano a favorecer a los propios. Esa tendencia viene acompañada de una eficaz ceguera para reconocer lo injustificable de este comportamiento. Junto a este modo de proceder debemos hacer mención de otro con el que está estrechamente relacionado: la tendencia a plegarse ante los intereses de los poderosos y a someter o despreciar a los que carecen de poder o se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Estas dos formas de actuar nos evocan lo que Kant llamaba el tronco torcido de la humanidad. La síntesis de ambas, como cabe imaginar, es letal para la convivencia en igualdad. Quizá no sea exagerado decir que la lucha por el Derecho en la que está empeñada la humanidad desde el inicio de los tiempos, tiene mucho que ver con la superación de estas dos malas prácticas: favorecer a los propios y doblegarse ante los poderosos.

Si estas malas prácticas aparecen en cualesquiera circunstancias, cuando la persona ostenta una posición privilegiada para ejercerlas, el riesgo de que las lleve a cabo se multiplica. Así, por ejemplo, si yo como médica obtengo un beneficio de una compañía farmacéutica por prescribir un tratamiento especialmente caro, corro el riesgo de prescribirlo en más casos de los estrictamente imprescindibles. Es el típico conflicto de intereses: en este caso, entre el interés de la administración sanitaria a una gestión eficiente de los recursos y el interés del médico a obtener un ingreso complementario. Este ejemplo es tan burdo que ya no se da en los tiempos actuales. Pero ilustra a la perfección cómo la pugna entre un interés colectivo y uno privado puede fácilmente resolverse a favor de este último.

Si el ser humano se ha sentido desde siempre inclinado a favorecer sus intereses particulares, también es cierto que históricamente ha tratado de combatir esa tendencia. De hecho, casi todas las culturas reconocen la superioridad moral de anteponer el bien común a los intereses particulares. Las tradiciones filosóficas más afinadas van más allá y subrayan que la superioridad del bien común sobre el particular no quiere decir que los bienes particulares no deban ser garantizados y que solo se deba perseguir un bien colectivo. Únicamente quiere decir que la consecución de ese bien común es condición necesaria para la genuina satisfacción de los bienes particulares.

Desde que las administraciones públicas y las corporaciones se convirtieron en entes extraordinariamente complejos, se han multiplicado las reflexiones y las propuestas para combatir los conflictos de interés. De ello nos ocupamos en las páginas siguientes. Ahora bien, todos esos empeños pueden resultar poco efectivos, vacíos o incluso contraproducentes, si nos limitamos a aprobar regulaciones, planes o protocolos. Todas estas medidas tendrán efectividad si no perdemos de vista lo primordial, que es ni más ni menos la generación de una ciudadanía inmune a servirse de lo de todos para satisfacer los intereses propios. ¿Cómo se logra tan ambicioso objetivo? Fomentando una cultura de servicio público que inspire la vida de los ciudadanos. ¿Cómo se fomenta esa cultura? Sin duda, son muchos los agentes sociales que pueden contribuir a generarla. Pero la clave está en la existencia de ciudadanas y ciudadanos que encarnen en su carácter ese modo de proceder, y que resulten un ejemplo atractivo, de modo que susciten el deseo de ser emulados. Eso proponía la tetralogía de la ejemplaridad pública, que publicó Javier Gomá hace no tantos años, y que mantiene intacta su vigencia.

## 2

## La regulación de los riesgos en la gestión de los fondos públicos que trajo consigo la respuesta europea a la COVID-19.

La crisis provocada por la pandemia que asoló al mundo, la COVID-19, motivó que, el 21 de julio de 2020, el Consejo Europeo acordara un Instrumento Europeo de Recuperación, el Fondo Next Generation EU para dar

una respuesta desde Europa, coordinada con los Estados miembros, con el fin de hacer frente a las graves consecuencias económicas y sociales ocasionadas por aquella.

En el marco de la iniciativa Next Generación EU se crea el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (en adelante MRR), instrumento orientado a abordar los retos que surgen ante la necesidad de dar una respuesta excepcional que permita hacer frente a "las consecuencias económicas adversas de la crisis de la COVID-19 o a las necesidades de financiación inmediatas para evitar un rebrote de esta crisis"<sup>1</sup>.

El Mecanismo ha sido objeto de regulación mediante el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el MRR el cual siendo consciente de la exposición de la ejecución del Mecanismo al fraude y otras irregularidades establece en el apartado primero de su artículo 22 que *"los Estados miembros, en su condición de beneficiarios o prestatarios de fondos en el marco del Mecanismo, adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la Unión y para velar porque la utilización de los fondos en relación con las medidas financiadas por el Mecanismo se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular a lo que se refiere a la prevención y detección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses"*

El Reglamento (UE Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo Reglamento Financiero ha reforzado las medidas de protección de los intereses financieros de la UE siendo una de las medidas más destacadas al respecto el refuerzo de las normas relativas a los conflictos de intereses, de manera que además de la gestión directa e indirecta, ahora se extienden de forma explícita a las autoridades de los Estados miembros (independientemente de sus sistemas de gobernanza interna) y a toda persona que ejecute alguno de los fondos de la UE en régimen de gestión compartida.

De conformidad con el artículo 61.3 del citado Reglamento Financiero existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones por parte de las autoridades nacionales con la amplitud descrita en el párrafo anterior se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal.

Y en el supuesto de que se produzca esa situación de conflicto de intereses los apartados 1 y 2 del artículo 61 RF prevén que las autoridades nacionales:

1. No adoptarán ninguna medida que pueda acarrear un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión.
2. Adoptarán las medidas oportunas para evitar un conflicto de intereses en las funciones que estén bajo su responsabilidad y para hacer frente a situaciones que puedan ser percibidas como conflictos de intereses.
3. Cuando exista el riesgo de un conflicto de intereses de una autoridad nacional, la persona en cuestión remitirá el asunto a su superior jerárquico y éste último será el encargado de confirmar si existe un conflicto de intereses.
4. Cuando se considere que existe un conflicto de intereses, la autoridad nacional pertinente velará por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto.
5. Velará por que se adopte cualquier medida adicional según la legislación aplicable.

Como podemos observar las consecuencias son serias siendo muy importante atajar cualquier posible situación de conflicto de interés incluso antes de que se produzca. La prevención en esta materia es esencial.

Es de gran interés al respecto la Comunicación de la Comisión (2021/C 121/01) relativa a Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero. En ella, se pone de manifiesto que estas situaciones de conflicto de intereses se pueden producir en cualquier momento.



1 Considerando 6 del Reglamento (UE) 2020/2094.

Y por ello considera de vital importancia prevenir las o gestionarlas adecuadamente cuando se producen. Especificando que “este requisito es crucial para mantener la transparencia, la reputación y la imparcialidad del sector público, así como la credibilidad de los principios del Estado de Derecho como un valor fundamental de la UE. Esto es esencial para mantener la confianza del público en la integridad y la imparcialidad de los organismos y los funcionarios públicos, así como en los procesos de toma de decisiones que están al servicio de los intereses generales”<sup>2</sup>

Nos encontramos ante la necesidad de identificar claramente esas situaciones de conflicto de intereses para, por una parte (y la más fundamental) poder adoptar todas las medidas preventivas que eviten que lleguen a producirse y en segundo lugar, si éstas se produjeran atajarlas de forma inmediata puesto que la propia reputación y credibilidad del sector público está en juego. Es mucho lo que nos jugamos y ello exige adoptar todas las medidas que estén a nuestro alcance.

En este sentido, la aprobación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ha venido a establecer la obligatoriedad de disponer de un plan de medidas antifraude en todas aquellas entidades decisorias o ejecutoras de fondos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por el que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El artículo 6 de la citada Orden lleva por título “Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses” y contempla en su apartado cuarto como actuaciones obligatorias para los órganos gestores:

- la evaluación de riesgo de fraude.
- la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Intereses (DACI).
- la disponibilidad de un procedimiento de conflicto de intereses.

La necesidad de elaborar este Plan por parte de todas las entidades gestoras de fondos ha puesto el foco sobre la necesidad de disponer de un sistema de integridad pública que incorpore códigos éticos, sistemas de difusión, información y sensibilización en valores éticos, canales de consulta y asesoramiento sobre dilemas éticos por ejemplo sobre posibles supuestos de conflicto de intereses, sistema de alertas, órganos de garantía o control y con la previsión de un mecanismo de evaluación y seguimiento del propio sistema.

### 3

## **Medidas de prevención de los conflictos de intereses previstas en la Orden HPF/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.**

El anexo III.C de la Orden HPF/1030/2021 recoge en el apartado primero del apartado d) cuatro medidas relacionadas con la prevención del conflicto de intereses para abordar en el apartado siguiente las medidas para abordar los conflictos de intereses ya existentes.

Centrándonos en la prevención vamos a analizar las cuatro medidas propuestas:



2 Comunicación de la Comisión (2021/C 121/01) relativa a Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero

### **3.1. Comunicación, formación y sensibilización.**

La Orden habla de “comunicación e información al personal de la entidad sobre las distintas modalidades de conflicto de interés y la forma de evitarlo”

Para poder comunicar e informar al personal de manera exitosa resulta necesario formar y dotar al personal de las competencias necesarias. Dicha formación traerá como consecuencia la sensibilización y deberá hacerse extensiva a toda la organización, tanto los empleados y empleadas públicas, como las autoridades y el personal directivo puesto que es necesario que todos los integrantes de la entidad tomen conciencia de la necesidad de luchar contra el fraude, la corrupción y el conflicto de intereses. Y asimismo adquieran la capacitación necesaria para identificar y responder a los presuntos casos en los que se materialicen los posibles riesgos.

A modo orientativo se proponen las siguientes acciones:

- Un plan de comunicación que permita a todos los integrantes de la organización conocer la política antifraude de la misma: Código de conducta, contenido del Plan antifraude, política de regalos y demás cuestiones de interés. Las vías de comunicación más adecuadas serán aquellas que tengan mayor nivel de seguimiento. Para algunos Ayuntamientos será un portal interno o intranet mientras que para otros municipios quizás de pequeño tamaño lo más efectivo sea un correo electrónico o una reunión explicativa.

Es muy importante potenciar la comunicación en este ámbito. Y ese es un gran déficit de las administraciones públicas y en concreto de las locales que si bien cuidan mucho su comunicación externa no tienen organizado un buen sistema de comunicación interna. Urge profesionalizar la comunicación en las administraciones puesto que es un área que tradicionalmente ha estado vinculado al personal eventual o de confianza así como concienciar a los responsables políticos de la importancia de la comunicación interna que se suele dejar en manos del voluntarismo de los gestores de las diferentes áreas. Es sorprendente pero real que en ocasiones tenemos más información de organizaciones externas que de la propia.

- Un plan de formación responsive y adaptado a las necesidades. Hablo de plan porque no basta una acción aislada. Uno de los riesgos como antes veíamos de la política de prevención es adoptar una serie de medidas con la única intención de “cumplir” de “poner la x” y así ya consideramos que está todo hecho. Para evitar que todo se quede en algo que simplemente hay que hacer y conseguir que impregne y logre inspirar a toda la organización consiguiendo un verdadero cambio de cultura es necesario llevar a cabo toda una serie de acciones continuadas. No solo es que se realiza una acción aislada y así ya hemos cumplido sino que es más bien al contrario; el convencimiento y la sensibilización nos llevarán a querer dar siempre un paso más.

Pero para ello es necesario que la formación sea responsive y empática con el destinatario. Y ello dependerá de las características de la organización y del personal a quien va destinada. En algunos casos lo ideal será que se on line y en otros sin embargo será imprescindible que sea presencial. En función de los destinatarios se acertará en algunos casos con una pildora formativa de duración más limitada y en otros será necesario sin embargo un día entero o varios. Y lo mismo ocurre con el formato que es conveniente ir variándolo y combinar acciones formativas más teóricas con talleres prácticos y participativos. Siendo también muy positivo la transferencia del conocimiento que se puede llevar a cabo al compartir experiencias (por ejemplo, supuestos en los que una persona se haya planteado la existencia o no de un conflicto de intereses y cómo lo ha resuelto...etc).

Respecto al contenido de la formación nos puede servir de orientación la<sup>3</sup> “Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude que nos propone las siguientes materias:



3 Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude. IGAE.

- “ 1) Definición de fraude, corrupción, conflicto de intereses y doble financiación, incluyendo las conductas o prácticas en las que se suele manifestar.
- 2) Explicación del impacto que tienen estas conductas tanto desde un punto de vista económico y operativo como en la reputación de la entidad.
- 3) Técnicas que llevan a identificar los anteriores riesgos.
- 4) Mecanismos para comunicar las situaciones irregulares cuando ocurran.
- 5) La existencia de un régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos, sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan concurrir.”

A modo de ejemplo en el Ayuntamiento de Riba-roja de Túria entre otras acciones recientemente hemos llevado a cabo una sesión formativa que constaba de.

- a | Formación destinada a toda la Corporación municipal (Alcalde y Concejales/as).
- b | Sesión generalista al personal del Ayuntamiento.
- c | Taller experto a los integrantes del Comité antifraude.



Imagen de la formación a la Corporación municipal.

- Con la finalidad de lograr una sensibilización de la organización resulta muy conveniente que exista un compromiso de la entidad con la adopción de medidas de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés así como el compromiso de toda la organización de respetar el código ético al que hacíamos antes referencia. Es importante que estos compromisos estén recogidos en una declaración institucional.

Los responsables de la entidad han de dar ejemplo de integridad (“tone at the top”) y generar un ambiente de diálogo con los empleados para expresar su punto de vista sin temor a represalias.

Es importante que se perciba que hay una tolerancia cero en la organización con respecto a los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y doble financiación.

- Otra propuesta a llevar a cabo para potenciar la formación, comunicación y sensibilización de manera fácil y sencilla es mediante la redacción de un listado de Fags que podríamos colgar en la web municipal para que sea de fácil acceso y que podrían ser de gran utilidad para la difusión de unos conocimientos básicos.

A modo de ejemplo y respecto a la cuestión que nos ocupa se podrían plantear las siguientes:

¿Qué es un conflicto de interés?

¿Qué he de hacer o a quién puedo consultar si tengo dudas sobre si estoy incurso en un conflicto de interés?

¿Qué puedo hacer si pienso que una compañero/a está incurso en un conflicto de interés?

¿Qué prevé el Plan antifraude de mi Ayuntamiento sobre cómo abordar los conflictos de intereses.?

### **3.2. Cumplimentar una declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI).**

Como segunda medida relacionada con la prevención del conflicto de intereses la Orden 130/2021 contempla la necesidad de cumplimentar una DACI por parte de los intervinientes en los procedimientos, en todo caso el responsable del órgano de contratación/concesión de subvención, el personal que redacte los documentos de licitación/bases y/o convocatorias, los expertos que evalúen las solicitudes/ofertas/propuestas y demás órganos colegiados en el procedimiento. Y proporciona un modelo de DACI.

Dada la relevancia de esta declaración le vamos a dedicar el apartado siguiente en su integridad a los efectos de poder analizarla con detalle.

### **3.3. Comprobación de información a través de bases de datos.**

Se procederá a la comprobación de la información a través de bases de datos de los registros mercantiles, bases de datos de organismos nacionales y de la UE o a través de la utilización de herramientas de prospección de datos (*"data mining"*) o de puntuación de riesgos (ARACHNE).

Esta medida ha sido reforzada con la Orden HPF/55/2023 que contempla la herramienta informática de *data mining* con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España, MINERVA. Al respecto resulta de especial utilidad la "Guía práctica para la aplicación de la Orden HPF/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia".

### **3.4. Aplicación estricta de la normativa interna (estatal, autonómica o local).**

En particular establece la Orden "el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público relativo a los principios éticos, el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a la abstención y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno".

Ello nos conduce a la conveniencia de disponer de un Código ético o de conducta.

Como dice Jaime Pintos<sup>4</sup> con el fin de definir un sistema preventivo que favorezca el aseguramiento de la integridad y la prevalencia de los intereses públicos frente a otros que pudieran concurrir y causar disfunciones, ineficiencias o fraudes deberían incluirse en el Código Ético de Integridad y Transparencia una serie de estándares de conducta aplicables al personal de la entidad.

Pero ¿por qué es necesario disponer de un Código ético o de conducta? El hecho de que se haya establecido la obligatoriedad de disponer de un Plan antifraude y los riesgos que su ausencia puede comportar para las entidades que gestionan fondos europeos es muy positivo en cuanto que ha servido para que nos replanteemos la necesidad de reforzar los sistemas de integridad en las diferentes administraciones públicas pero también existe el riesgo de que nos conformemos con establecer una serie de documentos, declaraciones institucionales, compromisos genéricos a modo de check list con el convencimiento de que así hemos cumplido pero sin que los principios y valores éticos inspiren la cultura de la organización.

Sería deseable no solo querer cumplir con una norma sino llegar al pleno convencimiento de la bondad de la cultura del cumplimiento, del servicio público, de la ética, de la actuación ejemplar de la Administración. La convicción de que la toma de decisiones en el ámbito público implica tener en cuenta única y exclusivamente el interés general sin que la influencia de ningún interés particular, afinidad, o vinculación de ningún tipo pueda alterar en lo más mínimo dicha decisión. La convicción de que lo público es de todos y exige a sus gestores el mismo mimo que si fuera propio y el máximo interés en que cada actuación sea ejemplar.

Una vez tenemos claros los motivos que nos han podido llevar a elaborar e implantar un código de conducta en nuestra administración habría que preguntarse por su finalidad. ¿Para qué un Código ético?

Un código ético o de conducta se presenta como una herramienta de *soft law* que constituye una valiosa ayuda a las personas de la organización en la toma de decisiones alineadas con los estándares éticos y de integridad aplicables a la gestión pública y promoverá la rendición de cuentas como sistema de cumplimiento del mismo.

A través del mismo se pueden lograr los siguientes objetivos:

- Tiene un carácter preventivo y orientador de la actividad de las autoridades y empleadas y empleados públicos de la entidad que desplieguen sus actividades directivas o profesionales, directa o indirectamente, sobre el ámbito de la gestión pública lo que revierte directamente a la prevención de los posibles conflictos de intereses que puedan producirse.
- Contribuye de manera notable a mejorar la cultura ética de la correspondiente entidad.
- Del mismo modo, las personas ajenas a la institución que participen o intervengan en cualquiera de los procesos competitivos, de adjudicación, ejecución o finalización de los correspondientes contratos públicos o subvenciones promovidas por la entidad, estarán obligadas al cumplimiento del correspondiente Código Ético o de Conducta, debiendo comunicar a las autoridades de la entidad contratante cualquier conducta o actuación que pueda considerarse impropia o contraria a la cultura ética de la Entidad.
- Contribuye a la mejora reputacional de la entidad puesto que cualquier persona que se relaciona con la misma toma conciencia de que en dicha organización rigen dichas normas de conducta.



4 PINTOS SANTIAGO J. "Public Compliance en la contratación pública: la visión de la administración como entidad contratante". *Guía práctica de compliance en el sector público*. CAMPOS ACUÑA C. dir (Wolters Kluwer España, 2020).

## 4 Especial referencia a la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI).

La cumplimentación de la DACI se configura como una actuación obligatoria para los órganos gestores (artículo 6.4 Orden HFP/1030/2021). Obligatoriedad que refuerza el artículo 5 al recoger la suscripción de la misma por quienes participan en los procedimientos de ejecución del PRTR como uno de los elementos mínimos que ha de recoger el Plan de medidas antifraude.

### 4.1. Quienes deben suscribir la DACI.

De conformidad con el Anexo III C apartado d) de la Orden HPF/1030/2021 deben suscribirla los intervinientes en los procedimientos si bien concreta que en particular los siguientes:

- El responsable del órgano de contratación/concesión de subvención,
- El personal que redacte los documentos de licitación/bases y/o convocatorias,
- Los expertos que evalúen las solicitudes/ofertas/propuestas.
- Los miembros de los comités de evaluación de solicitudes/ofertas/propuestas.
- Demás órganos colegiados del procedimiento.

A este respecto conviene tener en cuenta también la Instrucción de 23 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante Instrucción JCCPE de 23 diciembre de 2021) que en su apartado segundo i) in fine dice textualmente “también resulta imprescindible que el contratista presente la declaración, la cual en su caso debe aportarse en el mismo momento de la formalización del contrato o inmediatamente después. Igualmente habrá de presentarse por todos los subcontratistas”.

Completa la regulación de esta materia la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

De conformidad con el artículo 3 de dicha Orden HPF/55/2023 deberán firmar electrónicamente las Declaraciones de Ausencia de Interés (DACI):

- a | El órgano de contratación unipersonal y miembros del órgano de contratación colegiado.
- b | Miembros del órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación que participen en los procedimientos de contratación en las fases de valoración de ofertas, propuesta de adjudicación y adjudicación del contrato.
- c | Órgano competente para la concesión de subvenciones y miembros de los órganos colegiados de valoración de solicitudes, en las fases de valoración de solicitudes y resolución de concesión de subvención. Añadiendo a continuación que estas personas deberán firmar electrónicamente las DACI respecto a los procedimientos de contratación o de concesión de subvenciones si bien, esta formulación se realizará una vez se han conocido dichos participantes.



5 Instrucción de 23 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Cabe tener en cuenta lo dispuesto en ambas Órdenes pues la Orden HPF/55/2023 no deroga ni modifica lo dispuesto al respecto en la Orden HPF 1030/2021. Lo que sorprende dado que como ahora veremos recoge también un Anexo I con otro modelo de DACI.

## 4.2. Contenido de la DACI.

Tanto la Orden HPF/1030/2021 en el Anexo IV como la Orden HPF/55/2023 en el Anexo I recogen modelos de DACI.

En ambos casos nos encontramos ante la necesidad de que el firmante:

- Sea conocedor del concepto de conflicto de intereses previsto en el artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE y en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Sea consciente de las causas de abstención previstas en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Declare que no se encuentre incurso en ninguna situación que pueda calificarse de conflicto de intereses.
- Se comprometa a poner en conocimiento cualquier situación de conflicto de intereses de la que sea conocedor.
- Sea consciente de las consecuencias disciplinarias, administrativas y judiciales que conlleva el que la declaración efectuada sea falsa. Y es que el hecho de efectuar una declaración puede dar una falsa impresión de seguridad y a la persona que la presenta una falsa sensación de descargo, por lo que es importante que las personas sepan que sus declaraciones pueden ser objeto de comprobación para verificar la exactitud y veracidad de la información proporcionada y que en el caso de no ser veraz tendría consecuencias.
- En el modelo de la Orden HPF/55/2023 se añade la necesidad de estar informado de la herramienta informática que analizará las posibles relaciones o intereses que puedan originar un conflicto de interés (MINERVA).

Veamos los citados modelos:

### a | **Modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) prevista en la Orden HPF/1030/2021 en el Anexo IV :**

*Expediente:*

*Contrato/subvención.*

*Al objeto de garantizar la imparcialidad en el procedimiento de contratación/subvención arriba referenciado, el/los abajo firmante/s, como participante/s en el proceso de preparación y tramitación del expediente, declara/declaran:*

**Primero.** *Estar informado/s de lo siguiente:*

1. *Que el artículo 61.3 «Conflicto de intereses», del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio (Reglamento financiero de la UE) establece que «existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier motivo directo o indirecto de interés personal.»*
2. *Que el artículo 64 «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses» de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tiene el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y asegurar la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.*

3. Que el artículo 23 «Abstención», de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que deberán abstenerse de intervenir en el procedimiento «las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente», siendo éstas:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar».

**Segundo.** Que no se encuentra/n incurso/s en ninguna situación que pueda calificarse de conflicto de intereses de las indicadas en el artículo 61.3 del Reglamento Financiero de la UE y que no concurre en su/s persona/s ninguna causa de abstención del artículo 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que pueda afectar al procedimiento de licitación/concesión.

**Tercero.** Que se compromete/n a poner en conocimiento del órgano de contratación/comisión de evaluación, sin dilación, cualquier situación de conflicto de intereses o causa de abstención que dé o pudiera dar lugar a dicho escenario.

**Cuarto.** Conozco que, una declaración de ausencia de conflicto de intereses que se demuestre que sea falsa, acarreará las consecuencias disciplinarias/administrativas/judiciales que establezca la normativa de aplicación.

(Fecha y firma, nombre completo y DNI).

Cargo: .....

Se establece en la Orden que en el caso de que se trate de órganos colegiados, dicha declaración puede realizarse al inicio de la correspondiente reunión por todos los intervinientes de la misma y reflejándose en el Acta.

Por su utilidad práctica adjunto modelos de cómo incluirlo en el Acta de la Mesa de Contratación contenida en la “6Guía orientativa sobre aspectos a incorporar a expedientes y pliegos rectores de contratación financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” elaborada por la Subdirección General de Contratación de la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa.

#### b | Modelo de cómo incluirlo en el Acta de la Mesa de Contratación.

Los miembros de la Mesa de contratación declaran expresamente, a la vista de los operadores económicos que han concurrido a la presente licitación, según consta en Acta \_\_\_/\_\_\_ de fecha \_\_ de \_\_ de 20\_\_, como consideración



6 Guía orientativa sobre aspectos a incorporar a expedientes y pliegos rectores de contratación financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

previa a iniciar el acto de apertura del primer sobre de la licitación, lo siguiente: *Primero. Estar informados de lo siguiente: 1. Que el artículo 61.3 «Conflicto de intereses», del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio (Reglamento financiero de la UE) establece que «existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier motivo directo o indirecto de interés personal.» 2. Que el artículo 64 «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses» de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tiene el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y asegurar la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. 3. Que el artículo 23 «Abstención», de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que deberán abstenerse de intervenir en el procedimiento «las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente», siendo éstas: a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato. c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior. d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate. e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar. Segundo. Que no se encuentran incursos en ninguna situación que pueda calificarse de conflicto de intereses de las indicadas en el artículo 61.3 del Reglamento Financiero de la UE y que no concurre en sus personas ninguna causa de abstención del artículo 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que pueda afectar al procedimiento de licitación/concesión. Tercero. Que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, sin dilación, cualquier situación de conflicto de intereses o causa de abstención que dé o pudiera dar lugar a dicho escenario. Cuarto. Conocen que, una declaración de ausencia de conflicto de intereses que se demuestre que sea falsa, acarreará las consecuencias disciplinarias/administrativas/judiciales que establezca la normativa de aplicación. Y para que así conste y quede unido al Acta citada, firman esta declaración en prueba de conformidad. Persona que ostenta las funciones de la Presidencia (Identificación mediante nombre completo y DNI) Persona que ostenta las funciones de la Secretaría (Identificación mediante nombre completo y DNI) Personas que ostentan las funciones de las vocalías (Identificación mediante nombre completo y DNI) Demás personas que asistan a la mesa de contratación (Identificación mediante nombre completo y DNI y calidad en el que lo hacen).*

**c | Modelo DACI prevista en el Anexo I de la Orden HPF/55/2023.**

El contenido mínimo de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés, es el siguiente:

Expediente:

Contrato/subvención.

*Al objeto de garantizar la imparcialidad en el procedimiento de contratación/subvención arriba referenciado, el/los abajo firmante/s, como participante/s en el proceso de preparación y tramitación del expediente, declara/declaran:*

**Primero.**

*Estar informado/s de lo siguiente:*

1. *Que el artículo 61.3 «Conflicto de intereses», del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio (Reglamento financiero de la UE) establece que «existirá conflicto de intereses cuando*

- el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier motivo directo o indirecto de interés personal».*
2. *Que el artículo 64 «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses» de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, define el conflicto de interés como «cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación».*
  3. *Que el apartado 3 de la Disposición Adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, establece que «El análisis sistemático y automatizado del riesgo de conflicto de interés resulta de aplicación a los empleados públicos y resto de personal al servicio de entidades decisoras, ejecutoras e instrumentales que participen, de forma individual o mediante su pertenencia a órganos colegiados, en los procedimientos descritos de adjudicación de contratos o de concesión de subvenciones».*
  4. *Que el apartado 4 de la citada disposición adicional centésima décima segunda establece que:*
    - *«A través de la herramienta informática se analizarán las posibles relaciones familiares o vinculaciones societarias, directas o indirectas, en las que se pueda dar un interés personal o económico susceptible de provocar un conflicto de interés, entre las personas a las que se refiere el apartado anterior y los participantes en cada procedimiento».*
    - *«Para la identificación de las relaciones o vinculaciones la herramienta contendrá, entre otros, los datos de titularidad real de las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 22.2.d.iii) del Reglamento (UE) 241/2021, de 12 febrero, obrantes en las bases de datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y los obtenidos a través de los convenios suscritos con los Colegios de Notarios y Registradores».*

### **Segundo.**

*Que, en el momento de la firma de esta declaración y a la luz de la información obrante en su poder, no se encuentra/n incurso/s en ninguna situación que pueda calificarse de conflicto de interés, en los términos previstos en el apartado cuatro de la disposición adicional centésima décima segunda, que pueda afectar al procedimiento de licitación/concesión de subvenciones.*

### **Tercero.**

*Que se compromete/n a poner en conocimiento del órgano de contratación/comisión de evaluación, sin dilación, cualquier situación de conflicto de interés que pudiera conocer y producirse en cualquier momento del procedimiento en curso.*

### **Cuarto.**

*Que conoce que una declaración de ausencia de conflicto de interés que se demuestre que sea falsa, acarreará las consecuencias disciplinarias/administrativas/judiciales que establezca la normativa de aplicación.*

Por lo tanto nos encontramos con dos modelos de DACI que aunque similares no son idénticos ni la coincidencia en su aplicación es absoluta por lo que siguiendo a Miguel Ángel Bernal Blay podemos llegar a la conclusión de "7"la convivencia de los dos modelos de DACI y su aplicación según el caso". Así el profesor Bernal prevé la



7 BERNAL BLAY M., "Un poco de luz sobre la formulación de DACIs en los procedimientos de contratación de actuaciones financiadas con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Observatorio Contratación Pública. 2023. <https://www.obcp.es/opiniones/un-poco-de-luz-sobre-la-formulacion-de-dacis-en-los-procedimientos-de-contratacion-de>

utilización de una u otra según tanto el ámbito objetivo, dado que la DACI incluida en la Orden de 2023 está circunscrita únicamente a las actuaciones a financiar con fondos del PRTR si se canalizan a través de contrato o subvención y mediante un criterio subjetivo referido a las personas que han de someterse al análisis de la aplicación MINERVA en cuyo caso según su criterio se utilizaría el modelo de la Orden HPF/55/2023 y en caso contrario el modelo de la Orden HPF/1030/2021.

Si bien, lo más conveniente sería que se unificase el modelo para una mayor facilidad en su aplicación.

### **4.3. Firma electrónica y custodia de las DACIs.**

Las DACI deberán de firmarse electrónicamente y conviene que la organización disponga de un registro de declaraciones de conflicto de interés que garantice la trazabilidad con independencia de su incorporación a los expedientes de contratación o subvenciones.

### **4.4. Aspectos a tener en cuenta en materia de contratación.**

Siguiendo lo dispuesto en la Instrucción de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 23 de diciembre de 2021 y en relación al riesgo de conflicto de intereses deberemos de realizar las siguientes actuaciones:

#### **a | En la fase de preparación del contrato:**

- La cumplimentación de la DACI, obligación que se impone en las diferentes fases del contrato a todos los intervinientes en el mismo y de una manera especial a las personas que hemos señalado en el apartado 4.1.
- Acreditar la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses y fraudes que comprenda las medidas de prevención, detección, corrección y persecución adecuadas.

Tales medidas deberán estar incorporadas al plan aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora, pero su existencia deberá documentarse en el expediente de contratación.

#### **b | Aspectos a incluir en los pliegos rectores del contrato:**

- En los pliegos se habrá de incluir necesariamente una referencia expresa a la obligatoria aplicación al contrato en cuestión del plan de medidas antifraude y anticorrupción, incluyendo el conflicto de intereses, correspondiente al contrato, que habrá de aprobarse previamente por la entidad decisora o ejecutora.
- En los pliegos deberá también incluirse la obligación de cumplimentación de la DACI por todas las personas obligadas a ello.

Recomienda la Junta Consultiva que se prevean **penalidades** para el incumplimiento de esa obligación. Señalando que también es posible configurarla como una obligación contractual esencial y calificarla como causa de resolución del contrato. No obstante, en la medida en que la resolución del contrato puede aparejar un importante retraso y atendiendo al tipo de contratos de que se trata, cuya ejecución puede tener que estar finalizada en un plazo limitado, la inclusión de una causa de resolución por esta causa se producirá únicamente en supuestos excepcionales en que tal retraso no suponga, desde este punto de vista, un perjuicio significativo para la entidad contratante.

#### **c | Aspectos a incluir en el expediente de contratación:**

- En el expediente de contratación se hará constar las actuaciones previas señaladas que se hayan realizado.
- También se hará constar la constatación de que se ha realizado una evaluación del riesgo de conflicto de interés aplicada al contrato público en cuestión.

- Se hará referencia a la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de interés. Si bien en este caso será suficiente una mención a tal disponibilidad, sin necesidad de incluir el documento que contenga ese procedimiento.
- Se incluirán todas las DACI cumplimentadas por los intervinientes en la licitación por parte del órgano de contratación y las de contratistas y subcontratistas cuando se obtengan.

#### **4.5. Aspectos a tener en cuenta en materia de subvenciones.**

- En el caso de subvenciones de concurrencia masiva ( más de cien solicitudes), el análisis previsto en la Orden HFP/55/2023 se realizará conforme a lo previsto en el Anexo III de la misma destacando que en el caso de que no exista la posibilidad de que ninguna de las subvenciones finalmente otorgadas superen los 10.000 euros, el órgano responsable de la operación podrá optar por aplicar el análisis del riesgo de conflicto de interés para todos los solicitantes o bien seleccionar una muestra según lo indicado en el citado Anexo.
- El procedimiento de análisis será también de aplicación a los órganos que actúen por delegación o a aquellos que se hayan desconcentrado las correspondientes competencias.
- Finalmente señalar que no será necesario realizar el análisis de control de conflicto de interés cuando el destinatario de la subvención sea una entidad ejecutoria o instrumental.

## **5 | Conclusión.**

Para concluir no puedo estar más de acuerdo con Patricia Iglesias cuando afirma que <sup>8</sup>“en cualquier institución pública pueden existir actuaciones que, sin constituir corrupción, sean contrarias a los principios y valores que inspiran la organización (conductas impropias o malas prácticas). Los riesgos de corrupción son solo una parte de los riesgos para la integridad de las instituciones públicas, En la esfera pública, la integridad se identifica con la observancia de los valores y principios de buena administración. En un entorno íntegro, los servidores públicos cumplirán con sus responsabilidades, ejercerán sus atribuciones y utilizarán la información y los recursos públicos en beneficio al interés general al que sirven”.

Es decir, que toda la acción de los servidores públicos ha de ir orientada al beneficio del interés general y por ello es tan importante prevenir y cuando ello no sea posible detectar y evitar cualquier conflicto de interés que limite o pueda afectar a ese interés general que debe presidir e inspirar toda actuación pública.

Debemos revisar la contratación pública y la gestión pública en general en la línea del ODS 16 que como señala Concepción Campos <sup>9</sup>“permitirá crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas y garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades, y en el marco de esas decisiones, las relativas a la contratación, evitando los conflictos de intereses, promoviendo la libre concurrencia y la igualdad así como la calidad de los servicios públicos”



8 IGLESIAS REY P. “Mapa de riesgos para la prevención de la corrupción”. *Guía práctica de compliance en el sector público*. CAMPOS ACUÑA C. dir (Wolters Kluwer España, 2020).

9 CAMPOS ACUÑA, C. “Como alcanzar los ODS a través de la contratación pública en 3 ejes”. *Mas que leyes*. <https://concepcioncampos.org/como-alcanzar-los-ods-a-traves-de-la-contratacion-publica-en-3-ejes/>

## Bibliografía:

- BERNAL BLAY M., "Un poco de luz sobre la formulación de DACIs en los procedimientos de contratación de actuaciones financiadas con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. *Observatorio Contratación Pública*. 2023. <https://www.obcp.es/opiniones/un-poco-de-luz-sobre-la-formulacion-de-dacis-en-los-procedimientos-de-contratacion-de>.
- CAMPOS ACUÑA, C. "Como alcanzar los ODS a través de la contratación pública en 3 ejes". *Mas que leyes*. <https://concepcioncampos.org/como-alcanzar-los-ods-a-traves-de-la-contratacion-publica-en-3-ejes/>
- IGLESIAS REY P. "Mapa de riesgos para la prevención de la corrupción". *Guía práctica de compliance en el sector público*. CAMPOS ACUÑA C. dir (Wolters Kluwer España, 2020).
- PINTOS SANTIAGO J. "Public Compliance en la contratación pública: la visión de la administración como entidad contratante". *Guía práctica de compliance en el sector público*. CAMPOS ACUÑA C. dir (Wolters Kluwer España, 2020).

# Códigos éticos: interacción entre el marco normativo y las normas de soft law para la gestión de los conflictos de intereses.

Eider Sarria Gutiérrez

Vicesecretaria Ayuntamiento de Leioa

## 1 Contextualización: la realidad del momento.

“Cuestión de género”<sup>1</sup>, es un biopic inspirado en Ruth Bader Ginsburg. La jueza del Tribunal Supremo estadounidense, reivindicando que “La razón es el alma de toda Ley”, logró cambiar el curso de la historia con un singular caso sobre discriminación de género que abrió el camino para la igualdad en los Tribunales.

En su alegato final, Ginsburg, alude a la necesidad de interpretar las normas de acuerdo a la realidad del momento y emplaza al tribunal a sentar jurisprudencia y abrir camino para cambiar las 178 leyes que, en 1970, en Estados Unidos, discriminaban por razón de sexo.

Para mostrar el paso de tiempo, la aceptación o no a determinadas imposiciones normativas, usos y costumbres sociales comúnmente tolerados por la sociedad civil y la evolución social, la jueza evoca un caso perdido hacía exactamente 100 años planteado por una mujer que quiso ser abogada y se lo negaron, fallaron en su contra. Hoy nadie lo entendería. En 1956 Bader Ginsburg fue una de las 9 únicas mujeres que cursaron sus estudios en la facultad de derecho; sin embargo, ello no fue óbice para terminarlos primera de su promoción y graduarse con mención de honor tanto en Harvard como en Columbia. Ese cambio, la posibilidad que ella hoy tenía para ejercer la abogacía era la muestra de una evolución social hacia una colectividad más madura, más democrática, más global, que había posibilitado que Ginsburg estuviera frente a ellos reivindicando justicia social en la causa tributaria que defendía donde, a su cliente, se le discriminaba fiscalmente por la mera razón de ser un hombre.

Los conflictos de interés en el ámbito público responden de una u otra manera a esta misma perspectiva: el umbral de justicia e injusticia que están dispuestas a asumir o tolerar las organizaciones y todo el conjunto de personas que con éste o aquél rol interactúan con ellas.

Las sociedades, los países, la ciudadanía en su acepción más amplia se embebe de unos principios y valores, de unos límites y reglas, de unos códigos de conducta socialmente admitidos que traspasan las fronteras del derecho positivo y que, incluso, como hemos visto a colación de la sinopsis planteada, sirven en muchas ocasiones de inspiración en la interpretación de las normas y posterior evolución legislativa.

En esta intersección entre el derecho positivo y las conciencias individuales y colectivas es donde se abren paso los códigos éticos que analizaremos a lo largo de los distintos epígrafes en los que se desgrana el presente capítulo, incidiendo especialmente en su estudio desde un prisma local, la administración más próxima a la ciudadanía y donde, por ende, la ética pública adquiere una especial relevancia.

1 On the Basis of Sex (2018), es una película biográfica basada en la vida de Ruth Bader Ginsburg, Jueza de la Corte Suprema de Justicia (nombrada en 1993, segunda mujer tras Sandra Day O'Connor), dirigida por Mimi Leder y escrita por Daniel Stiepleman.

Referiremos asimismo a su incidencia, vinculación y eficacia en una materia tan sensible y trascendental como es la contratación, haciendo especial referencia a la aplicación del *soft law* en la resolución de conflictos de intereses, cuestión de máxima actualidad que recientemente ha sido objeto de una regulación más extensa de la mano de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en adelante, LPG23) o la Ley 2/2023, de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, y su impacto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, reguladora de los Contratos del sector Público (en adelante, LCSP).

Tras la aprobación de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre<sup>2</sup>, por la que se aprueba el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, los conflictos de intereses se presentan como un elemento central de los planes antifraude, para la prevención, detección, corrección y persecución del fraude y la corrupción en la gestión de los Fondos Europeos.

## 2 | Gobernanza avanzada y gobierno abierto: ciudadanía 360°

El concepto de Gobernanza se abre paso exigiendo a las Administraciones Públicas abogar por asegurar un marco normativo estable y adaptado a las necesidades tanto de la ciudadanía y como del tejido empresarial, que contribuya a simplificar sus relaciones con los distintos agentes del entramado público, a mejorar la competitividad de las empresas y a fortalecer la confianza en las instituciones y en la calidad de los servicios y decisiones.

La Gobernanza Local debe construirse, además, en un marco y con un prisma internacional debiendo poner especial cuidado en el valor del Gobierno Abierto en relación a los ODS 16 "Paz, Justicia e Instituciones Sólidas" y el ODS 17 "Alianzas para la consecución de los objetivos"<sup>3</sup> como puede observarse, de un modo especial, en las siguientes metas:

- Meta 16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.
- Meta 16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.
- Meta 17.17 Fomentar y promover la constitución de alianzas eficaces en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos de las alianzas.



2 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15860>

3 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>



Fuente: elaboración propia.

La apertura de los gobiernos locales en todas las fases del diseño de las políticas públicas y la rendición de cuentas en relación a su gestión, resultan indicadores de madurez de las organizaciones y sus responsables políticos en un necesario ejercicio de coherencia con el sistema democrático, el Estado de Derecho y del Bienestar y la legitimidad de las instituciones.

En este contexto resulta clave avanzar y afianzar en nuestras organizaciones una cultura de gobernanza que se articule en torno a los grandes ejes que definen el Gobierno Abierto: transparencia, colaboración, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia, el crecimiento inclusivo y la integridad. Siendo éste último concepto objeto de análisis exhaustivo en el presente capítulo vinculado a los códigos de éticos y su viabilidad como elemento que coadyuve en la resolución de conflictos que puedan surgir o estar latentes en el ámbito de la contratación pública.

### 3 Marco de integridad holístico: ética pública.

La OCDE, (Organización internacional para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), con más de 60 años de experiencia cuya misión es promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas -en su Recomendación de 26 de enero de 2017 (OECD/Legal/0435)- define la integridad pública como *"la alineación consistente y el cumplimiento de los valores, principios y normas éticos compartidos para mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público"*<sup>4</sup>

La integridad se configura, en consecuencia, como la columna vertebral de la actuación de las instituciones públicas. Su génesis. Más allá del cumplimiento de las obligaciones en la materia que la heterogeneidad normativa nos impone (más reactiva que preventiva), o de los principios de buen gobierno que deben regir la actividad

4 <https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>  
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435>

administrativa, la puesta en marcha y culminación de proceso global de implementación de una política efectiva de Integridad Pública en una organización servirá para plasmar su esencia, sus valores y principios, intangibles, intocables, líneas verdes, amarillas y rojas que una organización –en su percepción holística– no está dispuesta a traspasar.

Llevándolo a la individualidad, podríamos definir la integridad pública como la “marca personal” de las organizaciones, el conjunto de actitudes, aptitudes, conductas y rasgos diferenciales que la caracterizan y diferencian del resto. La ética pública consensuada, acordada y compartida será la plasmación de su naturaleza, su esencia, su *leit motiv* y una verdadera declaración de intenciones que regirán su actuación, en beneficio del interés general, tanto ad intra (cargos electos y personal público) como ad extra (ciudadanía, resto de administraciones, grupos de interés, tejido socio-empresarial...).

El marco de integridad institucional sirve de referencia y adquiere significado desde el momento en que se erige en la guía, en el principio ético y jurídico, que marca la actividad de las entidades públicas siendo como misión ser la brújula que oriente los fines institucionales, las decisiones políticas y la gestión pública, evitando así cualquier injerencia o influencia indebida que suponga una desviación del interés general en favor de intereses personales o particulares.

En consecuencia, la integridad pública en su sentido más amplio deberemos concebirla y ejercerla desde el rol en el que cada uno de nosotros interactuemos con el ámbito público como un elemento orientado a prevenir los conflictos de intereses y lucha contra la corrupción, intrínsecamente ligado al conjunto de mecanismos que se vinculan con los siguientes ejes: buen gobierno, buena gestión, transparencia, prevención de la mala conducta y rendición de cuentas.

## 4 Corrupción: la punta del iceberg.

Cuando nos planteamos si es necesario avanzar e introducir en nuestro ordenamiento jurídico normativa o mecanismos de *soft law* que prevengan y actúen en un ámbito como el fraude o los conflictos de intereses, quizá la primera pregunta que debiéramos hacernos es si existe corrupción en nuestro entorno, o mejor, cual es la percepción que se tiene de este indicador en nuestro país. Y es que, tengámoslo muy claro, que como bien reseña el refranero popular (usos y costumbres), *“no es suficiente con ser bueno, también hay que parecerlo”*.

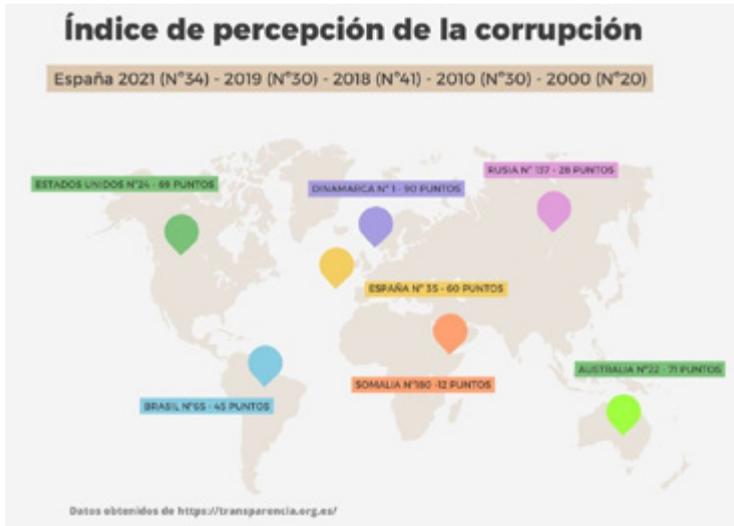
Analicemos, en consecuencia, cual es la percepción que se tiene en España relacionada con la corrupción. Para ello, tomaremos como referencia los datos publicados por la Organización para la Transparencia Internacional<sup>5</sup> que estudia y analiza dicho indicador en 180 países de mundo y lo comparte desde una perspectiva comparada entre todos ellos.

Las conclusiones a las que la entidad internacional llega en su último informe<sup>6</sup>, referido a datos 2022 (última actualización), son las siguientes:

- a | De los 100 puntos posibles en el Índice de percepción de la corrupción (0 puntos percepción muy baja y 100 altos niveles de corrupción percibida por los habitantes de un país), España únicamente obtiene 60 puntos. La infografía muestra una evolución negativa en el último informe. Este descenso significa que la población española percibe un incremento de la corrupción en el sector público del país.

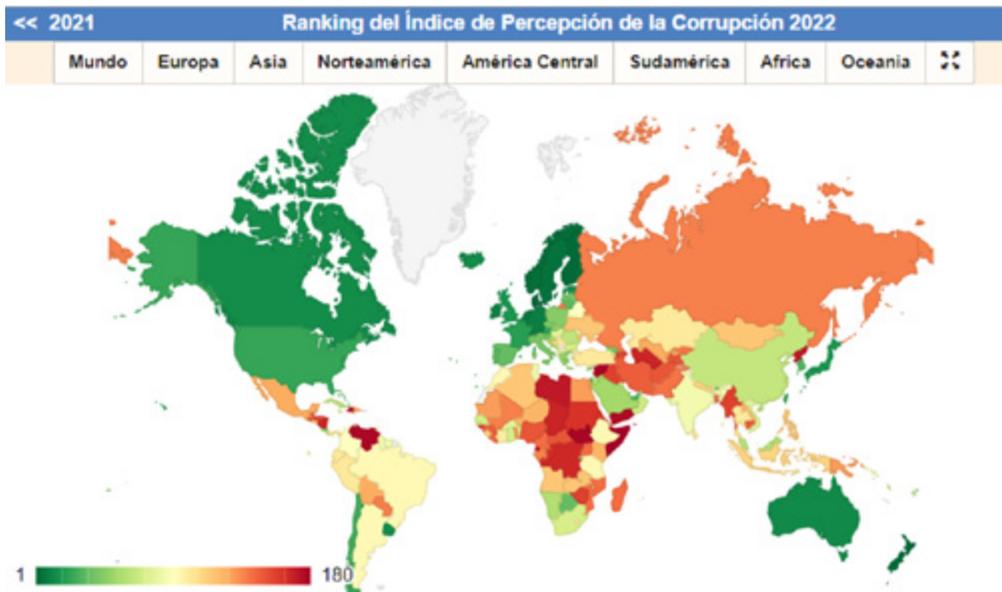
5 <https://transparencia.org.es/>

6 <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/espana>



Fuente: Elaboración propia.

- b | La consecuencia directa de la puntuación obtenida en la gráfica anterior es que actualmente España ha descendido en el ranking mundial al puesto 35 de los 180 países que actualmente lo integran.



Fuente: Expansión.

En consecuencia, la necesidad de avanzar con toda la maquinaria a su alcance y disposición para que las instituciones de un país, sus cargos públicos, personal a su cargo y todo el entramado público-privado, individual o colectivo que interactúan con él, debe erigirse en una máxima de los gobiernos mundiales, pero también estatales, autonómicos y locales.

Con cada renovación de mandato, los municipios y provincias adquieren la misión, el reto de conformar unos gobiernos fuertes, estables y competentes que introduzca en sus planes de mandato, planes de gestión y acciones, como necesidad y política de primer orden, políticas efectivas en materia de ética pública. Más allá de un mero ejercicio estético o formalista. Afrontándolo con compromiso, aporte de recursos, convicción, altura de miras y liderazgo. Apostando por la puesta en marcha de un marco de integridad institucional que prevenga, detecte y actúe en la lucha contra el fraude y la corrupción y oriente en la gestión de los conflictos de intereses más allá del derecho positivo.

A continuación, analizaremos algunos de los mecanismos que, junto con la planificación y la aplicación de las medidas y procedimientos contenidos en las distintas disposiciones normativas generales y sectoriales, favorecerán, sin duda, avanzar en el fin último: corrupción cero en nuestras instituciones, situando a España a la cabeza del ranking que con ocasión de la redacción de los próximos informes elabore la Organización de Transparencia Internacional.

## **5 Avanzando hacia una nueva generación de mecanismos para la prevención y reacción de los conflictos de intereses y la lucha contra el fraude y la corrupción.**

En España, la aspiración a un buen gobierno queda recogida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno<sup>7</sup>, que identifica la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno como los ejes fundamentales de toda acción política.

Indica en su preámbulo que los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social pudiendo así sus ciudadanos juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Esta fiscalización de la actividad pública es lo que en verdad fomenta y contribuye a la regeneración democrática, la promoción de la eficiencia y eficacia del Estado y el favorecimiento del crecimiento económico.

Así lo considera la ONU también y afirma que está demostrado que los países con mayores niveles de transparencia y normas de buen gobierno son los que cuentan a su vez con instituciones más fuertes, lo cual favorece no solo el crecimiento económico, sino también el desarrollo social.

Cuando un gobierno es capaz de gestionar de forma eficiente, sostenible e íntegra desde el punto de vista económico, político, social, cultural y medioambiental, ello está estrechamente relacionado con el desarrollo económico. Y, sin duda, una buena forma de garantizar la consecución de esos objetivos será la de introducir cambios en su política de gestión introduciendo mecanismos para la prevención, detección y solución de los conflictos de interés.

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico, consciente de los riesgos existentes cuando grupos de interés o personas tratan de hacer prevalecer sus intereses particulares o personales por encima del interés general, bien desde el plano político, bien desde el técnico o bien externamente (ámbito de la contratación, acceso al empleo público, actividad de fomento a través de la concesión de subvenciones...), ha regulado distintos

7 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>

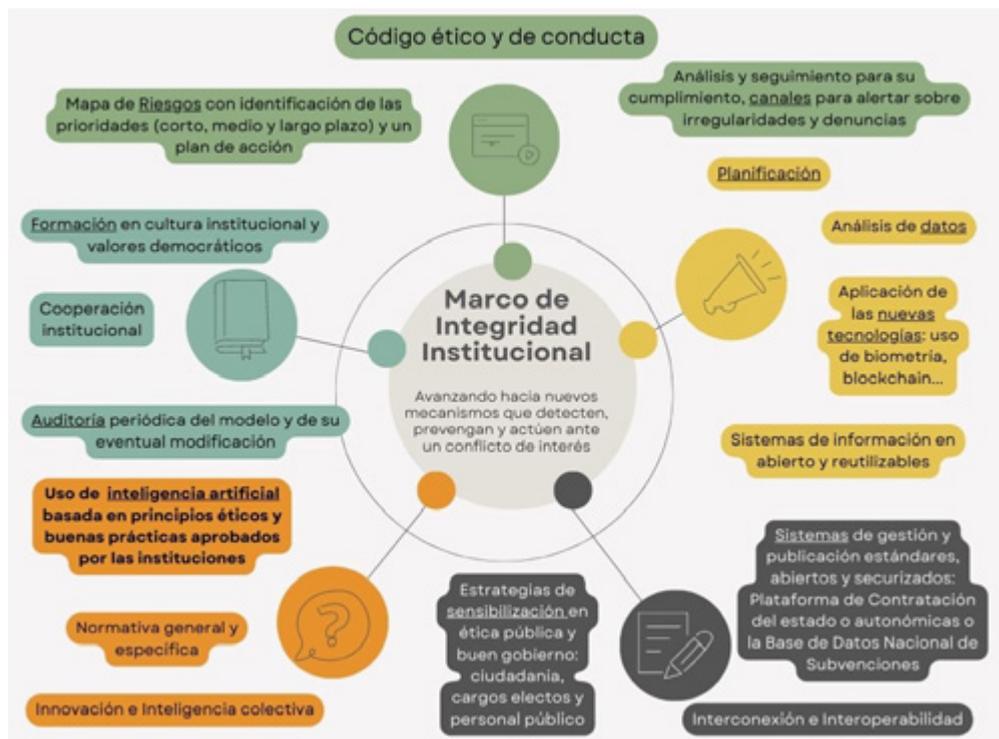
mecanismos para prevenir, identificar o atajar los conflictos de intereses o el fraude. Claros ejemplos de ello son la transparencia activa y pasiva, la formación, los regímenes de incompatibilidades, las prohibiciones para contratar y/o ser beneficiario de una subvención o ayuda pública, la información sobre el patrimonio o las actividades, el deber de abstención o recusación, el régimen sancionador o disciplinario, la normativa específica (contratación, acceso a fondos públicos como los Next Generation...).

Y si bien en determinadas ocasiones estos mecanismos han sido concebidos o identificados por las instituciones y sus representantes como meras obligaciones formales que es necesario cumplir, lo cierto es que son elementos de un entramado en torno a lo público que favorece servir al interés general con imparcialidad y objetividad. O, al menos, avanzar en ese camino.

Adicionalmente cada vez es mayor el número de organizaciones y cargos público-privados que preocupados y ocupados en fortalecer la integridad pública al objeto de promover la buena administración y avanzar en la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción y el fraude, están impulsando la proliferación de nuevos mecanismos que vienen a complementar el marco anterior.

En una primera aproximación, podemos clasificar estos mecanismos en preventivos o reactivos, pero también podemos citar, tal y como hemos relatado en el presente epígrafe, que existen medidas más tradicionales y otras que han ido e irán surgiendo a colación de la realidad del momento, tal y como está sucediendo actualmente con la irrupción de las tecnologías disruptivas en el ámbito público.

### Mecanismos innovadores en el marco de los conflictos de interés.



Fuente: elaboración propia.

En la anterior infografía podemos observar distintos mecanismos que paulatinamente se van abriendo paso en el ámbito de la integridad institucional y que pueden resultar de gran interés y efectividad para proporcionar herramientas en la hoja de ruta marcada por las instituciones para detectar, prevenir y actuar ante un conflicto de interés o la lucha contra el fraude, especialmente, clave en un ámbito tan sensible como es el de la contratación pública.

### **5.1. Conclusiones sobre la irrupción de la tecnología de nueva generación en el ámbito de la ética pública en su lucha contra el fraude y la resolución de los conflictos de interés:**

La apuesta por un sector público lógico, empático, eficaz, eficiente, accesible, no discriminatorio y digital como elemento de valor es clara. El legislador ha marcado de forma indubitada la hoja de ruta a seguir en las instituciones para acometer el tan necesario proceso de modernización o de transformación, no sólo tecnológico, sino integral que requiere el ámbito público. Prueba de ello son, entre otras, las Leyes 39 y 40/2015, y 40/2015, de 1 de octubre<sup>8</sup>, quienes siguiendo el camino ya iniciado es su momento por la Ley 11/2007, de 22 de junio, consagran el derecho de las personas a relacionarse por medios electrónicos con las administraciones públicas, simplificando el acceso a los mismos, y refuerzan el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en las administraciones públicas, tanto para mejorar la eficiencia de su gestión como para potenciar y favorecer las relaciones de colaboración y cooperación entre ellas. En esta misma línea su reglamento de desarrollo, el RAFME<sup>9</sup>, aprobado mediante RD 203/2021, de 30 de marzo, resulta un claro ejemplo de la agenda marcada, definiendo elementos clave en el ordenamiento jurídico generadores de valor en cuatro ejes estratégicos: mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la y la participación, garantizar servicios digitales fácilmente utilizables y mejorar la seguridad jurídica.

La realidad es que durante las dos últimas décadas, los sucesivos Gobiernos de España han ido adoptando programas para el avance digital alineados con las agendas digitales europeas, en todos los cuales ha estado presente el eje de mejora de la administración electrónica servicios electrónicos para ofrecer cada vez mejores servicios, más adaptados a las demandas de la ciudadanía y las empresas, y más eficientes, y alineados con los esquemas de interoperabilidad europeos. Ejemplos de ello el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el cual incluye entre sus diez políticas palanca de reforma estructural para un crecimiento sostenible e inclusivo y lograr una Administración modernizada; o la Agenda España Digital 2025<sup>10</sup>, la cual contiene un eje estratégico específico sobre la Transformación Digital del Sector Público que supone un salto cualitativo en la mejora de la eficacia y eficiencia de la administración pública, en la transparencia y eliminación de trabas administrativas orientada a una gestión automatizada y orientada a la personalización de servicios y a la experiencia de usuario. Elementos llamados a ser el catalizador de la innovación tecnológica de nuestro país desde el ámbito público.

Hacer uso de la tecnología para hacer frente a los grandes retos que se nos presentan como sociedad globalizada (ODS y sus metas) es una tendencia evidente.

En esta misma línea, Europa ha manifestado una postura clara en la que su voluntad pasa por aprovechar el potencial de Inteligencia Artificial sin perder seguridad<sup>11</sup>. Actualmente se está debatiendo en el Parlamento



8 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

9 Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

10 <https://avancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Paginas/espana-digital-2025.aspx>

11 <https://elpais.com/tecnologia/2023-05-11/europa-quiere-poner-mas-obligaciones-a-la-inteligencia-artificial-generativa-como-la-de-chatgpt.html>

Europeo La Ley de Inteligencia Artificial, propuesta originalmente por la Comisión Europea en abril de 2021 y sobre la que el Consejo Europeo adoptó una posición de enfoque general a finales de 2022<sup>12</sup>.

En palabras de Margrethe Vestager, Vicepresidenta Ejecutiva para una Europa adaptada a la era digital, “En cuanto a la inteligencia artificial, la confianza es una necesidad, no algo agradable de tener, sino que es la piedra angular de todo el sistema”<sup>13</sup>

Y ahí entra en juego, de nuevo, la integridad, de la mano o no de las tecnologías disruptivas, pero siempre como valor hegemónico supremo que debe impregnar todo el resto de actuaciones, conductas y normativas.

Vamos a continuación a analizar en detalle un elemento que puede llegar a jugar un papel clave en todo el entramado de mecanismos, en todo ese puzle, que hay que ir encajando para conformar un verdadero marco de prevención y reacción en materia de integridad pública. Nos estamos refiriendo a los códigos éticos y de conducta objeto de estudio específico en el siguiente apartado.

## 6 | Códigos éticos y de conducta.

Complementado el ordenamiento jurídico de obligado cumplimiento, elemento primigenio para combatir la corrupción, los códigos éticos y de conducta adquieren su máxima expresión cuando una organización se dota de ellos y los convierte en piedra angular de la actuación de las personas que componen y administran el interés general, la cosa pública.

Podemos referirnos a ellos como el elemento que sistematiza y recoge la deontología profesional pública encuadrados en los que la doctrina anglosajona viene acuñando como instrumentos de *soft law*.

Signo de madurez y responsabilidad de las instituciones y sus cargos públicos, superan las exigencias y obligaciones legales y se convierten en un instrumento de autorregulación genérico o específico en relación con una determinada materia, colectivo o ámbito de actuación.

Cabe su existencia individual o puntual (por ejemplo, Código ético para regular el uso de la inteligencia artificial en la entidad local), o cabe la concepción de los mismos integrados en un sistema, en un marco más amplio de integridad pública de la institución de que se trate.

Además, la virtud de estos mecanismos de nuevo cuño llamados a liderar la regulación de los conflictos de intereses en los ámbitos público-privado, es que su adaptación, aprobación e interiorización por parte de las instituciones y las personas que la componen, puede ser gradual. No se agotan con la aprobación de un único código, sino que van retroalimentando la acción de unas instituciones y cargos político-técnicos cada vez más ávidos de ser referentes en buen gobierno y técnicas de *Compliance*.

Llegados a este punto y, si bien es cierto, que resulta habitual verlos enlazados en los encabezados de los códigos, resulta conveniente, realizar un matiz respecto de la distinción que existe entre un código ético y un código de conducta, al menos, en relación a la finalidad y objetivo de cada uno de ellos.

Así, mientras que los códigos éticos son el instrumento que recoge internamente y proyecta al mundo los valores, principios y filosofía de una institución, su seña de identidad; los códigos de conducta van un paso más allá y aterriza situaciones concretas. Están diseñados para ser la guía donde acudir para buscar orientación en conflictos de intereses, riesgos de incumplimientos normativos o, definir los procedimientos de actuación ante



12 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

13 <https://es.weforum.org/agenda/2023/04/esto-es-lo-que-dice-la-nueva-ley-de-inteligencia-artificial-de-la-union-europea/>

situaciones de fraude o corrupción. Los códigos de conducta pueden ser también el mecanismo habilitado por una determinada institución (o empresa, si nos estamos refiriendo al ámbito privado) donde se identifiquen a las personas, grupos de personas u órganos a los que acudir ante una situación de riesgo. Surgen así figuras relacionadas con el impulso de la integridad pública en la prevención y lucha de los conflictos de intereses y la corrupción como son la persona responsable del canal de denuncias, las comisiones de ética, las comisiones antifraude, las agencias de integridad, la figura de la persona encargada del cumplimiento de los códigos “*compliance officer*”...

Por tanto, podemos concluir que los códigos éticos y de conducta son el instrumento a través del cual las organizaciones y sus responsables aspiran a elevar los estándares de integridad y excelencia de la actuación de las personas que la integran, más allá del estricto cumplimiento de las normas de derecho positivo.

### **6.1. Análisis crítico: ¿constituyen los códigos éticos y de conducta un elemento eficaz del ordenamiento jurídicos?**

Para abordar esta cuestión resulta de interés determinar si se trata de un instrumento que contiene normas vinculantes o si, por el contrario, su valor se “reduce” a recomendaciones bienintencionadas. Procederemos a este análisis de la mano de José Ramón Cháves quien aborda en su blog esta materia al hilo de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo plasmada en la sentencia de la Sala tercera de 27 de marzo de 2023 (rec.411/2022)<sup>14</sup>

El fallo aborda la naturaleza y fuerza ejecutiva del Código de Conducta de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto, concluyendo, entre otras cuestiones, que: “(...) el Código de Conducta aquí impugnado, al carecer en su regulación de efectos sancionatorios, muestra inequívocamente que se limita a fijar las pautas que deben guiar el personal de la Guardia Civil” o que “(...) Es notorio que en otros sistemas jurídicos existen códigos de conducta que establecen normas jurídicas de obligado cumplimiento que llevan aparejadas sanciones por su incumplimiento, más el sistema español diferencia la responsabilidad disciplinaria de la responsabilidad ética sin perjuicio de que en alguna conducta pueda hallar encaje en ambas”.

Chávez hace una lectura crítica de, a su juicio, esta “interesante – e incluso diría, preocupante- doctrina jurisprudencial” que niega radicalmente el valor vinculante de los Códigos de Conducta: “No veo problema alguno en que las normas plasmen conceptos jurídicos indeterminados (en referencia al art.52 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP<sup>15</sup>, mejor enunciamos la norma primero y después abreviatura) e incluso conceptos éticos susceptibles de precisión en cada caso (al fin y al cabo, todo el derecho positivo es el esfuerzo de dibujar con palabras los valores constitucionales). A mi juicio, cuando un reglamento, con ese rango, incorpora un contenido, da la razón al viejo dicho de que –el hábito hace al monje- (...). Otra cosa es que esos deberes éticos se plasmen en declaraciones o resoluciones (en cuerpo ajeno a reglamento o ley, caso en que solamente por expreso reenvío o remisión legal o reglamentaria podría cobrar fuerza vinculante).

Cierra el autor su entrada titulada “El Tribunal Supremo debilita los códigos de conducta” dejando constancia de la precitada sentencia y de su distanciamiento con la realidad. Existe una “(...) fuerte tendencia normativa a integrar con fuerza jurídica los códigos deontológicos en el bloque de deberes de los miembros de cada cuerpo o colegio profesional”.



<sup>14</sup> Acceso a la sentencia: <https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2023/04/STSCod.pdf>

<sup>15</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>

Quedando a expensas de la evolución de la doctrina jurisprudencial en relación a su eficacia jurídica, vinculantes o no, el valor de los códigos éticos y de conducta, cada vez más asentados en nuestro entorno, resulta incuestionable y será objeto de desarrollo razonado a continuación.

## **6.2. El valor superior de los códigos éticos y de conducta como elemento intrínseco de las organizaciones (SOFT LAW).**

Siguiendo a Oscar Capdeferro Villagrasa <sup>16</sup>, abordaremos su eficacia distinguiendo si estamos ante un acto de corrupción consciente o, por el contrario, estamos ante una actuación que -aunque voluntaria (aceptar unas entradas para el partido del domingo)-, sea inconsciente en términos de corrupción:

- a | Actos de corrupción consciente: se trata de supuestos donde los sujetos infractores actúan de forma voluntaria, consciente de su actitud contraria al ordenamiento jurídico y a la ética pública, en detrimento del interés general. Por ejemplo, una persona empleada pública que acepta el cobro de una comisión a cambio de dejar prescribir el período de liquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras relacionada con una promoción urbanística. En estos supuestos, es pacífico entre la doctrina más autorizada afirmar que el valor de los códigos éticos y de conducta es meramente testimonial en cuanto a su eficacia para impedir el acto. Lo que no es capaz de erradicar el derecho positivo (Estatuto básico del empleado público, código penal...) difícilmente lo harán las normas de *soft law*, siendo mínimo o nulo su efecto disuasorio en la tipología de conductas planteadas en este apartado.
- b | Actos de corrupción inconsciente: en estos supuestos donde surgen situaciones dudosas que pueden derivar en un conflicto de interés, cuando la persona empleada o cargo público tiene dudas respecto de si una conducta es conforme a las normas de cortesía o a los usos sociales del lugar, es cuando los códigos éticos y de conducta adquieren su máxima expresión. Será clave que el código recoja de manera indubitada cláusulas claras y procedimientos fácilmente aplicables. Pensemos que una dirección recibe por parte de una empresa pública un regalo, por ejemplo, una corbata con el logo del ayuntamiento. ¿Debe aceptarla y usarla como propia? ¿Y si se trata de una corbata de seda cuyo valor de mercado supera los 1.000 euros? ¿Nuestra opinión al respecto sería la misma que si estuviéramos hablando de una prenda promocional con un valor residual? Guiar en las zonas ámbar, iluminar los grises, es una de las grandes razones de ser de estos mecanismos de lucha contra el fraude y la corrupción.

Sentado lo anterior, podemos concluir que, si bien su eficacia jurídica no está garantizada en nuestro ordenamiento jurídico y, si bien los códigos éticos y de conducta no juegan un papel determinante en la eliminación de conductas conscientes corruptas, sería una deducción errónea concebirlas como un elemento inocuo y carente de valor para las instituciones y cargos técnico- políticos que los promuevan, conciban y ejerzan como una verdadera forma de ser y de estar en lo público. Así:

- Desde la colectividad: suponen un ejercicio de reflexión en la organización orientado a alcanzar acuerdos y compromisos más allá de las exigencias normativas. Requiere de un debate sereno, honesto y al margen del juego político que obligue a la organización a mirarse a los ojos, a poner las cartas sobre la mesa y a sentar sus principios, valores y reglas de juego más allá del derecho positivo definiendo así su seña de identidad para consigo y frente a terceros.
- Desde la individualidad: aporta seguridad en las zonas de incertidumbre.



16 [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422489](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422489)

## 7 La intersección entre el control externo, el control interno y la ética pública.

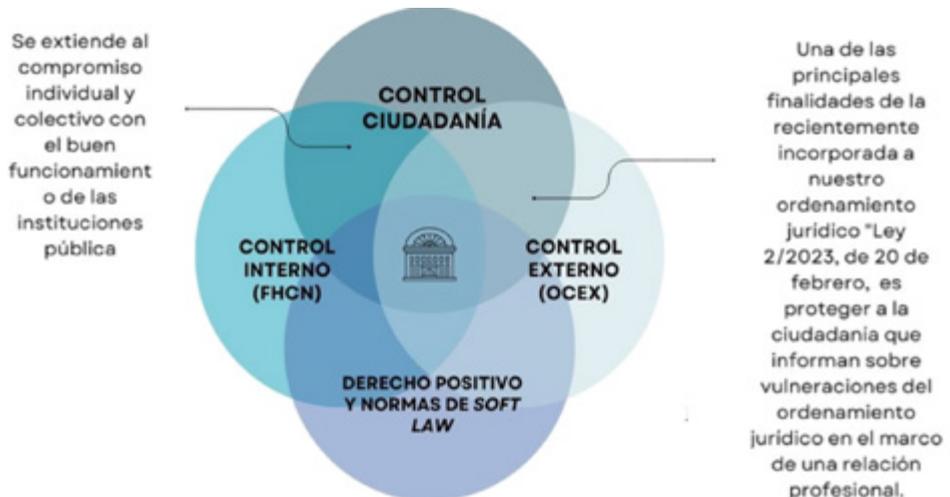
### Prevención.

Siguiendo el Manual de la OCDE<sup>17</sup>, podemos definir los conflictos de intereses (CI) como aquél fenómeno que sucede en las tres situaciones que se relacionan a continuación:

- **CI real:** existencia de un conflicto de interés real donde los intereses personales de una persona empleada pública pueden influir indebidamente en el desempeño de sus obligaciones, deberes y responsabilidades profesionales oficiales.
- **CI aparente:** existen sospechas respecto de que los intereses privados de una persona empleada pública pueden influir indebidamente en el desempeño de sus obligaciones, aunque no sea el caso.
- **CI potencial:** existen intereses privados de una personal empleada pública de tal naturaleza que, si en un futuro tuviera que participar o ser implicado en responsabilidades oficiales, pueden conducir a un conflicto.

Definición ambigua y en absoluto *númerus clausus* que conviene ser complementada, a la luz del imperativo art.103 de la Carta Magna<sup>18</sup>, con todo el elenco de normativa y mecanismos que tienen las instituciones a su disposición en orden a prevenir y en su caso actuar en la lucha contra el fraude y la corrupción.

Específicamente, en los gobiernos locales podemos referirnos a tres ámbitos de actuación que, si bien a primera vista podemos apreciar como distintos, tras su análisis encontramos grandes nexos de unión y espacios de conjunción. Nos estamos refiriendo, en concreto, a la actuación frente a los conflictos de intereses desde la acción de los órganos control externos, la propia intervención municipal y las normas de *soft law*:



Fuente: elaboración propia.

17 Acceso al documento: <https://www.oecd.org/publications/manual-de-la-ocde-sobre-integridad-publica-8a2fac21-es.htm> . Consultado en mayo 2023.

18 Constitución Española: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

El control externo será objeto de análisis detallado en un capítulo específico de la presente obra por lo que más allá de dejar planteada esta cuestión, únicamente recordar el amparo constitucional recogido en el artículo 136 de la Carta Magna,<sup>19</sup> que otorga al Tribunal de Cuentas la configuración de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público, sin perjuicio de su función jurisdiccional encaminada al enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos. También se le atribuye el control de la contabilidad y de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, así como el de las aportaciones que reciban las fundaciones y asociaciones vinculadas a las formaciones políticas con representación parlamentaria. Todo ello, sin perjuicio del control ejercido por los diversos Órganos de Control Externo (OCEX) que, bajo distintas denominaciones, se han constituido en la mayoría de las Comunidades Autónomas y que ejercen una función fiscalizadora sobre las Administraciones autonómicas y locales de sus respectivos ámbitos territoriales<sup>20</sup>.

El control interno existe así mismo en las administraciones, en todos sus niveles estatal, autonómico y local, y será ejercida por la Intervención en consonancia con lo dispuesto por su normativa específica y las normas de que se dote cada una de ellas, bien en sus normas de ejecución presupuestaria, bien en sus guías de control interno.

Así, el art.4 Real Decreto 118/2018, de 16 marzo<sup>21</sup>, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la administración local con habilitación de carácter nacional, describe la función de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria y función de contabilidad que se ejercerá por los habidos nacionales respecto de su ámbito subjetivo de actuación (Desarrollo reglamentario 213 LRHL<sup>22</sup>)

Por su parte, el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril<sup>23</sup>, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, incorpora una novedad de capital importancia en la lucha contra el fraude y la corrupción. Éste desarrollo reglamentario previsto en el artículo 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, desarrolla la necesidad y obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada planificación del control financiero. Para ello, se introduce como requisito básico que el órgano interventor elabore y adopte un Plan Anual de Control Financiero, del que deberá informar a la Entidad Local, incluidas las modificaciones o alteraciones que se produzcan. El Plan Anual del Control Financiero, sobre la base de un análisis de riesgos, deberá asegurar, conjuntamente con el ejercicio de la función interventora, al menos, un control efectivo del ochenta por ciento del presupuesto general consolidado. Será un instrumento específico, personalizado y adaptado a la idiosincrasia de cada entidad.

Medidas todas ellas de primer orden que sitúan la planificación, el análisis de riesgos y el seguimiento y control entre las medidas de primer orden que el ordenamiento jurídico considera esenciales para avanzar en materia de integridad pública en las organizaciones de su ámbito de actuación.

Junto a todas ellas, los controles y medidas específicas previstas en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico (subvenciones, legislación electoral, instituciones locales, participación...y contratación que abordaremos específicamente en el siguiente apartado), y que se complementa con elementos de *soft law* a los que ya hemos ido haciendo referencia, constituyen un cerco a las conductas y actuaciones corruptas en el ámbito público, dificultando su consecución, o actuando una vez la misma se ha producido.



19 Constitución Española: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

20 <https://www.tcu.es/es/la-institucion/Presentacion/index.html>

21 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-3760>

22 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-4214>

23 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-5192>

## 8 Los conflictos de intereses en la contratación pública.

### Reacción.

El ámbito contractual, ha sido tradicionalmente considerado “punto caliente” en el contexto de los conflictos de intereses, la corrupción y la lucha contra el fraude. La interacción entre el ámbito público y el privado, el elevado volumen económico que se maneja y el cierto grado de discrecionalidad que puede existir tanto en los procesos de preparación como durante la adjudicación del mismo, por no hablar del control durante su ejecución, han hecho de la contratación uno de los espacios de las Administraciones Públicas donde el foco en materia de prevención y actuación frente a los conflictos de intereses.

En el ordenamiento jurídico español, es el artículo 64 de la LCSP (incluir la abreviatura en la primera cita del texto)<sup>24</sup>, 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, donde se regulan los conflictos de intereses en materia de contratación pública:

*Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.*

1. *Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.*
2. *A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.*

*Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.*

La precitada regulación tiene su fuente en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014<sup>25</sup>, sobre contratación pública, que señala: “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”

Sobre los mecanismos de prevención, detección y sanción de los conflictos de intereses ya se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), indicando que: (...) un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión, y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho; y que el poder

<sup>24</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

<sup>25</sup> <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>

*adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de conflictos de intereses y adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos. Y ese papel activo del poder adjudicador, resulta incompatible con hacer recaer sobre el demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, el conflicto de intereses.*

Muchas son las organizaciones que han dado un paso adelante y han avanzado en esta materia a través de los códigos éticos y de conducta. Algunos ejemplos:

- Sistema de integridad de la Diputación Foral de Gipuzkoa <sup>26</sup>:
- Código de conducta y marco de integridad institucional aplicable a la contratación pública.
- Código de conducta aplicable a los grupos de interés que interactúan con la Diputación Foral de Gipuzkoa y su sector público.
- Códigos éticos los empleados de la OIReScon <sup>27</sup>:
- Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona Consulta <sup>28</sup>:
- Capítulo 4: Pautas de conducta en materia contractual, de subvenciones y ayudas públicas.
- Estándares de conducta básicos en la contratación a incluir en los códigos éticos<sup>29</sup>:

No estrictamente en relación con los conflictos de intereses en los términos en que se regulan en el art. 64 de la LCSP<sup>30</sup> pero sí, como gran avance en materia de garantizar la libre competencia y los derechos de los licitadores, la LPG23 modifica el art.150 de la LCSP aportando un procedimiento sumarisimo que arroja luz a las actuaciones de quienes intervienen a nivel interno en los procedimientos de contratación, principalmente: mesa de contratación y órganos de contratación.

En esta misma línea de abogar por un sector público eficaz, eficiente e íntegro, recientemente ha visto la luz la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>31</sup>. Esta trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) –“whistleblowers” – 2019/1973 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2023, tiene como máxima finalidad: proteger a la ciudadanía que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación laboral obligando a contar con canales internos de denuncia en empresas entidades públicas, así como a otros canales de información denominados “externos”, regulando sus normas mínimas.

Entre las personas a las que la normativa extiende su protección frente a posibles represalias figuran todas aquellas personas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector privado como del sector público, quienes hayan finalizado su relación profesional, voluntariado, personal en prácticas o en período de formación o personas que participan en procesos de selección. Así mismo, el amparo de la ley se extiende también a las personas que asistan a los informantes, a las personas de su entorno o, entre otras, a las personas jurídicas de su propiedad.

Sin entrar al detalle de la precitada regulación por no ser objeto específico del presente capítulo, únicamente evidenciar su misma o similar finalidad en relación con los códigos éticos y de conducta: crear un marco holístico de país con la finalidad de abogar por el fortalecimiento de la cultura de la información, del fomento del interés



26 <https://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-integridad/codigos-de-conducta>  
27 <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/codigo-etico/codigo-etico-oirrescon.pdf>  
28 <https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/codigo-conducta>  
29 <https://www.jaimepintos.com/estandares-de-conducta-en-la-contratacion-publica-codigo-etico-de-integridad-y-transparencia/>  
30 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: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>  
31 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

general y el desarrollo comunitario, de las infraestructuras de integridad en las organizaciones como mecanismo para prevenir, detectar y actuar ante conflictos de intereses y amenazas al interés público.

### **8.1. Especial referencia a las entidades locales (planificación)**

En un clima de incertidumbre como en el que estamos inmersos desde hace ya algún tiempo en la sociedad en general y en la administración en particular, invertir esfuerzos en sumar activos que aporten valor y legitimidad a la gestión pública resulta ser un elemento clave para avanzar hacia esa verdadera transformación del siglo XXI, un cambio de paradigma total para así sentar unos pilares fuertes sobre los que construyamos un Sector Público eficaz, eficiente, sostenible, resiliente, ético, digital, inteligente, lógico, íntegro, proactivo e igualitario con la que afrontar los retos que se nos presentan:

- Activar los nuevos gobiernos locales surgidos de las elecciones locales.
- Afrontar el relevo generacional logrando transferir el conocimiento de las personas a la institución y poder así poner la inteligencia colectiva al servicio de lo público.
- Hacer frente al alto nivel de externalización y a la necesidad de incorporar nuevos perfiles profesionales, así como a la captación y retención del talento, sin olvidarnos de los procesos de estabilización. (AGE: 52 años, en algo más de 10 años se puede jubilar la mitad de la plantilla)
- Transmisión del conocimiento, gestión del conocimiento. Salvaguardar el Know How de las entidades públicas.
- Abordar la tan necesaria simplificación administrativa, sin renunciar a la garantía ni seguridad jurídica.
- Transición hacia la administración digital plena, sin obviar la brecha digital existente entre la ciudadanía.
- Gestionar en un escenario marcado por conflictos bélicos, emergencias socio-sanitarias, economía fluctuante, inflación desorbitada, encarecimiento de las materias primas y en constante crisis de legitimidad hacia las instituciones, especialmente entre las personas más jóvenes.
- (...)

¿Cómo lo abordamos?

Indudablemente, a través de las políticas públicas que se plasman en todas aquellas acciones, proyectos, programas o líneas estratégicas y se ponen en marcha desde la administración y, más en concreto, lo abordaremos, desde la perspectiva local, la administración más cercana a la ciudadanía. Una proximidad que exige un plus de exigencia, calidad, respuesta con la particularidad de lo heterogéneo de sus competencias y ámbitos de actuación.

Se aborda con acción, con liderazgo en la gestión y siempre actuando de forma planificada, elemento garante no sólo de la excelencia en una organización, sino también de su integridad y transparencia. La siguiente infografía muestra los distintos elementos de planificación que los gobiernos locales tienen a su alcance para activar sobre sus territorio, organización y ciudadanía, las políticas locales:



Fuente: elaboración propia.

## 9 Conclusiones.

La existencia de cada vez un mayor número de gobiernos locales preocupados y ocupados en fortalecer sus estándares de integridad y ética pública tanto *ad intra* como *ad extra*, ha tenido como consecuencia la proliferación de mecanismos de nuevo cuño en la prevención y reacción de los conflictos de intereses y la lucha contra el fraude y la corrupción.

Uno de los elementos que más se ha extendido y generalizado en nuestro país han sido los códigos éticos y de conducta, símbolo de buena administración tanto en el ámbito público como en el privado. Reflejo de la intersección y complementariedad del derecho positivo y las conciencias individuales y colectivas, entre lo común (derecho positivo) y lo singular (adaptación a la idiosincrasia de cada una de las organizaciones), se abren paso los códigos éticos de conducta de empresas e instituciones.

Sin perjuicio del recorrido jurisprudencial respecto de la eficacia jurídica de estos elementos, catalogados como instrumentos de *soft law*, no podemos obviar su valor, erigidos como máxima expresión de la "confianza" en una organización, del conjunto de las personas que la componen y las actuaciones de éstas, reflejo de su vocación de servicio público, razón de ser de todo el entramado administrativo e institucional.

Será esa confianza en la minimización de los conflictos de intereses lo que contribuya a recuperar la confianza de la ciudadanía en la legitimidad de las instituciones, teniendo presente que ello significa garantizar la base de nuestro sistema democrático.

## Bibliografía.

- CAMPOS ACUÑA CONCEPCIÓN (Dirección), "Guía práctica de Compliance en el Sector público", La Ley, ISBN Digital: 978-84-7052-812-5, Febrero de 2020
- CAPDEFERRO VILLAGRASA OSCAR; "La eficacia anticorrupción de los códigos éticos y de conducta: el papel del Derecho Administrativo. RI 422489", Portal Derecho 2001-2023.
- CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., "Compliance e integridad en el sector público" Tirant Lo Blanch, ISBN: 978-84-1313-727-8, Año 2019
- CERRILLO MARTÍNEZ, AGUSTÍ, "Un nuevo impulso de la integridad pública para la prevención de los conflictos de intereses y la corrupción", La Ley 5033/2019. Abril de 2019
- CHAVES, JOSE RAMÓN, "El Tribunal Supremo debilita los Códigos de Conducta", <https://delajusticia.com/>
- IGLESIAS REY, PATRICIA, "La ciudadanía tiene derecho a exigir sistemas sólidos de integridad institucional. Ahora más que nunca se deben gestionar los conflictos de intereses"; Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, 19 22, 2022, págs. 70-87
- GORDO CANO, DIANA, "Las nuevas tecnologías al servicio de la integridad y lucha contra el fraude en la contratación pública", La Ley- Smarteca, Contratación AdministrativaPráctica, nº 182, Noviembre de 2022
- GORDO CANO, DIANA, "Norma UNE17687 Contratación pública, integridad y rendición de cuentas requisitos y orientación", Marzo 2023, <https://www.javiervazquezmatilla.com>.
- IBERLEY, "Ética y conducta de los empleados públicos y régimen de incompatibilidades", Actualizado a 13 de marzo de 2023, Consultado en: <https://www.iberley.es/temas/deberes-empleados-publicos-codigo-conducta-65018>
- JIMENEZ ASENSIO, RAFAEL, "Una experiencia pionera (el código ético y de buena gestión del empleo público de la administración foral de Gipuzkoa)", Blog La mirada institucional, 2016. Consultado en: <https://rafaeljimenezasensio.com/>
- JIMÉNEZ VACAS, JOAQUÍN JOSÉ Y LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, CARMEN, "Códigos éticos y de conducta pública", INAP- La administración al día, Octubre 2022, Consultado en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1513152>
- LÓPEZ DONAIRE, BELEN, "Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración", La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing Tirant lo Blanch (2022).
- VÁZQUEZ MATILLA, JAVIER, "Novedades normativas con incidencia en contratación: Ley 2/2023 que transpone la Directiva Whistleblowing y Ley 1/2023 de Cooperación DSSG" y "Ley de Presupuestos Generales del Estado 2023. Todas sus implicaciones", <https://www.javiervazquezmatilla.com/>

# Delimitación de los conflictos de intereses con otras figuras afines como la abstención, recusación, prohibiciones de contratar y supuestos de incompatibilidad en el ámbito local.

**Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Doctora en Derecho.

# 4

*«No se pueden construir instituciones infalibles, esto es, instituciones cuyo funcionamiento no dependa ampliamente de las personas (...)*

*Las instituciones son como fortalezas. Tienen que estar bien construidas y además bien guarnecidas de gente» (Karl Popper)*

## 1

### Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de mecanismos como son la abstención y recusación, las prohibiciones de contratar y los supuestos de incompatibilidad para garantizar el principio que proclama el artículo 103 de la CE y servir con objetividad a los intereses generales.

Estas figuras buscan garantizar la imparcialidad y transparencia en la toma de decisiones en distintos ámbitos, así como evitar los conflictos de intereses entre los sujetos afectados. No obstante, a pesar de su objetivo común, cada medida tiene unas particularidades y se aplica en diferentes supuestos, que deben ser objeto de estudio.

En el presente artículo abordaremos la delimitación de los conflictos de intereses con estas figuras afines.

Apostar por la prevención de los conflictos de intereses es el camino correcto para conseguir una Administración íntegra.

## 2

### Una aproximación a las distintas figuras para prevenir los conflictos de intereses

En anteriores capítulos se ha abordado la definición y tipología de los conflictos de intereses, si bien, brevemente procede indicar, sin ánimo de ser reiterativos, que la información sobre lo que se considera conflicto de intereses y como evitarlos se encuentra en diversas normas, además de las referidas a la contratación pública. En esta área, la prevención resulta aún más necesaria. Sólo así podremos hablar de una contratación pública más eficiente, igualitaria y más beneficiosa para los intereses públicos.

Es importante que todo empleado público, así como alto cargo o autoridad de cualquier Administración tengan siempre presentes las siguientes normas de carácter general:

- El Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), cuyo Capítulo VI se dedica a «Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta», previendo en el artículo 53, relativo a los principios éticos, el deber de abstención en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público (apartado 5). Además, no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público (apartado 6).
  - El artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, también relativo a la abstención.
  - La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Cuando de altos cargos se trata, resulta de aplicación la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Su Preámbulo apunta ya su declaración de intenciones: *“esta ley aclara, refuerza y amplía dicho marco jurídico con vistas a garantizar que el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas”*. Regula el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades a los que estarán sujetos aquellos que sean nombrados altos cargos, en su Título II y recoge una definición de qué se entiende por conflicto de intereses, introduciendo un sistema de alerta temprana para la detección de estos posibles conflictos.

La definición del artículo 11 queda recogida en los siguientes términos:

- “1. Los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades.*
- 2. Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.*

Se consideran intereses personales:

- a | *Los intereses propios.*
- b | *Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.*
- c | *Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.*
- d | *Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.*
- e | *Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.*
- f | *Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.”*

La previsión de un sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses, contemplado en el artículo 12 de la Ley 3/2015, hace clara diferenciación entre altos cargos con la condición de autoridad y sin ella.

Así, aquellos altos cargos que tengan la condición de autoridad deberán abstenerse de intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en el artículo 11, *“concurran las causas previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico*

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en la mencionada ley.” Esta última referencia a la Ley 30/1992, debemos entenderla actualmente remitida al contenido del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La abstención deberá efectuarse no sólo en cuanto a la toma de decisión en sí misma, sino al “procedimiento”, tal y como indica el artículo 23 de dicha ley.

Respecto a los altos cargos que no tengan la condición de autoridad, el artículo 12 de la Ley 3/2015, dispone que se “deben aplicar procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos de interés y para que, cuando estén incurso en estos conflictos, se abstengan o puedan ser recusados de su toma de decisión.” Atendiendo al contenido del artículo 15.3 del mismo texto legal, al que nos remite el precitado artículo 11.2, cabría una interpretación amplia de los motivos de abstención, no limitándose al momento de la toma de decisión, dado que se señala dicho deber de abstención respecto a suscribir “un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.”

Continuando con la Ley 3/2015, la misma prevé que se aprueben y apliquen procedimientos internos que eviten que se den situaciones de conflictos de intereses y que, en caso de que se detecten, motiven la abstención del alto cargo.

La dedicación exclusiva al cargo solo admite excepciones en determinados supuestos que permiten la compatibilidad con ciertas actividades de carácter público o privado.

En las limitaciones al ejercicio de actividades económicas privadas tras el cese, se diferencian dos niveles, uno general y otro más intenso. Este último se refiere a la imposibilidad de prestar servicios en entidades que hubieran estado bajo su supervisión, tanto si han sido o no afectadas por una decisión suya como si no.

Asimismo, la ley concreta la forma en la que los altos cargos deben efectuar su declaración de actividades económicas y su declaración de bienes y derechos. Y, por último, el Título IV recoge el régimen sancionador, regulando, entre otras cuestiones, la infracción por el incumplimiento del deber de abstención y la ampliación del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones.

Por último, no podemos olvidar que todos los principios y obligaciones establecidos por la normativa para los altos cargos se garantizan si existe una adecuada transparencia de las actuaciones de las administraciones públicas y sus servidores.

En este sentido, es de importancia la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Los principios de buen gobierno contenidos en su artículo 26, y régimen de infracciones y sanciones previstos en el artículo 27, hacen referencia expresamente al conflicto de intereses, por lo que deben ser tenidos en cuenta.

- En el ámbito local hemos de hacer referencia a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 92 señala expresamente que los funcionarios se regirán en lo no previsto por dicha ley, por el EBEP y restante legislación en la materia del Estado, así como la legislación de las Comunidades Autónomas. Su Disposición adicional decimoquinta establece, en cuanto al régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales, que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

En el mismo sentido, queda establecido en los artículos 144 y 145 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

En el ámbito local, siguiendo a CAMPOS ACUÑA “tan sólo se contempla un mecanismo para prevenir los conflictos de intereses<sup>1</sup>, pero limitados a los que se produzcan con posterioridad al cese en el cargo, las conocidas como “cuarentena post-empleo”<sup>2</sup>.

En materia de contratación, son de referencia obligatoria las siguientes normas, directrices y documentos:

- El artículo 167 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, prevé que los contratos se adjudicarán con arreglo a criterios de adjudicación, siempre que el órgano de contratación haya verificado que el candidato o licitador cumple los criterios de selección que figuran en los documentos de la contratación y no se encuentra incurso en situación de conflicto de intereses que pueda afectar negativamente a la ejecución del contrato.
- El Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dice que los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.
- El artículo 24 de la citada Directiva 2014/24/UE obliga a los Estados miembros a velar por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.
- El mismo artículo 24 de la Directiva de Contratación ofrece un concepto de conflicto de intereses en el ámbito de la contratación, disponiendo que, “comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”
- El artículo 35 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se refiere al conflicto de intereses en este tipo de contrato en términos prácticamente idénticos a los previstos en la Directiva 2014/24/UE, si bien añade que las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados.
- El artículo 64.1 de la LCSP, se refiere al conflicto de intereses con referencia expresa a los Órganos de Contratación, disponiendo que son éstos los que deberán adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.



1 CAMPOS ACUÑA, C. “La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, nº. 6 (junio), 2018, pp. 109-117.

2 El art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) contempla que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el art. 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese período para aquéllos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

- El artículo 64.2 de la LCSP, dice que el concepto de conflicto de intereses, comprende, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. En este punto cumple informar que, si bien el precepto se refiere literalmente al personal al servicio del órgano de contratación, no parece acorde a la finalidad de la norma entender que el titular o los titulares de los órganos de contratación no se encuentran incluidos o afectados por la misma. El órgano de contratación, también, deberá evitar cualquier conflicto de intereses que comprometa su imparcialidad o incluso la apariencia de imparcialidad. En este sentido, cargos electos y altos cargos, así como sus relativos, están expresamente incluidos en la prohibición de contratar del artículo 71.1, g) de la LCSP.
- El artículo 64.3 de la LCSP obliga a aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés a ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.
- El artículo 71.1.g) de la LCSP extiende la prohibición para contratar, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.
- Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El artículo 6 de la Orden de referencia exige que, a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones que el artículo 22 del Reglamento (UE) 241/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR deberá disponer de un Plan de medidas antifraude que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

El establecimiento de este Plan de medidas antifraude por las entidades que participen en la ejecución del PRTR es una medida singular y adicional para proteger los intereses de la Unión, y se superpone con otros mecanismos que también deben establecerse con la misma finalidad. Es el caso, por ejemplo, de la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión<sup>3</sup>.

Igualmente se puede citar la corrección financiera del cien por cien que está prevista en la Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2019, por la que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión Europea en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública, para los casos en que se detecta que en la adjudicación del contrato existió un conflicto de intereses oculto o inadecuadamente mitigado.

- Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. La disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, regula el procedimiento de análisis sistemático y automatizado del riesgo



3 La norma tiene implicaciones para las entidades del sector público al estar obligadas a implantar en su seno, los sistemas internos de información que comprenden el cauce o buzón de comunicaciones internas, el responsable del sistema y el procedimiento de gestión de informaciones.

Ahora bien, la creación de estos sistemas no debe verse como un fin en si mismo sino formando parte de un marco de integridad.



En el ámbito de la contratación pública es el poder adjudicador quien está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio para evitarlo, sin que, en principio, tener vínculos profesionales suponga un impedimento previo para la designación de expertos. En este sentido se pronuncia a título de ejemplo la STJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13.

La Junta Consultiva de Contratación de Aragón en el informe 10/2016, analiza la cuestión, determinando que el conflicto se produce *“cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores»*. Asimismo, se precisa que el conflicto tiene que ser entre el órgano de contratación (no entidad) y el pariente afectado y que para que opere esta causa en relación a los parientes debe tramitarse un procedimiento de declaración del conflicto de intereses, que ante la ausencia de regulación específica, deberá incluir como trámites obligatorios: inicio del procedimiento, vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos municipales, declarar la existencia o inexistencia de conflicto de intereses”.

### 3

## Delimitación de los conflictos de intereses con la abstención y recusación

La Constitución Española en su artículo 103.1, recoge el deber de la Administración Pública de ejercer sus funciones con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Por su parte, el apartado tercero del citado artículo dispone que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Este precepto que se predica de todas las Administraciones es, junto con el artículo 106 CE la plasmación constitucional de una Administración eficaz y controlada o empleando la terminología de MARTIN REBOLLO *“una Administración controlada y responsable”*.

Los conflictos de intereses representan una amenaza a la integridad y la transparencia en la contratación pública que pueden socavar la confianza de los ciudadanos en la gestión de los recursos públicos. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece un nuevo marco que debe regir la contratación pública y no es otro, que la integridad. De esta manera consagra en su artículo 1 la integridad, junto a otros principios como el de eficiencia, transparencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad.

A través de dicho principio, el legislador sienta las bases para prevenir la aparición de conflictos de intereses, luchar contra los casos de corrupción y, en definitiva, orientarse al buen gobierno y buena administración en la gestión de los recursos públicos.

La LCSP en su artículo 64 encomienda a los órganos de contratación tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Aunque no incluye ninguna indicación al respecto si que tiene que diseñarse un procedimiento contradictorio con trámite de audiencia a los posibles afectados que garanticen su defensa efectiva.

El interés tiene que ser lo suficientemente importante como para que se perciba que puede “comprometer” el “ejercicio imparcial y objetivo de las funciones”. Por regla general, se podría argumentar que cuanto mayor sea la responsabilidad y la rendición de cuentas o cuanto mayor sea el interés o más estrecha la participación en la ejecución del presupuesto, mayor será la probabilidad de que se perciba un conflicto de intereses.

Comparto lo manifestado por MICHAEL DAVIS sobre la percepción de cada persona ante los conflictos de intereses *“Mi observación es que las personas generalmente son conscientes de sus conflictos de interés; es decir, saben cuándo los asuntos financieros, las relaciones familiares y otros intereses similares afectan a su juicio. Lo que se les escapa es [...] el efecto de estas influencias sobre su juicio?”*

Con la regulación de las causas de abstención y recusación empezamos el análisis de los instrumentos con los que pueden gestionarse estas situaciones para eliminar el interés particular, cuando eso sea posible, o evitar la influencia de dicho interés sobre el juicio profesional.

Se encuentran reguladas en los artículos 23 y 24 LRJSP, dentro de la Sección 4ª, Capítulo II del Título Preliminar. Los motivos de abstención y recusación que se contienen en la LRJSP son los siguientes:

- Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Téngase en cuenta que la relación de causas de abstención y recusación anterior son *“numerus clausus”*, lo que supone que no se puede aplicar análogicamente a supuestos diferentes de los contemplados en esta lista.

Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas anteriormente se deben abstener de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Igualmente, los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas pueden ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La abstención en materia de contratación pública se configura como un deber ético-jurídico que implica la inhibición de participar en el proceso de contratación toda vez que se presente una situación que genere conflicto de intereses, ya sea por tener una relación directa o indirecta con el objeto del contrato, con los interesados en el mismo o con las decisiones que se tomen en el proceso de selección. La finalidad de esta obligación es garantizar la imparcialidad, transparencia e igualdad de oportunidades en el proceso de contratación, lo que a su vez contribuye a la protección del interés general. (Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 22 de febrero de 2018, recurso nº 256/2016).

El deber de abstención en materia de contratación pública tiene como finalidad garantizar la transparencia, imparcialidad y la igualdad de oportunidades en el proceso de selección de contratistas, y su incumplimiento puede generar responsabilidad administrativa, civil o incluso penal para el funcionario o el miembro del órgano



de contratación que lo vulnere.” (Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de marzo de 2019, recurso nº 1636/2017). Por eso, se puede entender que, si efectivamente se neutraliza la participación del funcionario en el respectivo procedimiento de licitación, así como cualquier posible influencia en su resultado, siempre que se asegure el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública, mediante, por ejemplo, la abstención de cualquier tipo de participación en este procedimiento, el conflicto de intereses podría verse solucionado.

No solo se refiere a la participación directa en el proceso de selección de contratistas, sino también a la toma de decisiones previas a la convocatoria del concurso o a la elaboración de los pliegos de condiciones, ya que en estos momentos también pueden generarse situaciones que comprometan la imparcialidad y la transparencia del proceso.” (Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 22 de noviembre de 2017, recurso nº 3087/2015).

Así por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de noviembre de 2004 destaca la importancia de la Mesa de contratación en la formación de la voluntad del órgano de contratación: *“la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, en tanto que la propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta”*. Las decisiones de la mesa se han de adoptar por mayoría. En la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 791/2018, de 14 de septiembre no se cuestiona que los miembros de la mesa pueden votar la decisión, si bien precisa que no es necesario reflejar el voto particular de uno de sus miembros, sino solo “el contenido de los acuerdos adoptados” y que el acuerdo fue adoptado por mayoría. La abstención no es posible entre los miembros de la Mesa, sin perjuicio del debido deber de abstención en caso de concurrir conflicto de intereses por alguno de los motivos que regula el artículo 23 LRJSP.

Por otra parte, también los interesados, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pueden promoverse recusación mediante escrito en el que se deben expresar la causa o causas en que se funda.

En el día siguiente desde la recepción del escrito, el recusado tendrá que manifestar a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada:

- Si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido
- Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá, en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos

En relación con el instituto de la recusación, numerosas Sentencias el Tribunal Constitucional (por todas las 138/1991, de 20 de junio, 64/1997, de 7 de abril, o 69/2001, de 17 de marzo, del Pleno) se han referido al fundamento de la abstención y recusación, mecanismo que, aunque ideado originariamente para la función jurisdiccional, posteriormente se haya extendido también a la función administrativa. Y a este respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha proclamado que las causas de abstención y recusación previstas legalmente tienden precisamente a asegurar la imparcialidad del funcionario actuante traduciéndose en la posibilidad de recusarle si se estima que concurre alguna de las causas como tales en los preceptos correspondientes.

Se precisa que tienen que existir sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan fundadamente afirmar que la persona afectada no es ajena a la causa o que permitan temer por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implica, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que

hayan intervenido<sup>8</sup>, sin perjuicio que la no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda, sin que se pueda descartar la posibilidad de su alcance penal, especialmente el delito previsto en el [artículo 439 del Código Penal](#), habiendo declarado el [Tribunal Supremo, en Sentencia 73/2001, de 19 de enero de 2001](#), que “*el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se vertebraba alrededor de un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que debe exigirse a la Administración y por tanto a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que, no se olvide, aparece como uno de los elementos definitorios de la Administración Pública en el art. 103 de la Constitución*”.

Por lo que se refiere a la responsabilidad disciplinaria, el artículo 95.2h) del TRLEBEP dispone que constituye falta muy grave la violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. En el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 7 g) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado tipifica como falta grave intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

La jurisprudencia ha establecido que la no abstención de un funcionario público o miembro del órgano administrativo en un procedimiento administrativo y por tanto en una licitación, puede dar lugar excepcionalmente a la nulidad del acto administrativo correspondiente, siempre y cuando se pruebe que la intervención de la persona de la Administración resultó decisiva hasta el punto de que, de no haber formado parte del órgano, la resolución hubiera sido distinta. Es decir, se tiene que acreditar la influencia que su actuación haya podido tener en la decisión finalmente aprobada y por supuesto la ilicitud objetiva de esa decisión.

Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 30 de octubre de 2017, recurso nº 1185/2016 señala que “*la falta de abstención de un funcionario público en un procedimiento administrativo puede ser causa de nulidad del acto correspondiente, siempre y cuando se acredite que dicha situación generó un vicio de nulidad que afectó la legalidad y validez del acto administrativo*”. (En igual sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2014, recurso nº 1221/2013) y de fecha 21 de noviembre de 2017, recurso nº 3087/2015).

En el ámbito local, el artículo 185 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales dispone que: “*La actuación de los miembros en que concurran los motivos de abstención a que se refiere el artículo 21 del presente Reglamento implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido*”.

Cuestión relevante también es que ocurre cuando el interesado no insta la recusación, a pesar de conocer la concurrencia de la causa de abstención en la autoridad o empleado público interviniente en el procedimiento en cuestión y pretende alegarlo en la vía contenciosa administrativa, es decir, ya en fase judicial. En este caso, la jurisprudencia ha reconocido que la falta de alegación de recusación supone un tácito reconocimiento de la imparcialidad de la persona respecto de la que dicho motivo de recusación pretendía esgrimirse y que no puede alegarse en este momento si previamente no lo ha alegado en el momento oportuno de detección de la infracción. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de abril de 1996.

Finalmente, indicar que contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento.



8 Véase NOVOA SUÁREZ, M.J.: La abstención y recusación en Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común (Dir. Miguel Angel Recuerda), Aranzadi, 2016, pág 1109.

Sin perjuicio de lo anterior, el incidente de recusación en Derecho Administrativo suspende, por su naturaleza, obligatoriamente la tramitación del procedimiento principal en el que se suscita, desde que se plantea hasta que se resuelve por el superior jerárquico para garantizar así la imparcialidad de la Administración para resolver el asunto que se dirime.

## 4

### **Delimitación de los conflictos de intereses con las prohibiciones de contratar**

Las prohibiciones de contratar, como es bien sabido, son circunstancias objetivas que impiden contratar con la Administración a quien se halle incurso en las mismas. Están recogidas en los artículos 71 a 73 de la Ley. Siguiendo a GÓMEZ JARA “la Administración Pública sólo debe contratar con buenos ciudadanos corporativos (Good Corporate Citizens)”.

Tienen como objetivo prevenir los conflictos de intereses, pero no impiden la participación de las empresas y personas en la contratación pública si no existe conflicto de intereses. En este sentido, se debe realizar una evaluación caso por caso para determinar si la participación de una empresa o persona en un proceso de contratación puede generar o no un conflicto de intereses.

Las prohibiciones lo son para contratar con la totalidad del sector público, sin distinguir por tanto, entre las causas que afectan al sector público, y las que afectan a las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia y las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, han apelado a la necesidad de una interpretación restrictiva cuando analizan las prohibiciones para contratar.

Así, el Informe 37/2009, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA del Estado, recuerda que ha de hacerse una “interpretación no extensiva de las normas que restringen derechos individuales”, como lo son las prohibiciones para contratar con el sector público; lo mismo que el Informe 35/2009, de 1 de febrero de 2010. En esa misma línea, el Informe 6/2009, de 3 de julio, de la JCCA de Cataluña, incide en que “estas causas de prohibición para contratar con el sector público, han de interpretarse de manera estricta y sin hacer extensiones análogas”.

La jurisprudencia incide en dicho sentido, como señala, a modo de ejemplo, la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2000, en la que la Sala argumenta que:

*“La consecuencia que se infiere de lo anteriormente expuesto es el reconocimiento de la estimación del motivo y la nulidad de la adjudicación efectuada, por cuanto que los términos taxativos de la regulación legal, especialmente el último apartado del artículo noveno, establecen la nulidad de pleno derecho de aquellas adjudicaciones en las que se violen las normas sobre capacidad o las prohibiciones expresamente previstas, especialmente tipificadas e interpretadas con un criterio restrictivo, puesto que las prohibiciones de contratar son medidas de garantía del interés público”.*

Esta interpretación restrictiva de las prohibiciones de contratar también se aplica en el ámbito de las incompatibilidades. En este caso, la Ley establece una serie de incompatibilidades para el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tienen como objetivo evitar situaciones en las que puedan surgir conflictos de intereses. Al igual que en el caso de las prohibiciones de contratar, la interpretación restrictiva se aplica para evitar limitar indebidamente la libertad de trabajo y la movilidad laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Tal y como señala el [artículo 71 LCSP](#), constituye causa que prohíbe contratar con la Administración Pública, cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. 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:

- 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.

Cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015, en la que se establece que la prohibición de contratar con la Administración Pública a aquellas personas o entidades que hayan sido condenadas por delitos de corrupción es compatible con el derecho a la libertad de empresa y el principio de igualdad de trato. Además, se destaca la importancia de que la Administración Pública verifique el cumplimiento de estas prohibiciones antes de la adjudicación de contratos.

- b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto o por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>9</sup>.
- c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.



<sup>9</sup> Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI en su disposición final decimoséptima modifica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en concreto la letra b) del apartado 1 del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. La reciente modificación de la Ley de Contratación del Sector Público (LCSP) ha eliminado una medida trascendental que tenía como objeto proteger a los denunciantes de corrupción. Es decir, el nuevo texto de la Ley de Contratación Pública ya no contempla una cláusula clave que se incorporó recientemente en el artículo art. 71.1.b) de la LCSP por la disposición final sexta de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción en virtud de la cual se impedía contratar con las administraciones a aquellas empresas que no protegiesen a los trabajadores que informasen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

En la práctica y debido a este "olvido" del legislador, a día de hoy cualquier empresa con más de 50 empleados condenada por no haber ofrecido apoyo y protección a un trabajador que ha denunciado infracciones en los términos de la ley 2/2023, podrá trabajar con las administraciones y ser adjudicataria de licitaciones, ya que la limitación no se contempla.

- | d No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.
- | e Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1.
- | f Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La presente causa de prohibición de contratar dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 72.1, compruebe que la empresa ha cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cantidades adeudadas, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.

- | g Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

- | h Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

Además de las causas indicadas, el citado [artículo 71 LCSP](#) determina que son también circunstancias que impiden a un empresario contratar con las entidades del sector público las que siguen:

- | a Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del [artículo 150 LCSP](#) dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.
- | b Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el [artículo 153 LCSP](#) por causa imputable al adjudicatario.
- | c Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.
- | d Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad del sector público.

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 aquellas.

En el artículo 72.5 de la LCSP se reconoce el derecho del operador económico a las medidas de self-cleaning como alternativa a la exclusión del procedimiento de contratación requiriendo para su efectividad que concurran las siguientes condiciones:

- a | Que se acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia penal o resolución administrativa de la que derive la prohibición de contratar.
- b | Que se adopten medidas de autocorrección o de «self-cleaning», esto es medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas.
- c | Entre las medidas de autocorrección necesariamente deben contemplarse las de acogerse a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este tipo de programas ya se establecieron en la legislación de defensa de la competencia en el año 2007.
- d | Que no se trate de una causa de prohibición de contratar del artículo 71.1.a) de la LCSP 2017. Entre estas están los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social.

Si concurren las condiciones expuestas, el derecho del operador se traduce en la no declaración de prohibición de contratar. Por otro lado, se reconoce que si las circunstancias anteriores se acreditan posteriormente, podrá ser revisada la declaración de prohibición de contratar por el órgano que la declaró.

Señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que *“Estas medidas de self-cleaning o de autosaneamiento<sup>10</sup>, son un remedio extraordinario para empresas incurso en causas de exclusión o de prohibición para contratar. Sin embargo, si se genera una cultura de la prevención pertinente e inteligente, hasta se podría pensar, como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica, que la emisión de compromisos de “Compliance” por las empresas sea requisito para ser admitido a una licitación pública. Es decir, los programas de “Compliance”, además de atenuar la responsabilidad penal de la empresa contratista ante los daños causados por su personal en nombre y por cuenta de la empresa, pueden ser medios eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, jurídicas y éticas, por parte del contratista.”*

El artículo 73 regula los efectos de la declaración de la prohibición de contratar, efectos respecto de los que admite diversos ámbitos funcionales (la prohibición para contratar puede afectar al ámbito del órgano de contratación o extenderse al sector público en el que dicho órgano se integre), territoriales (una o varias



10 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J: Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 21 (2017), pp. 277-299

Comunidades Autónomas o la totalidad del territorio nacional) y temporales (pues unas producen efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición y en otros supuestos los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente).

Una vez declarada la prohibición, la principal consecuencia es que impide futuras contrataciones con el órgano de contratación, con el sector público autonómico correspondiente, o con la totalidad del sector público.

## 5 Delimitación de los conflictos de intereses con las incompatibilidades

Sensibilizar y crear una cultura sobre los factores de riesgo y la adopción de medidas preventivas eficaces devienen en rasgos definidores de una Administración Pública íntegra y eficiente.

Otra de las herramientas más importantes para prevenir los conflictos de intereses en la contratación pública es la regulación de las incompatibilidades.

Las incompatibilidades son una figura jurídica que impiden a una persona desempeñar simultáneamente dos cargos o actividades que puedan generar un conflicto de intereses.

Ante esta circunstancia, la persona afectada debe optar por el ejercicio de una de estas actividades y/o cargos.

Debe diferenciarse esta figura de las causas de inelegibilidad. Brevemente, debe recordarse como señala FIBLA NICOLAU que las causas de inelegibilidad son impedimentos al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido. La normativa trata de evitar que la persona que se encuentra en unas situaciones fijadas legalmente, pueda concurrir como candidata a unas elecciones<sup>11</sup>.

La diferencia fundamental entre las causas de inelegibilidad e incompatibilidad radica en que las primeras operan con carácter previo a la obtención de la condición de concejal, e impiden presentarse a una elección; las segundas, por el contrario, no impiden presentarse a la elección: si la persona sale elegida, deberá optar entre la toma de posesión en el cargo o la renuncia al mismo y, en consecuencia, continuará ejerciendo la tarea considerada incompatible con el anterior.

En este apartado analizaremos la figura de las incompatibilidades en el ámbito local y su importancia en la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública, a la luz de la jurisprudencia y los informes de las juntas consultivas.

La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es tajante en su exposición de motivos la voluntad de exigir a *“los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración”*. La regulación de dicha ley parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no pueden impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.



11 FIBLA NICOLAU, C: Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pág. 166 a 191

Conviene hacer referencia al trámite de la consulta pública del “Anteproyecto de Ley de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público”, efectuado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública entre el 28 de abril y el 28 de mayo de 2021.

Dicho trámite partía del antecedente normativo regulado en la precitada Ley 53/1984, y como problemas que pretenden resolverse con la nueva norma la consulta indicaba lo siguiente: “los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, han puesto en evidencia la necesidad de modificar algunos preceptos para adecuarlos a las exigencias de la Administración actual más exigente, así como de establecer un sistema de prevención y gestión de conflictos de intereses que no esté dirigido exclusivamente a las limitaciones aplicables al desempeño de la segunda actividad. Por otra parte, la aparición de nuevas formas de prestación de actividades profesionales exige una regulación que las contemple de forma específica. Asimismo, se pretende dar cumplimiento a las recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) relativas a la promoción de la integridad pública”. Las cuestiones sometidas a consulta eran siete, relacionadas con incompatibilidades con segunda actividad pública, con actividad privada, así como excepciones sobre las mismas. También se preguntaba sobre la prevención de conflictos en el personal eventual, así como incompatibilidad al cese en el supuesto de personal no considerado alto cargo.

No obstante, y en espera de una posible futura nueva regulación, habremos de estar a lo dispuesto en la vigente Ley 53/1984, la cual contempla su aplicabilidad al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes, en su artículo 2.1.c).

En el ámbito local, las incompatibilidades están reguladas por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que establece que los cargos electivos locales son incompatibles con el desempeño de cualquier otro cargo, profesión o actividad, pública o privada, que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones.

La LBRL también establece que los funcionarios locales no pueden realizar actividades privadas que supongan un riesgo de incompatibilidad con su cargo, y que deben solicitar autorización para ejercer cualquier otra actividad. Además, los contratos de los empleados públicos locales deben incluir una cláusula de incompatibilidad, que impida la realización de actividades que puedan comprometer su imparcialidad o independencia en el desempeño de sus funciones.

El régimen de incompatibilidades trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata; sin embargo no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares (TS 26-4-02,

A continuación, se citan algunos informes de las juntas consultivas relacionados con las incompatibilidades en el ámbito local y su relación con la contratación pública que resultan muy ilustrativos:

- La JCCA en su Informe 54/2008, de 31 de marzo de 2009, resuelve la consulta realizada por un alcalde sobre si existe incompatibilidad para que un concejal pueda ser al mismo tiempo arrendatario de bienes del ayuntamiento del que forma parte, y, además, plantea la forma en que debe actuar el ayuntamiento respecto de los pagos efectuados por él en el caso de que exista incompatibilidad.

La JCCA indica que el cargo de concejal o alcalde es incompatible con la condición de contratista del ayuntamiento, pero sólo para el caso de que el contrato celebrado cuente con financiación de la corporación municipal (art. 178.2.d de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General -LOREG-), pero no en caso contrario. Por lo tanto, el hecho de ser arrendatario de un bien inmueble propiedad del ayuntamiento, en

principio, no le hace incompatible para el ejercicio del cargo de concejal, pues las obligaciones financieras corren exclusivamente a cargo del arrendatario; cosa distinta es si en el contrato se hubiese previsto que la corporación atendiese total o parcialmente a las necesidades financieras derivadas del contrato de arrendamiento y, en este caso, el ayuntamiento no asumió obligaciones financieras de ninguna clase, por lo que no existe causa de incompatibilidad; por otro lado, con independencia de ello y para el caso de que el arrendatario resultase deudor de la corporación municipal por cualquier concepto derivado del contrato de arrendamiento, sí debe tenerse en consideración lo dispuesto en el art. 177.2 LOREG, en cuanto son incompatibles con los cargos de alcalde y concejal los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente corporación local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.

De este modo, un concejal puede ser adjudicatario del arrendamiento de bienes municipales (en este caso de un bar situado en un área recreativa municipal que abre durante la época estival) siempre que no reciba contraprestación alguna de las arcas municipales, asumiendo como titular del contrato el pago de la renta que se haya establecido, así como también su hijo.

De otra parte, el concejal sí tendría, obviamente, deber de abstención legal en el debate, votación y resolución de cualquier cuestión relacionada con la adjudicación del arrendamiento del bien municipal (art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP-), pero puede ser arrendatario según lo indicado.

- El Informe 7/2016, de 20 de abril, de la JCCA de Aragón, señala que la Concejala que es titular de una tienda de alimentación que suministra al Ayuntamiento “incurre en incompatibilidad clara, puesto que los contratos de suministro de los bienes de su establecimiento al Ayuntamiento se financian por este último, sin que el artículo 178 LOREG haga salvedad alguna por razón de la cuantía del contrato, ni resulte posible hacerla por la circunstancia de que la venta se efectuase con anterioridad”.
- La JCCA en su Informe 29/01, de 13 de noviembre de 2001. “Incompatibilidad de concejales y de personas unidas por análoga relación de convivencia afectiva de la que existe entre cónyuges”.

No se subsana la incompatibilidad con la no actuación o abstención del concejal por parte del ayuntamiento o la no actuación por parte de la sociedad contratista del administrador incompatible, dado que las normas sobre incompatibilidades responden a un principio de prevención de un conflicto de intereses entre la entidad contratante y la empresa adjudicataria y deben aplicarse sin restricciones, sin que sea posible su subsanación por la vía de la no actuación o abstención de los incompatibles.

En este caso al tratarse de una Corporación Local, desde el punto de vista de la Administración contratante la situación de incompatibilidad se produce por la simple pertenencia a dicha Administración -en este caso el Ayuntamiento -de la persona incompatible, al ser un cargo electivo, siendo indiferente, a este respecto, que el Ayuntamiento como persona jurídica actúe a través de sus órganos de contratación, colegiados o unipersonales, de lo que no forme parte la persona incompatible, pudiendo concluirse que la no actuación o abstención de la persona incompatible no elimina la causa de incompatibilidad y, por tanto, la prohibición de contratar.

El sistema de garantías jurídicas para los principios del servicio público señalados en los artículos 103 de la Constitución, objetividad y sometimiento a la ley y al derecho, no queda agotado como hemos visto con la legislación sobre incompatibilidades. Hay todo un compendio de normas que aseguran su cumplimiento, que van desde la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado, pasando por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, o la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

## Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, C. "La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación", Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, n.º 6 (junio), 2018, pp. 109-117.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 30;
- FERNÁNDEZ MALLOL, A.L. "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno". REALA nueva época, n.º 2, 2014, p. 3 [Consultado el 10/04/2023] Disponible en:  
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=issue&op=view&path%5B%5D=686&path%5B%5D=showToc>
- FIBLA NICOLAU, C: Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pág. 166 a 191
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública. Diario La Ley, N.o 8423, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-385, Editorial LA LEY
- MEDINA ARNAIZ, T: Las medidas de self-cleaning en la Unión Europea, Congreso Internacional de Contratación Pública, Universidad de Castilla-La Mancha, 21 de enero de 2016
- MIRANZO DÍAZ, J: La Ley 9/2017 y la prevención de los conflictos de intereses: consideraciones y propuestas de aplicación en Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, n.º. 159, 2019
- NOVOA SUÁREZ, M.J: La abstención y recusación en Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común (Dir. Miguel Angel Recuerda), Aranzadi, 2016.
- REED, Q. "Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them". U4 ISSUE Anti-Corruption Resource Centre, 2008, p. 6.

# Data mining en la detección de los conflictos de intereses: una visión a COFFEE y MINERVA.

Sergio Jiménez Meroño

Experto en eGobierno y Transformación Digital

## 1

### Intro

El uso de la tecnología para automatizar y mejorar la acción administrativa no es nada nuevo. Tampoco lo es emplearla para luchar contra el fraude aumentando la capacidad de control y detección de actividades irregulares. De hecho, el primer proyecto de informatización de la administración que se popularizó de cara a la opinión pública era RITA, el sistema del Ministerio de Hacienda que controlaba los datos fiscales de los españoles para, precisamente agilizar la gestión fiscal y detectar la evasión fiscal.

Así pues, que en 2023 se haya incorporado el análisis de datos en la prevención de los conflictos de intereses no debería sorprendernos aunque sea algo nuevo o, mejor dicho, sea nueva su aplicación generalizada y de manera preventiva. La aparición de Minerva supone un cambio importante y una entrada en un futuro que llevábamos esperando casi desde principios de siglo: poder confiar en que las máquinas nos adviertan de errores que podríamos cometer sin ni siquiera saberlo porque ellas pueden mirar más lejos y más rápido.

Sin embargo, como todos los cambios y los primeros pasos, es un proceso que suscita dudas y cuestiones importantes desde el punto de vista jurídico y el técnico. En el primer caso los y las juristas tendrán que encontrar el qué y el cómo encajar la tecnología en el derecho y el procedimiento administrativo. Desde el campo tecnológico toca diseñar el empleo de los datos para que el sistema dé lo más de sí sin vulnerar los derechos de las personas ni hacer intransitable el ya de por sí saturado de normas funcionamiento de la administración.

En este artículo vamos a hacer una pequeña revisión de estas cuestiones para ver qué es lo que supone Minerva en términos de la digitalización del procedimiento administrativo: hasta dónde llega, en dónde se queda a las puertas o lejos y, sobre todo, cómo las decisiones de diseño de un servicio contribuyen de manera muy concreta a apuntalar una política. Porque, posiblemente, Minerva se ha convertido en la parte más visible pero no es ni mucho menos en la única ni la más importante del modelo que se está configurando de gestión en el contexto de la gestión de los Fondos Europeos.

## 2

# La oportunidad del uso de los datos para prevenir la corrupción.

### 2.1. Oportunidades de la tecnología (velocidad, fiabilidad, imparcialidad).

La gestión de los Fondos Europeos Next Generation se enfrentan a un desafío propio de cualquier ejército: la logística. El propósito de hacer una recuperación económica rápida y efectiva precisa una alta coordinación para cumplir ambas condiciones. La colaboración multinivel es un rasgo inevitable del modelo institucional español y hay que trabajar desde él para que este esfuerzo sea posible. Esta excepcionalidad de los fondos europeos y esta complejidad institucional no justifican saltarse las obligaciones de control propias de los fondos públicos: la agilidad es una exigencia, pero la integridad es un principio no negociable.

Esta condición de excepcionalidad nos lleva a un escenario especial. Hasta recientes fechas reducir tiempo de gestión en la administración pública era algo que se podía hacer de dos maneras fundamentales. La primera opción era el aumento de recursos dedicados a la gestión, lo que más allá de las posibles redistribuciones de personal en organizaciones tan reguladas como las públicas, requiere una cantidad de tiempo importante en procesos de selección no siempre viables o convenientes. La segunda opción es básicamente la desregulación mediante cambios en las normas administrativas o en el empleo de estructuras organizativas que no están sometidos a ellas.

En la situación actual esta dicotomía se ha roto con la adopción de dos cambios importantes. En primer lugar, se ha optado por hacer un sistema en el que la carga de la seguridad recae en el modelo institucional y no en el proceso en sí mismo. El uso de los planes de integridad y los códigos éticos, que recogen los avances en los últimos 40 años del sector público y privado de control, apuesta por racionalizar el control centrándonos en la integridad del sistema y no de cada uno de los procesos que tienen lugar en él. Esto reduce tiempos por la eliminación de la iteración de controles que, si bien podrían ser más o menos efectivos, no parecían compatibles con la prisa. El segundo recurso, y en este caso mucho más innovador, es el uso de la tecnología para agilizar el proceso de gestión.

Las tecnologías digitales pueden aportar oportunidades a la gestión de los procedimientos públicos. Para que estas sean útiles es necesario que cumplan tres preceptos:

- **Rapidez:** el uso de la tecnología debe ofrecer un menor tiempo de gestión que el trabajo realizado convencionalmente. Esta velocidad se puede deber a la propia capacidad de proceso, o a la gestión simultánea de elementos a escalas no alcanzables por un ser humano.
- **Fiabilidad.** Los resultados que refleje la tecnología deben ser correctos en la práctica totalidad de los casos. Si esto no fuera así, la revisión supondría un esfuerzo equiparable al proceso manual.
- **Imparcialidad.** La tecnología debe garantizar que los resultados del proceso o procedimiento al que se aplican deben ser ajustados a la norma sin primar unos casos frente a otros más allá de lo que indica la norma. La decisión de priorizar o no priorizar una serie de circunstancias frente a otras corresponde a la norma y no a la aplicación de la tecnología. Este es el problema tan comentado en la actualidad de los sesgos de los algoritmos: su propia construcción puede priorizar de manera involuntaria y difícilmente identificable unos casos frente a otros, lo que rompe los principios de imparcialidad de la acción pública y la soberanía que supone la decisión efectiva de los actores legítimos de esta.

Si se cumplen estos tres preceptos se dan las condiciones para poder aplicar una tecnología a un ámbito de la gestión. Esta conceptualización tiene una aplicación genérica que puede ser equiparable desde las hojas de cálculo a los algoritmos de cálculo de asignación de becas.

Sea cual sea el nivel de la acción pública en el que se va a implantar la tecnología, podemos establecer tres grados de avance o mejora respecto a su ejecución previa:

- **Aceleración:** en este escenario los recursos tecnológicos permiten hacer lo mismo que antes pero más rápido por su capacidad de proceso. No supone un cambio sustancial en la gestión del proceso.
- **Supresión:** en ocasiones la tecnología permite la eliminación de un paso porque garantiza el control del cumplimiento de unas condiciones previas o, simplemente, no es necesario realizar esa tarea. Es el caso que supone no tener que presentar una acreditación porque ya está archivada previamente en un sistema. Aquí el ahorro recae en la liberación de recursos temporales, humanos y económicos que supone eliminar pasos en un proceso.
- **Remodelación o creación de nuevas acciones:** el último caso es aquel en el que la tecnología permite abordar las tareas de una manera diferente o abordar tareas que antes no eran posibles y que cambian la manera de trabajar. En este caso es posible que surjan nuevas exigencias de trabajo, pero, idealmente, el sistema tendrá resultados muy superiores no sólo a estas nuevas tareas, sino a lo que se hacía anteriormente.

En el caso que nos ocupa hablamos de este tercer nivel: la gestión de los contratos y subvenciones derivados de los fondos tendrían un alcance limitado de automatización, dado que, al menos en la actualidad, las tareas que consumen más tiempo, como la valoración de propuestas complejas no permiten una automatización sencilla, y la eliminación de tareas se ha desarrollado en otros momentos precedentes como, por ejemplo, con la creación de los registros de contratación.

La prevención del conflicto de intereses puede beneficiarse del uso digital. Revisando lo que hemos planteado, es mucho más rápida que hacer este control de manera manual, si es que es posible; es fiable en la medida que los datos están contrastados y, a priori, es imparcial. Por otro lado, la práctica de la declaración de ausencia de intereses es algo que se hacía como buena práctica en diversas administraciones de maneras diferenciadas pero que en su vertiente analógica tiene limitaciones importantes en las que el uso de los datos puede solventar, al menos parcialmente.

## 2.2. Enfoques principales del análisis de datos.

A la hora de abordar el uso de los datos para encontrar respuestas concretas, tenemos dos grandes familias:

- **Tratamiento descriptivo:** consiste en analizar los datos y reflejar la situación actual de lo que ocurre. En este caso el principal beneficio es tanto el alcance de proceso de datos, todo lo que se puede mirar, como la velocidad de hacerlo.
- **Tratamiento predictivo:** a raíz de los datos conocidos de manera histórica se pueden estimar las probabilidades de que algo suceda. En esta aplicación la gran ventaja es anticipar comportamientos o preparar reacciones a un contexto posible o probable. Dentro de los modelos predictivos tenemos dos grandes aproximaciones:
  - **Modelos supervisados.** Se trata de aquellos sistemas en los que se prepara un algoritmo indicando una serie de variables y el resultado concreto al que se pueden asociar. Por ejemplo, si queremos saber qué factores sociales de un estudiante influyen en las probabilidades de incurrir en el fracaso escolar, estamos usando un modelo supervisado.
  - **Modelos no supervisados.** En estos casos se ofrece al sistema un juego de datos para que proceda a encontrar pautas comunes de interés que puedan aportar perspectivas no desarrolladas anteriormente. Por ejemplo, si introducimos una gran cantidad de datos sobre estudiantes, se generan agrupaciones que pueden tener algún sentido, pero sin un resultado predefinido por nuestra parte.

El tratamiento descriptivo es algo que se ha realizado de manera muy habitual en sistemas digitales: buscar y procesar resultados en una hoja de cálculo o una base de datos es algo común desde hace años. El auténtico cambio es el que ha supuesto la integración de diferentes fuentes de datos y poder procesarlas en un margen temporal reducido. La tecnología estaba preparada para buscar y encontrar información muy rápido, pero no cuando procedía de fuentes diferentes y tenían modelos distintos de estructuración. El desarrollo de modelos de bases de datos relacionales, en primer lugar, y de sistemas de integración de capas de datos de diferentes fuentes en segundo lugar, ha supuesto un cambio en el alcance de esta tecnología. Esto se debe, esencialmente a que lo mismo que hace a las organizaciones eficientes, la especialización, hacía que su conocimiento de la realidad fuera solo parcial.

Los modelos descriptivos tienen algunas limitaciones importantes.

- Sólo reflejan cosas que ocurren o de las que se tienen datos de manera positiva.
- Es necesario tener una definición identificable de lo que estamos buscando: los modelos descriptivos no trabajan por aproximación, sino que devuelven información acerca de si se da o no una condición. En la medida en la que una condición no está claramente identificada, no podemos hacer que el sistema lo haga por nosotros.
- Que esa identificación cubra todos los casos que buscamos. Puede suceder que lo que buscamos sea fácilmente identificable en algunos casos, pero no sea identificable en otros muchos casos porque no hay atributos explícitos o simplemente no los hemos identificado.
- Los datos deben tener calidad suficiente para poder detectar los casos que se buscan. La calidad de los datos es uno de los problemas fundamentales en un modelo descriptivo, dado que el hecho de que estén incompletos, sean inconsistentes, incompatibles o poco fiables puede reflejar resultados erróneos tanto en forma de falsos positivos (detecta como real, algo que no lo es) o negativos (descarta casos en los que realmente sucede lo que buscamos).

Un sistema descriptivo, como tal, no debería tener problemas si cumple estas condiciones, aunque su alcance siempre estará marcado por la primera cuestión. Si, por ejemplo, tenemos un sistema que detecta conductores que han infringido alguna norma de circulación, solo podremos detectar los casos en los que se les haya identificado. Esto supone un ahorro de tiempo, pero hay que tener presente el alcance de sus limitaciones, como veremos más adelante.

El tratamiento predictivo es, sin lugar a dudas, el más fascinante dentro del tratamiento de la ciencia de datos y la inteligencia artificial. Mientras que los trabajos analíticos y exploratorios son bastante intuitivos y, hasta cierto punto, reproducibles por una persona sin una formación especial, los algoritmos predictivos son sólo reproducibles por personas con conocimientos matemáticos y estadístico y el nivel de datos y velocidad de procesado para obtener resultados relevantes solo es posible con soportes digitales.

Esto no quita que, aunque prometedoros, los modelos predictivos tengan, igual que los descriptivos algunas limitaciones. Parte de ellas se comparten con los modelos anteriores, especialmente cuando hablamos de entrenamientos supervisados: no tener los datos correctos o completos, o no tener identificados todos los casos limitan, aunque no siempre ni con la misma profundidad los modelos supervisados de aprendizaje automático. En el caso de los modelos no supervisados esto no suele ser una limitación del modelo en sí (el modelo trabaja con los datos que hay y la calidad que tienen), pero sí de posible alcance (no podrá trabajar con los datos que no tiene). Aun así, existen algunas limitaciones importantes a la hora de valorar el uso de los modelos predictivos.

- Son especialmente sensibles a los sesgos. Un modelo predictivo parte de un entrenamiento, así que una pequeña sobrerrepresentación en los datos puede tener un impacto multiplicador conforme se depura y se profundiza en su uso.

- Los sesgos no son detectables. Cuando un sistema descriptivo o analítico se equivoca, es fácil comprobar que es así: basta con analizar un caso erróneamente etiquetado. En un modelo predictivo esto es enormemente complicado porque el elemento de control (el posible error) tiene que ser identificado como tal, lo que no puede hacerse con un sistema sesgado por sí solo.
- El sistema es especialmente sensible a los casos inesperados. Cuando aparecen casos que no se conocían, en un modelo descriptivo “basta” con corregirlos y ampliarlos. En un modelo predictivo es necesario casi empezar desde cero, dado que hay que introducirlos en el entrenamiento, posiblemente rehacer el algoritmo, y empezar desde cero. Esto de por sí ya es complejo, pero imaginemos qué sucede cuando por una modificación del algoritmo en estas circunstancias, lo que antes se consideraba positivo (algo que iba a pasar), se convierte en negativo, o viceversa.

A estas consideraciones técnicas sobre la viabilidad de los modelos predictivos hay que añadir una fundamental para su uso en los sistemas públicos: la ética sobre la decisión. Por un lado, los sistemas predictivos no están exentos de errores por su propia definición: siempre hay una probabilidad de error, aunque sea infinitesimal. Incluso conformándonos con esta realidad, hay que fijar un umbral de fiabilidad del sistema para incorporarlo a la acción pública: hasta qué punto damos por bueno algo que es una estimación.

Más allá de esta cuestión, que no es pequeña, este error residual que no se puede eliminar hace necesaria la intervención humana en todo lo referente a la generación de derechos y obligaciones. Dicho de otra manera, conceptualmente y bajo el estado de derecho, el uso de herramientas predictivas en el sector público debe quedar limitado al apoyo de las personas con autoridad para tomar la decisión efectiva, no sólo por garantías, sino por la propia responsabilidad pública.

## **3** | El enfoque de Minerva.

### **3.1. Un instrumento en un plan.**

En este contexto tenemos claro que Minerva, el instrumento de data-mining creado por la Agencia Tributaria, se acoge a las condiciones de incorporación de la tecnología a un proceso. El uso del tratamiento de los datos permite una respuesta más rápida, fiable e imparcial en los términos que se plantea, sobre un proceso de la gestión pública.

Esta oportunidad se beneficia de las especiales circunstancias que acompañan a los fondos Next Generation. La necesidad de garantizar la gestión acelerada e íntegra de los fondos hace a este tipo de tecnologías candidatas ideales, si no necesarias, a ser pareja del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (PRTR).

Sin embargo, hay que entender esta herramienta como una parte instrumental e intermedia en este plan. Minerva es una etapa de una concepción más amplia del uso de la información en la gestión de un programa con la complejidad que tiene el PRTR que se concreta en CoFFEE: la plataforma común de los Fondos Europeos. Esta herramienta sienta la base para crear un espacio de datos único, consistente y ordenado de todo lo relacionado con la gestión de dicho plan.

CoFFEE tiene una función que ahora mismo está visiblemente dedicada a la recogida, ordenación, gestión y actualización de los datos operativos y de responsabilidad de los proyectos financiados por los fondos. Es decir, en realidad es una caja que debe servir de base para poder generar aplicaciones concretas a partir de este sistema de información en torno a los datos. Sin un contexto como el que plantea sería extremadamente difícil tanto cubrir las necesidades como minimizar los riesgos que hemos señalado para cualquier sistema ya sea descriptivo o predictivo.

En la medida que se desarrollen los planes y sus acciones es previsible que CoFFEE alimente a bastantes herramientas de utilidad de gestión a nivel macro, como el grado de desempeño de los fondos, y micro, como la gestión de informes de pagos. En este sentido es lógico que se haya empezado por un principio “cronológico” y la primera medida de sistema de información relacionada con CoFFEE sea la que corresponde a las primeras tareas relacionadas con el gasto: la adjudicación de los contratos o la prestación de subvenciones.

Esto no quita que esta apuesta no acarree complicaciones. Cualquier persona familiarizada con el nacimiento y la creación de sistemas de información sabe que la entrada de información es de las tareas más agotadoras, ingratas, incómodas y desesperantes que se pueden encontrar y que, en caso de devolver valor, lo hacen a medio plazo. Esto es aún más sensible en estructuras saturadas de trabajo, de herramientas digitales, en muchos casos redundantes, cuando no contradictorias, y escasas de personal, como ocurre con la mayoría de las administraciones en España. Esto hace previsible un cierto malestar por parte de las personas que tienen que alimentar el sistema y que, posiblemente, verán sólo retornos a su esfuerzo a largo plazo, en caso de recibirlos directamente.

### 3.2. El funcionamiento general (lo que sabemos).

Minerva es una herramienta que tiene como finalidad detectar posibles conflictos de intereses en un proceso de contratación pública o concesión de subvenciones financiados por el PRTR<sup>1</sup>. El funcionamiento, a grandes rasgos, consiste en hacer una revisión de los posibles intereses empresariales que pueden tener las personas que participan en las etapas de decisión de asignación de contratos o subvenciones financiados por este plan.

Como hemos visto, a priori, cumple con las ventajas que puede aportar la tecnología a un procedimiento que anteriormente se hacía a mano:

- Es más rápido que hacer esta revisión de manera manual
- Es más fiable en la medida que la revisión de estas relaciones se realiza de manera automática por un agente externo a la organización
- Es impersonal porque lo ejecuta un programa que, a fin de cuentas, no debería diferenciar los sujetos implicados en el proceso.

Hay que partir de la base de que las declaraciones de ausencia de conflicto de intereses eran un proceso no sólo facultativo, sino que, a priori parece recaer en la propia voluntariedad y honestidad de las personas que participan en las diferentes etapas de los procesos de contratación. Esto significa que una persona debía declarar su ausencia de conflicto de interés, lo que supone un problema no sólo porque requiere una definición que, al pasar por el filtro humano, puede dar lugar a interpretaciones, sino porque, además, requiere un conocimiento de situaciones que no siempre son evidentes o conocidas.

El modelo de Minerva, más allá de su funcionamiento tecnológico que trataremos a continuación, ha requerido una serie de definiciones para aplicarla que ha normalizado unas condiciones que hasta la fecha eran, como poco desiguales:

- Define las personas sometidas al análisis previo de conflicto de intereses, indicando tanto a los responsables del órgano unipersonal como a las personas que participan en los procesos de valoración, propuesta de adjudicación y adjudicación del contrato y de valoración de candidatura y concesión de subvenciones.



<sup>1</sup> Tal y como indica la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que regula su funcionamiento.

- Acota, aunque de manera muy limitada pero objetiva, situaciones que se detectan como conflictos de intereses
- Establece las etapas en las que será imprescindible la revisión de esta previsión de conflicto de intereses
- Obliga a la definición de un criterio de acción en los casos en los que se detecten riesgos
- Arbitra unos mecanismos de defensa y alegación de las personas que pueden verse en la situación de conflicto de intereses
- Traza un curso de acción para los diferentes casos que se puedan dar con una responsabilidad concreta tanto de su cumplimiento como de los casos en los de incumplimiento.

Más allá de los logros técnicos y resultados concretos de la herramienta, la definición y la exigencia de aplicación obligatoria ya supone un cambio importante en el tratamiento de estos casos. En muchas ocasiones, más allá del retorno que supone la aplicación directa de una tecnología, la necesidad de redefinir, o, en este caso, definir las condiciones de uso ya suponen un primer revulsivo de cambio.

## 4 | Incógnitas sobre el funcionamiento de Minerva

### 4.1. Alcance.

Pese a la presencia de un fuerte discurso político acerca de la transparencia de los algoritmos y de la carta de derechos digitales de la ciudadanía, el funcionamiento de Minerva es, como poco, confuso.

En principio entendemos que:

- Los sujetos del análisis son tanto las personas responsables de los órganos, como sus familiares directos.
- El objeto es, “entre otros” los datos de titularidad real de las personas jurídicas que participen en el proceso. En los casos de las subvenciones en las que posiblemente haya una solicitud masiva, se procederá a un muestreo de hasta 100 casos para detectar posibles conflictos de intereses.

### 4.2. Principales objeciones al uso de Minerva.

El principal problema respecto a esta definición es, precisamente la falta de concreción que apunta ese “entre otros” y el posible alcance que puede tener. Por lo pronto, nos encontramos con un modelo que, a priori, dejaría fuera.

- Relaciones personales no evidentes: Hacienda dispone de datos de vivienda, de parentesco hasta cierto punto. Esto hace que en las relaciones en la que esta relación no sea directa, como amistades, o familia política relativamente alejada, el alcance sea insuficiente.
- Relaciones laborales y otros aspectos no relacionados con la titularidad: en principio, la disposición adicional 112 habla de relaciones societarias directas o indirectas. Esto deja la duda acerca de situaciones en las que la relación de un familiar no sea de titularidad sino de empleado o empleada de una de las partes interesadas, lo que no deja de ser un punto de interés y de posible conflicto de intereses. Por otro lado, el mundo financiero actual es lo bastante complejo como para que puedan existir intereses empresariales más allá de la titularidad empresarial ¿incluye figuras básicas como las obligaciones o bonos convertibles en acciones? ¿Se tienen en cuenta las *stock options*? ¿Se valora la participación en mercados como el de futuros? En esos casos la titularidad entra en una situación que posiblemente no sean detectables.

- Relaciones societarias indirectas. La Orden ministerial de hacienda señala las relaciones directas e indirectas, lo que da a entender que si una persona comparte titularidad económica con uno de los participantes en una tercera sociedad que no participa en el proceso, esto generará una alerta. Aquí la cuestión está en hasta qué punto se puede entender esta relación indirecta, dado que, como ocurre en muchos aspectos, es sencillo identificar casos evidentes donde sí, pero es complicado identificar casos en los que esta relación no es lo suficientemente sustantiva para ser reportada como riesgo. Evidentemente, el sistema no deja la decisión a Minerva, pero en un escenario así, es posible que o bien la aplicación realiza un umbral de validación (cuándo sí) o tendrá demasiado ruido. Imaginemos, por ejemplo, que una persona que participe en un proceso de contratación tenga acciones del Banco de Santander ¿generará banderas con todos los concurrentes de un proceso que también lo tengan?
- Situación de presente y de futuro. Ignoramos el ámbito temporal de análisis de Minerva, aunque la descripción de la orden ministerial apunta a la situación en el momento de realización de los pasos de tramitación que se revisan. Esto lógicamente tiene limitaciones respecto a movimientos pasados, futuros o posibles acuerdos que afecten a la propiedad de los participantes en los procedimientos.

Con estos aspectos que podemos suponer, hay que señalar que el uso de Minerva como herramienta de prevención se antoja, como mínimo, insuficiente para lo que se puede esperar hoy en día del uso de los datos.

Por un lado, tenemos un modelo basado en relaciones directas y evidentes entre las partes en el momento de la realización de aspectos muy concretos de la tramitación y sobre un ámbito de la actividad económica muy reducido. Se quedan fuera relaciones personales no evidentes, laborales, a futuro. También quedan excluidos aspectos relativos a otros momentos en el ciclo de vida de la contratación y las subvenciones que pueden afectar de manera sustancial en los procesos, como, por ejemplo:

- La elaboración de pliegos o bases reguladoras de convocatorias. La redacción de pliegos y bases de convocatorias tienen una influencia clave en la selección de adjudicatarios o beneficiarios y en las condiciones de ejecución de contratos y subvenciones. Una relación en estas etapas tempranas del proceso puede tener un impacto crítico en el proceso de selección e invitar a una posible colusión incluso sin participar en los procesos de selección. De hecho, la incompatibilidad entre la elaboración de pliegos y la participación en mesas puede poner en complicaciones a administraciones de tamaños reducidos.
- La modificación en las condiciones de ejecución del contrato. A lo largo de la vida de un contrato pueden darse casos en los que una empresa ceda o sea absorbida por otra sustituyendo a la adjudicataria del contrato. Si hubiera un conocimiento previo de las partes de esta posible sucesión, tampoco tendría cabida.
- La subcontratación en la ejecución. Un último punto sería la posible subcontratación de la ejecución de trabajos relativos a los contratos o subvenciones recibidas y el posible interés de uno de los participantes con la expectativa de beneficiarse indirectamente.

### **4.3. Lo que aporta: definir responsabilidades y evitar errores honestos. Normalizar el tratamiento de estos conflictos.**

Hay que decir que esta revisión de lo que aparentemente cubre y no cubre Minerva define un producto digital muy concreto. La herramienta tiene una serie de atributos entre los que destaca:

- Es una herramienta descriptiva. Como hemos señalado, los modelos prescriptivos y predictivos generan una serie de problemas funcionales y jurídicos que tendrían un encaje muy complicado con el procedimiento administrativo actual. En caso de tener una aplicación de estas características, sería lógico el uso de todos los instrumentos por parte de los implicados para hacer valer su presunción de inocencia lo que, más allá del resultado, haría olvidar la aceleración de la gestión de las ayudas.

- Es un sistema centrado en la decisión administrativa. Como hemos señalado, el alcance del producto deja fuera aspectos previos al acto administrativo de adjudicación o concesión y otros posteriores. Esto define el apoyo precisamente en este punto de la acción administrativa quizá como aspecto más aprehensible y concreto en la gestión.
- Es un instrumento integrado en un plan más amplio. Minerva está integrado conceptualmente con CoFFEE, lo que lo convierte no tanto en una entidad propia, sino en una funcionalidad de algo más amplio: el sistema de información que permite la gestión de los Fondos Europeos. Esto es algo a tener en cuenta: la lógica del producto está condicionada y orientada a esta visión de conjunto del Plan de Recuperación. Dicho de otra manera, posiblemente, en la diatriba entre una lógica que facilite el uso de Minerva o se pueda aumentar la capacidad de gestión de información de CoFFEE, posiblemente prevalecerá esta última opción.
- Es una herramienta que deja todo en manos del plan de integridad. Minerva “solo” avisa de que se da una situación concreta en un momento dado. La decisión de qué y cómo tratar esa situación recae en las personas de la organización con el criterio definido en el plan de integridad.

Esto ubica a Minerva, de facto, en un producto de apoyo a los responsables de integridad de la organización en lo que respecta a los procesos de decisión administrativa de adjudicación de contratos o concesión de subvenciones. En términos reales, este cambio, siendo importante, no deja de ser una implantación tecnológica de una intensidad relativamente baja (no cambia realmente lo que estamos haciendo hasta la fecha), basada en una mayor fiabilidad en su campo de aplicación y una mayor velocidad a la hora de detectarlo.

Es posible que el proceso de carga de datos en CoFFEE y recargue en trabajo lo que Minerva en tiempo necesario para detectar posibles conflictos. Pero, como decíamos, esto posiblemente obedezca a que el sistema de información real es CoFFEE y no Minerva y que el interés primordial es la creación y mantenimiento de este sistema antes que la agilidad en la tramitación, lo que parece más un subproducto.

Esto no es negativo de por sí: hay subproductos que son realmente útiles y que han contribuido a mejorar la vida de las personas, como por ejemplo Google Maps, que es una explotación adicional de información del buscador. Este subproducto posiblemente sea atractivo solo para un rango concreto de administraciones que tengan que tramitar suficientes contratos o subvenciones como para que adoptar el uso de manera real sea rentable, pero no tan diversificado como para dedicar más tiempo a meter datos de personas de mesas que a decidir a quién adjudican un contrato.

#### **4.4. La opacidad del modelo.**

En su conjunto Minerva tiene una cierta opacidad en dos niveles, que más que obedecer a lo que parece un interés de ocultar datos, queda en el espacio de una comunicación un poco deficiente.

En el plano del funcionamiento real de Minerva hay lagunas. Posiblemente la simplicidad del proceso (comprobar familiares y relaciones empresariales directas e indirectas entre los concurrentes) puede dar la sensación de que es un modelo auto-explicativo. Sin embargo, como hemos visto, existen dudas acerca de la entidad y alcance de esas relaciones de titularidad que se mencionan en la herramienta.

Por otro lado, en este tipo de cambios disruptivos sería deseable hacer un esfuerzo explicativo de todos los aspectos que pueden ser evidentes que no se cubren con la funcionalidad. Esto es así porque este tipo de aclaraciones son necesarias a la hora de asimilar una tecnología nueva y podría reducir incertidumbres y definir el contexto correcto de uso de la herramienta.

En segundo lugar, posiblemente el tamaño del cambio que supone, usar el data-mining para prever conflictos de interés, ha pasado por alto que el auténtico cambio es la constitución de un sistema de información para los Fondos Europeos. Este proyecto, sonando quizá menos sofisticado, es mucho más ambicioso y necesario para pasos



- Qué tratamiento se ha dado a esos trámites, es decir, si ha variado la tramitación la detección de la bandera
- Cómo ha sido el tratamiento de los casos en los que posteriormente se ha detectado un conflicto de intereses, pero Minerva no lo incluyó.

Esto debe contribuir a perfeccionar el sistema y, sobre todo, a buscar futuros desarrollos de la minería de datos y algoritmos predictivos para mejorar la integridad de las instituciones en particular y del sistema en su conjunto.

## 5 Conclusiones.

La introducción de Minerva puede parecer la oportuna mezcla del hambre y las ganas de comer. El hambre la aportan los fondos europeos que hay que gestionar de manera efectiva en muy poco tiempo. Las ganas de comer las aporta la necesidad de modernizar la gestión del control (y el control de gestión) de procedimientos críticos de las administraciones como son la contratación y las subvenciones mediante la tecnología.

El uso del análisis de datos puede aportar grandes ventajas a la gestión pública empezando por problemas visibles, cotidianos y hasta ahora irresolubles, como la velocidad de resolución, pasando por temas que hasta hace poco parecían quimeras, como la gestión predictiva de algunos asuntos. Sin embargo, cada caso y aplicación nueva es la fuente de un nuevo debate ético, jurídico y organizativo.

Posiblemente esto haya hecho que Minerva sea un proyecto muy de mínimos: análisis exploratorio de datos en aspectos muy concretos y determinados del procedimiento y siempre como un apoyo a las personas que lo llevan en el contexto de una normativa interna importante. Dicho de otra manera: la lógica cautela y las garantías necesarias de la acción pública han rebajado mucho el alcance de lo que la tecnología nos podría proponer en este ámbito. Es un instrumento de apoyo a la gestión de procesos de adjudicación y concesión, ni más ni menos.

Esto de por sí no es malo: no es tanto hacer experimentos con gaseosa, como mirar cómo de profunda es la piscina antes de tirarse de cabeza a ella. La cuestión, sin embargo no es tanto que el alcance sea menor o mayor, sino algunas cuestiones que pueden marcar comportamientos preocupantes a futuro. En primer lugar hay que considerar que, pese al discurso público respecto a la transparencia de los algoritmos, y a que Minerva tiene una explicación bastante simple, hay aspectos que no se explican con la suficiente claridad y publicidad, lo que sería deseable.

Por otro lado, hay que señalar que el aporte real que supone Minerva para la prevención de conflictos de intereses no es muy grande, limitándose a informaciones ya conocidas o a honestos desconocimientos de los participantes, pero deja fuera las prácticas deliberadamente fraudulentas. De nuevo, esto no es un problema en sí mismo, especialmente si contemplamos a Minerva no como un producto específico en sí, que no aporta un gran valor operativo, sino como un producto derivado de otro más amplio, CoFFEE, que además tiene como principal usuario al Ministerio de Hacienda, que posiblemente utilice estos datos para hacer una localización de casos de fraude con un alcance más ambicioso. De nuevo, no es una estrategia mala, y de hecho tiene más sentido considerando las garantías del procedimiento administrativo y las posibilidades reales de gestión de los órganos responsables de contratación pública, pero sí sería de agradecer una mayor claridad a la hora de explicar que, si bien Minerva tiene una utilidad concreta, el objetivo real es una visión integral y holística de la gestión de los fondos, incluido el control del fraude.

Como primer paso es importante y la ocasión era prácticamente inmejorable para iniciar esta andadura. No obstante, todo primer paso tiene la responsabilidad de marcar tendencia y, en este caso la tendencia de la falta de transparencia y publicidad del objetivo real no es especialmente halagüeña. Por otro lado, esta naturaleza pionera acentúa la importancia de analizar y evaluar el alcance real de Minerva para entender si ha sido un primer paso en falso, si ha sido el correcto o si, aun siéndolo, hay detalles que pulir u horizontes que ensanchar.



Mónica Mediavilla Pascual  
Responsable del Asesoramiento a  
Municipios. Diputación de Burgos

# Evaluación del riesgo de conflicto de intereses y medidas correctoras

## 1 Introducción.

Según la Real Academia Española (RAE):

- Evaluar es calcular, medir el valor de una cosa.
- Riesgo es una contingencia o proximidad de un daño.
- Conflicto de intereses es la colisión entre las competencias decisorias que tiene el titular de un órgano administrativo y sus intereses privados, familiares o de otro orden, que pueden afectar a la objetividad de las decisiones que adoptan. El conflicto de intereses determina ordinariamente el deber de abstención en la toma de decisiones, o incluso la incompatibilidad para mantener la titularidad de un determinado cargo.

Las situaciones de conflicto de intereses son un riesgo de corrupción habitual en la administración local por la proximidad de su gestión al ciudadano y, especialmente, son un riesgo en la contratación local, atomizada y escasamente profesionalizada.

¿En qué ayuntamiento no se han producido algunas de estas situaciones?:

- La esposa de un funcionario, responsable del órgano de contratación, trabaja para uno de los licitadores.
- Un funcionario de un órgano de contratación y el presidente de una de las sociedades licitadoras, tienen responsabilidades en el mismo partido político.
- Un empresario entrega al Alcalde unos pliegos técnicos, que le puedan servir de modelo en la preparación de la licitación.

Estos hechos no son, en sí mismos, un acto de fraude o corrupción, pero debemos conocer su existencia, aflorarlos y gestionarlos adecuadamente, pues como dice la Agencia Valenciana Antifraude su desconocimiento puede ser la antesala de la corrupción.<sup>2</sup>

Los gestores y autoridades locales tenemos que aprender a prever y reconocer estas situaciones, comunicarlas a nuestros superiores, aprender a gestionarlas adecuadamente y, en su caso, a corregirlas con arreglo a las normas dictadas en nuestro Plan de Medidas Antifraude (en adelante PMA), así la imparcialidad y la integridad de nuestra actividad contractual, no se verán comprometidas.



1 Ejemplos extraídos de la Guía práctica para los responsables de gestión "Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales" del Comisión Europea (OLAF)

2 Guía de la AVAF "Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento la antesala de la corrupción"

Identificar el riesgo de fraude, que puede ir unido a estas situaciones de conflictos de intereses en los expedientes de contratación, y evaluar la probabilidad o el impacto de que éste suceda, es el primer paso.

La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante Orden 1030), nos propone, como paso previo a la aprobación del Plan de Medidas Antifraude (PMA), realizar una autoevaluación del riesgo de fraude en nuestras organizaciones. Y esta evaluación se convierte en una auténtica hoja de ruta hacia la implementación de una cultura de integridad y valores éticos en la administración local.

Las autoevaluaciones más detalladas del riesgo de fraude y conflicto de intereses que tenemos que realizar en los proyectos y/o expedientes de contratación que se tramiten con cargo al Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (PRTR), también nos marcan un camino para reforzar nuestros sistemas de control interno hacia la integridad en la contratación pública.

Medir el riesgo de fraude es el camino hacia la mejora.

Y estos son los tramos del camino:

- Identificar el riesgo y analizarlo: ¿cual, quien cómo?.
- Evaluarlo: medir la probabilidad de que suceda y su impacto.
- Controlarlo: reforzar los controles del riesgo o implantar plan de mejora.
- Supervisión: efectuar el seguimiento de esta evaluación para mejorar.

<sup>3</sup>Lo que no se define, no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre.

## 2

## El compromiso con el resultado y la protección de los intereses financieros de la UE.

La lucha contra el fraude, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (UE) y la gestión por resultados, son tres principios que ya aparecían en el Tratado de Funcionamiento de la UE.

El Reglamento Financiero (en adelante RF) de 2018, exigía, al amparo del principio de buena gestión financiera, que la administración de los Estados miembros (en adelante EEMM) tenía que adecuarse a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, economía y transparencia, y, además, con el objeto de proteger los intereses financieros de la UE, imponía a éstos la obligación de reforzar sus sistemas de control interno estableciendo medidas de prevención, detección y corrección de irregularidades, fraude, corrupción y conflicto de intereses.

Este RF precisaba ya el concepto de conflicto de interés, regulaba el procedimiento para su tratamiento y definía dos principios, hasta el momento no incorporados a nuestro *hacer* local, el de compromiso con el resultado y la necesidad de evaluar ese resultado.

La protección de los intereses financieros de la UE y la prevención de los riesgos de fraude y corrupción es una prioridad europea, sobre todo, en materia de contratación pública. La preocupación de la UE por la corrupción en



3 WILLIAM THOMSON KELVIN, (físico y matemático del Siglo XIX) que Peter Drucker la hizo famosa, poniendo de relieve la importancia de medir para la mejora continua.

la contratación pública no es una novedad reciente, ya la constató el Parlamento Europeo en una Resolución de 6 de mayo de 2010, donde afirmaba que «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y generan desconfianza respecto a la UE».

Este informe acababa con una serie de recomendaciones para los estados miembros y, entre otras, determinaba que era necesario implementar en la contratación un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción, para prevenir el riesgo de fraude en esta actividad.

La UE aprobó, el 21 de julio de 2020, el Fondo Next Generation EU, el mayor programa de ayuda directa de su historia, con el objeto de hacer frente a las consecuencias económicas y sociales del covid y, dentro del mismo, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) es su pieza central.

El MRR se configura como un instrumento de gestión directa que se desembolsa en base a la verificación del cumplimiento de hitos y objetivos previamente determinados y recogidos en el Council Implementing Decision (CID).

El Reglamento del MRR (UE), 2021/241, de 12 de febrero recoge los principios europeos que hemos mencionado y exige, en la gestión de estas ayudas, que los EEMM establezcan marcos de integridad en sus organizaciones y adopten un comportamiento proactivo en la lucha contra el fraude.

<sup>5</sup>La UE nos reclama reforzar los mecanismos de control interno, nos exige un enfoque proactivo y preventivo, con nuevas herramientas como: PMA, buzón de denuncias, declaraciones de ausencia de conflictos de interés (DACIS en adelante), evaluaciones de conflictos de interés.

*“La UE nos exige pasar de un sistema basado en el principio de legalidad estático y reactivo- control de legalidad a posteriori de nuestra Administración Española-, a un principio de control preventivo, decidido, proactivo y sistemático del riesgo de fraude, para la protección de los intereses financieros de la Unión (el dinero de la UE, que es, también, el nuestro), y para ello necesitamos nuevas herramientas”*

### 3

## La Orden 1030/2021 y el compromiso con el resultado.

Estos principios europeos enunciados impregnan la Orden 1030 que se aplica a las entidades locales ejecutoras del PRTR.

Esta Orden establece un nuevo modelo para gestionar los fondos de la UE, basado en dos de estos principios: el compromiso con el resultado y la protección de los intereses financieros de la UE.

E incorpora también siete nuevos principios:

- Hito y objetivo.
- Etiquetado verde y digital.
- Análisis de riesgos significativos al medio ambiente (DNSH).

.....

4 1 Parlamento Europeo, 2010: punto 27 de la Resolución

5 JULIO GARCIA MUÑOZ. 10/03 Conferencia: “Autoevaluación de Riesgo de fraude y Gestión de conflictos de Interés en NG EU”. Asociación ACCID.(<https://www.youtube.com/watch?v=44aLrU8sank>)

- Compatibilidad de ayudas y prevención de doble financiación.
- Comunicación.
- Identificación de perceptores finales de los fondos.
- Refuerzo de mecanismos de integridad: prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

De igual forma, la Orden 1030 diseña un sistema a través del cual los gestores deben medir el riesgo del cumplimiento de estos siete principios - con unos sencillos test binarios (si/no) o test con cuatro escalones- con el objetivo de asegurar que este nuevo modelo de gestión se vaya implementando, de manera uniforme, en todas las Administraciones ejecutoras de fondos.

En el Anexo II de esta Orden 1030 se establecen los test de evaluación y riesgo por cada principio (test de aspectos esenciales control de gestión; de hitos y objetivos; de daños medio ambientales; test de conflicto de interés; de prevención del fraude y la corrupción y de compatibilidad de ayudas y doble financiación)

Para cada principio, el legislador concreta un estándar mínimo, por ejemplo para tener un riesgo bajo, la puntuación tiene que ser mayor o igual a 90 puntos. Si la puntuación no se alcanza, hay que adoptar medidas correctoras o planes de acción o mejora.

La Orden exige a los gestores de los fondos realizar el siguiente camino: identificar, evaluar, seguir, mejorar y verificar el resultado final sobre la evaluación inicial. Evaluación que debe repetirse anualmente, intentado llegar a un escenario de riesgo bajo.

Tras la realización de los seis test, este es el resumen final de autoevaluación y riesgo del Anexo II de la Orden.

Área	(a) Puntos relativos	(b) Factor de ponderación	(c) Valor asignado
Control de Gestión.		18%	
Hitos y objetivos.		34%	
Daños medioambientales.		12%	
Conflicto de interés. Prevención del Fraude y la Corrupción.		12%	
Compatibilidad Régimen de Ayudas del Estado.		12%	
Evitar Doble Financiación.		12%	
Total.	N/A	100%	

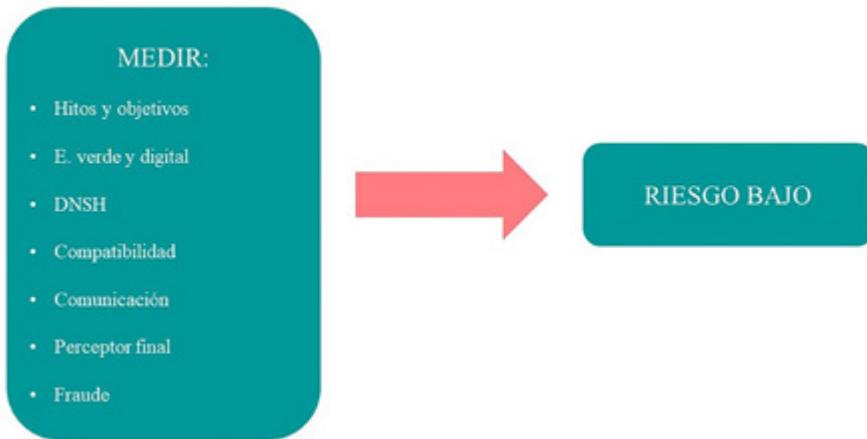
Nota: Valores de referencia.

Riesgo bajo:	Total Valor asignado $\geq$ 90
Riesgo medio:	Total Valor asignado $\geq$ 80
Riesgo alto:	Total Valor asignado $\geq$ 70

Como observamos en este cuadro resumen, la prevención del fraude y la corrupción tienen un factor de ponderación del 12%, la robustez del sistema de control interno (18%) unido al cumplimiento de hitos y objetivos mediante el seguimiento por las áreas gestoras (34%) se sitúa en un total de un 52%.

Los responsables administrativos y los gestores de la Administración Local son quienes tienen que realizar este análisis sistemático de la gestión.

### ORDEN 1030: COMPROMISO CON EL RESULTADO



## 4

### La Orden 1030 y la protección de los intereses financieros. Test de autoevaluación previo del riesgo de fraude.

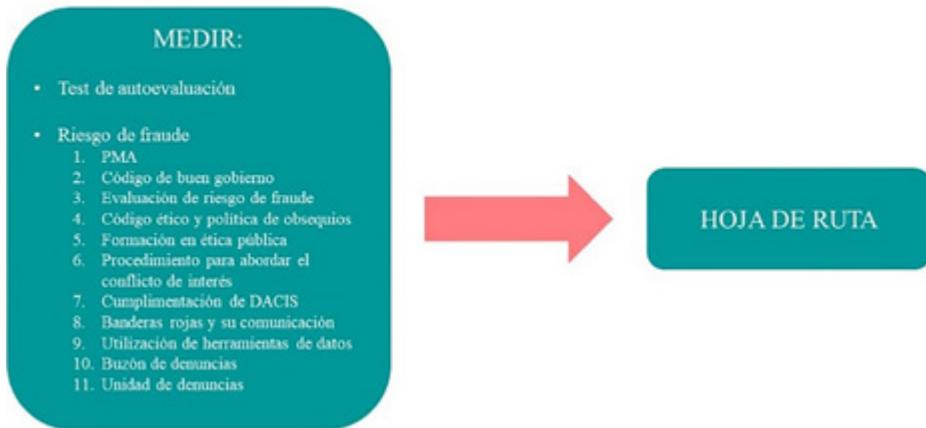
Como hemos dicho, el principio de protección de los intereses financieros de la UE obliga a reforzar los mecanismos para la prevención, detección, corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés, pero antes de reforzar y aprobar estos nuevos mecanismos, la Orden 1030 nos obliga a evaluar, con un test sencillo, el riesgo de fraude. Este test se reproduce a continuación:

TEST DE AUTOEVALUACION Y RIESGO DE FRAUDE	Grado de cumplimiento			
	4	3	2	1
1. ¿Se dispone de un «Plan de medidas antifraude» que le permita a la entidad ejecutora o a la entidad decisora garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses?				
2. ¿Se constata la existencia del correspondiente «Plan de medidas antifraude» en todos los niveles de ejecución?				
3. ¿Dispone de una declaración, al más alto nivel, donde se comprometa a luchar contra el fraude?				
4. ¿Se realiza una autoevaluación que identifique los riesgos específicos, su impacto y la probabilidad de que ocurran y se revisa periódicamente?				
5. ¿Se difunde un código ético y se informa sobre la política de obsequios?				
6. ¿Se imparte formación que promueva la Ética Pública y que facilite la detección del fraude?				
7. ¿Se ha elaborado un procedimiento para tratar los conflictos de intereses?				
8. ¿Se cumplimenta una declaración de ausencia de conflicto de intereses por todos los intervinientes?				
9. ¿Se han definido indicadores de fraude o señales de alerta (banderas rojas) y se han comunicado al personal en posición de detectarlos?				
10. ¿Se utilizan herramientas de prospección de datos o de puntuación de riesgos?				
11. ¿Existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?				
12. ¿Se dispone de alguna Unidad encargada de examinar las denuncias y proponer medidas?				
13. ¿Se evalúa la incidencia del fraude y se califica como sistémico o puntual?				
14. ¿Se retiran los proyectos o la parte de los mismos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el MRR?				
15. ¿Se comunican los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad ejecutora, a la entidad decisora o a la Autoridad Responsable, según proceda?				
16. ¿Se denuncian, en los casos oportunos, los hechos punibles a las Autoridades Públicas nacionales o de la Unión Europea o ante la fiscalía y los tribunales competentes?				

Cumplimentar esta evaluación de riesgo de fraude proporciona una auténtica hoja de ruta de las medidas que las Administraciones Locales tenemos que implementar si queremos reducir el riesgo de fraude y corrupción en nuestras organizaciones y orientarnos hacia la Integridad de la gestión.

Así, tenemos que aprobar un PMA, un Código de Buen Gobierno, evaluar el riesgo de fraude, aprobar un Código Ético, formar en Ética pública, aprobar un procedimiento para los conflictos de interés, cumplimentar DACIS, implantar banderas rojas y buzón de denuncias.

## ORDEN 1030: PROTECCIÓN INTERES FINANCIERO



Por último y centrándonos en el conflicto de interés señalar que la Orden establece la obligatoriedad de que las Administraciones Gestoras:

- Realicen la primera autoevaluación del riesgo de conflicto de interés según el test de la Orden (que llamaremos autoevaluación simple) antes de la aprobación del PMA.
- Repitan esta autoevaluación anualmente.
- Adopten dos importantes medidas directamente relacionadas con la prevención del riesgo de conflicto de interés:
  - Aprobar el modelo de DACIS e implementarlo a lo largo de todos los procedimientos de gestión y especialmente en los procesos de contratación ligados a los PRTR.
  - Aprobar un procedimiento específico para que, una vez detectado el conflicto de interés, posibilite abordar el mismo.

### 5

## La Orden 1030: Autoevaluación cualificada del riesgo de fraude en los procesos clave.

La Orden obliga a las entidades ejecutoras a aprobar el PMA. Dentro del mismo debe preverse (además de la autoevaluación simple anterior)... *la realización, de “una evaluación de impacto y probabilidad del riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del PRTR y su revisión periódica, bienal o anual... y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal”.*

Esta segunda evaluación de riesgos parece estar limitada al fraude, sin incluir los otros tres riesgos – la corrupción, los conflictos de interés y la doble financiación – a los que hace referencia el Reglamento del MRR.

En el Anexo III c de la Orden 1030, bajo el título “Referencia a medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de interés”, se establece como ejemplo y como posible medida de prevención que pueden adoptar las administraciones gestoras, la posibilidad de establecer “mecanismos adecuados para evaluar

el riesgo de fraude en todas las medidas gestionadas (...) en busca de las partes del proceso más susceptibles de sufrir fraude y controlarlas especialmente sobre las siguientes bases:

- *Identificación de las medidas que son más susceptibles de fraude (aquellas con alta intensidad, alto presupuesto, muchos requisitos a justificar, controles complejos).*
- *Identificación de posibles conflictos de interés.*
- *Resultados previos de auditorías internas.*
- *Casos de fraude detectados con anterioridad.*

Así pues se establece la necesidad de realizar una segunda evaluación de riesgo de fraude más pormenorizada (de impacto y probabilidad del riesgo) en cada Administración ejecutora del PRTR en los procesos clave del PRTR (contratación/subvenciones/convenios) que deberá ser<sup>6</sup>.

- Específica, adaptada a cada organización y/o a cada proyecto.
- Realizada por la propia organización y con sus propios medios.

Se recomienda que la realice un equipo multidisciplinar (con personal de diferentes departamentos y distintas responsabilidades).

Asimismo es aconsejable que la realización de la evaluación no se externalice, puesto que requiere un buen conocimiento de los sistemas y los procesos de la Organización y la implicación de los empleados públicos. Circunstancias ambas que facilitarán la implantación a posteriori de las medidas contra el fraude.

- Que permita identificar el riesgo y mapearlo.

Esta autoevaluación detallada posibilitará que la Administración gestora adopte medidas efectivas y proporcionadas de lucha contra el fraude (relación entre el coste y la eficacia) y racionalizar las actuaciones de comprobación, pues en caso contrario supondrían cargas de trabajo inasumibles para la administraciones locales con escasos recursos personales y materiales.

En cuanto a las herramientas concretas a utilizar para la evaluación se aconseja la utilización de los modelos de evaluación de riesgos que ya estuvieran implantados en la Administración.

La Junta Consultiva de Contratación pública del Estado en su Instrucción de 23 de diciembre de 2021, establece la obligación de realizar una evaluación del riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés aplicada a cada contrato público en cuestión, entendemos que estas evaluaciones ex ante se cumplirán a través de Minerva (herramienta 'data mining' de la Agencia Tributaria).



6 "Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, del SNCA (IGAE) de 14 de febrero de 2022" y de "Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude". Recomendaciones de la Comisión de la UE en junio de 2014.

## ORDEN 1030: MEDICIÓN DE RIESGO DE FRAUDE EN PROCESOS CLAVE



## 6

## Herramienta de evaluación del Fondo Social Europeo. Modelo para pequeños y medianos municipios.

Una de las herramientas más sencillas para medir el riesgo de fraude, es la que se utilizó en la gestión del Fondo Social Europeo (2014-2020). Este modelo evalúa no sólo el riesgo de fraude sino también el riesgo de conflicto de interés y específicamente para el método de gestión de la Contratación, por lo que nos vamos a detener en él, al proporcionar una imagen muy gráfica de cómo funcionan estas matrices de riesgos. Consideramos que es un modelo adecuado para pequeños y medianos municipios y entes locales (PYMEL).

Explicaremos la herramienta de evaluación con arreglo a sus instrucciones.

Es una matriz de riesgos que está compuesta por filas y columnas en las que se representan, por un lado la frecuencia y por otro el impacto, con una escala de mayor a menor (reflejado en un Excel previamente diseñado) que mide el riesgo (entendido este como cualquier contratiempo/evento adverso, junto con sus consecuencias negativas asociadas).

Por cada método de gestión hay dos pestañas en el Excel: la primera mide la probabilidad de que ocurra un riesgo bruto y la segunda mide la implementación de controles y el riesgo neto (resultado de aplicar los controles al riesgo bruto).

Se estructura por métodos de gestión: 1. Subvenciones; 2. Contratación y 3. Gestión directa (gestión por medios propios, encomiendas de gestión y convenios). Así, por ejemplo, para el método de Contratación, en la primera pestaña de Probabilidad, se estructuran los riesgos por fases de ejecución y se definen ocho riesgos que se van sucediendo ordinariamente en cada una de las fases de ejecución del proceso de contratación:

## RIESGOS EN CONTRATACIÓN

1. Limitar la concurrencia
2. Prácticas colusorias en la oferta
3. Conflictos de intereses
4. Manipulación en la valoración técnica o económica de la oferta presentada
5. Irregularidades en la formación de los contratos
6. Incumplimiento de las obligaciones o irregularidades en la prestación
7. Incumplimiento de los deberes de información o comunicación
8. Pérdida de la pista de auditoría

A cada uno de los riesgos, la matriz le asocia banderas rojas, éstas son “indicadores” o señales de alarma de la posibilidad de que pueda existir el riesgo. Su sola existencia no implica que haya conflicto o fraude, son sólo un aviso. En la matriz se establecen 3 tipos de banderas rojas cuya ponderación y peso está previamente grabado automáticamente en la herramienta, así pueden ser ordinarias, dominantes o excluyentes (probabilidad del suceso/probabilidad de riesgo en cada bandera roja).

Así, por ejemplo, para el riesgo de conflicto de interés en la contratación se prevén las siguientes banderas rojas:

BADERAS ROJAS DEL RIESGO DE CONFLICTO DE INTERESES	EJEMPLOS
<b>Comportamiento inusual por parte de un empleado que insiste en obtener información sobre el procedimiento de licitación sin estar a cargo del procedimiento.</b>	<i>Cuando un empleado que no forma parte de los equipos encargados del procedimiento de licitación se interesa fuertemente por conseguir información que puede alterar el devenir del concurso o favorecer a algún contratista en particular. Puede darse el caso en que tenga también vinculación con proveedores de algún potencial contratista.</i>
<b>Un empleado del órgano de contratación que haya trabajado para una empresa participa en el concurso de forma inmediatamente anterior a su incorporación al puesto de trabajo en el organismo adjudicador.</b>	<i>Cuando un empleado del órgano de contratación ha trabajado para una empresa que puede presentarse a un procedimiento de contratación de manera inmediatamente anterior, pueden surgir conflictos de interés a favor o en contra de dicha empresa potencial de ser el contratista ganador.</i>
<b>Vinculación familiar entre un empleado del órgano de contratación y una persona con capacidad de decisión o con influencia en la empresa licitadora</b>	<i>Esta vinculación juega a favor de la adjudicación del contrato objeto de valoración.</i>

<b>Reiteración de adjudicaciones a favor de un mismo licitador.</b>	<i>El licitador obtiene los contratos gracias al favoritismo que recibe de manera injustificada por parte del organismo contratante, sin estar basada en los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.</i>
<b>Aceptación continuada de ofertas con precios elevados y/o trabajo de calidad insuficiente.</b>	<i>Cuando se adjudican de manera continuada los contratos a licitadores cuyas ofertas económicas son elevadas con respecto al resto de las ofertas presentadas y/o con contraprestaciones que no se ajusta a la calidad demandada en los pliegos de prescripciones técnicas; o bien la oferta ganadora es demasiado alta en comparación con el resto de los licitadores. Estas adjudicaciones pueden verse sujetas a casos de conflictos de interés por parte de algún miembro del organismo contratante, como es el caso de un licitador que conoce de antemano que va a resultar adjudicatario y ofrece un precio alto dentro del límite establecido en el procedimiento de contratación.</i>
<b>Los miembros del órgano de contratación no cumplen con los procedimientos establecidos en el código de ética del organismo.</b>	<i>El órgano dispone de un código de ética cuyos procedimientos no son seguidos por los miembros del órgano de contratación (comunicación de posibles conflictos de interés, etc.).</i>
<b>Empleado encargado de contratación declina ascenso a una posición en la que deja de tener que ver con adquisiciones.</b>	<i>Cuando sin causa justificada y razonable, el empleado encargado de la contratación declina un ascenso a una posición en la que deja de tener relación con adquisiciones. Esto puede deberse a que guarde algún tipo de vinculación u obtenga algún tipo de beneficio no declarado con algún potencial adjudicatario.</i>
<b>Indicios de que un miembro del órgano de contratación pudiera estar recibiendo contraprestaciones indebidas a cambio de favores relacionados con el procedimiento de contratación.</b>	<i>Cuando en breve espacio de tiempo y sin aparente razón justificada, un miembro del órgano encargado de la contratación tiene un aumento súbito de la riqueza o nivel de vida relacionado con actos a favor de determinados adjudicatarios.</i>
<b>Socialización entre un empleado encargado de contratación y un proveedor de servicios o productos.</b>	<i>Se aprecia una socialización o estrecha relación entre un empleado de contratación y un proveedor de servicios o productos que puede tener intereses empresariales resultantes de los procedimientos de contratación.</i>
<b>Comportamientos inusuales por parte de los miembros del órgano de contratación.</b>	<i>No se detalla en el expediente las razones sobre los retrasos o ausencia de documentos referentes a los contratos y el empleado se muestra reacio a justificar dichos casos. Esto puede ser debido a que exista algún tipo de conflicto de interés por parte de dicho empleado.</i>

El equipo de evaluación, por cada bandera roja y en relación con la misma, debe responder a una serie de preguntas con un simple sí/no y la herramienta calcula automáticamente el riesgo, si es alto, medio o bajo y la probabilidad del suceso.

La matriz debe cumplimentarla la Administración gestora o el equipo de gestión del programa por cada programa. Y en cuanto a la frecuencia, se estima que como mínimo se debe realizar cada dos años, salvo que por

controles de auditoría se requiera anualmente. Debe ser revisada cuando haya un caso de fraude, con grados elevados de riesgos en la matriz es post, o cambios significativos en los procedimientos o en el personal de la entidad.

La herramienta define (en la siguiente pestaña del Excel relativa a método de Contratación que mide la implementación de controles y el riesgo neto) controles para cada uno de los riesgos que previamente ha definido.

Así estas herramientas se convierten en auténticas hojas de ruta para aquellas Administraciones locales que quieran minimizar la existencia de riesgos, de que se produzcan situaciones de conflicto de interés en Contratación, pues proponen la adopción de medidas concretas y susceptibles de implantar en nuestras organizaciones.

En este sentido, la herramienta propone los siguientes controles para minimizar el riesgo del conflicto de interés en la fase de preparación de un expediente de contratación:

#### MEDIDAS CORRECTORAS DEL RIESGO DE CONFLICTO DE INTERESES EN CONTRATACIÓN

- Verificar que en el procedimiento se realiza un examen de los antecedentes de los potenciales proveedores terceros.
- Establecimiento de murallas chinas (barreras que limitan la información sobre el procedimiento de contratación para los agentes externos/ajenos al mismo)
- Establecimiento de una declaración de independencia para las personas que participen en el procedimiento de contratación.
- Disponer de sistemas que garanticen un cierto grado de aleatoriedad y heterogeneidad en la selección de los miembros de los comités de evaluación.
- Disponer de una Política de Ética que se aplicará a las personas intervinientes en la gestión del procedimiento de contratación.
- Establecimiento de un control de calidad aleatorio sobre los procedimientos de contratación realizados.
- Disponer de una política en materia de conflicto de interés que incluya una declaración anual y su registro por parte de todo el personal, y aplique medidas dirigidas a garantizar su cumplimiento.
- Elaboración de un informe periódico sobre el estado en que se encuentra el procedimiento de contratación para dejar constancia de las incidencias ocurridas en el mismo (retrasos, situaciones inusuales, retiro de alguna oferta...) que permita hacer un seguimiento sobre el registro y disponibilidad documental de las ofertas en el seno de órgano adjudicador.

#### Resultado de la matriz:

Se obtienen dos tipos de resultados:

1. Puntuación total final de cada riesgo, que se calcula de forma automática a partir de tres variables: la categorización del riesgo, la probabilidad de suceso de la bandera, y el impacto de cada bandera.

La siguiente tabla ilustra la interpretación de los resultados obtenidos para cada riesgo:

		<b>Puntuación</b>	<b>Interpretación</b>
	<i>Riesgo crítico</i>	5,4- 10,8	la probabilidad de que el riesgo tenga lugar (se materialice) es crítica
	<i>Riesgo alto</i>	2,7- 5,3	La probabilidad de que el riesgo tenga lugar es alta
	<i>Riesgo medio</i>	1,08-2,6	La probabilidad de que el riesgo tenga lugar es media
	<i>Riesgo bajo</i>	0,025 - 1,07	La probabilidad de que el riesgo tenga lugar es baja

Esta puntuación total del riesgo debe servir como referencia a la Administración para prevenir cada riesgo, identificando el posible fraude o la comisión de irregularidades y en su caso incrementar el número de controles o su intensidad.

## 2. Coeficiente de riesgo por instrumento de gestión:

La herramienta calcula luego un coeficiente que indica la potencialidad del riesgo global asociado a cada método de gestión de la Administración, así el riesgo en Contratación, en Subvenciones, etc, lo que permite evaluar sus métodos de gestión y la incidencia de riesgos en ellos.

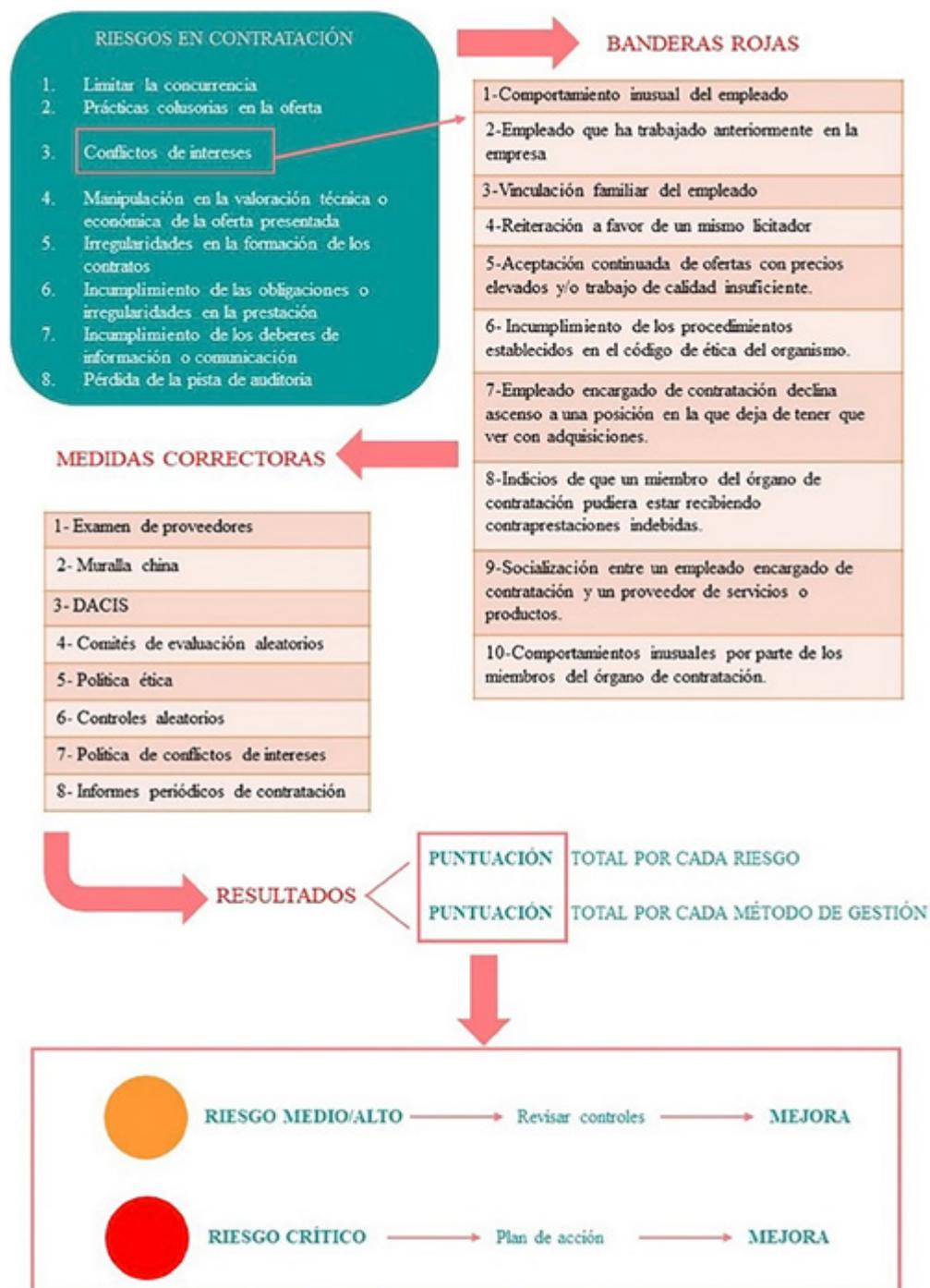
La siguiente tabla ilustra la escala e interpretación

		<b>Puntuación</b>	<b>Interpretación</b>
	<i>Riesgo crítico</i>	Desde 50%	El coeficiente muestra un riesgo crítico para el método de gestión
	<i>Riesgo alto</i>	25% - 49%	El coeficiente muestra un elevado riesgo para el método de gestión
	<i>Riesgo medio</i>	10% - 24%	El coeficiente muestra un riesgo medio para el método de gestión
	<i>Riesgo bajo</i>	Hasta 9%	El coeficiente muestra un muy bajo riesgo para el método de gestión

Este coeficiente se utiliza para:

Identificar las actuaciones a poner en marcha en función del coeficiente obtenido:

- Si es medio-alto: revisar los controles, introducir más o mejorarlos.
- Si es crítico hay que hacer un plan de mejora.



## 7 Herramienta de evaluación del riesgo del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA)

La evaluación de riesgos es una parte del proceso de gestión de riesgos a través del cual se evalúa el riesgo mediante la medición de dos parámetros que lo determinan: el impacto del riesgo si llegara a materializarse y la probabilidad de que dicha pérdida o daño llegue a ocurrir.

Recordemos cuales eran los tramos del camino o el proceso de gestión de riesgo:

- Identificar el riesgo y analizarlo (¿cual, quien, cómo?).
- Evaluarlo (medir la probabilidad de que suceda y su impacto).
- Controlarlo (reforzar los controles del riesgo o implantar Plan de mejora).
- Supervisión (efectuar el seguimiento de esta evaluación para mejorar).

Esta evaluación es el paso más importante en el proceso de gestión de riesgos y también el más difícil pues está sometido a cierta subjetividad. Por ello se aconseja (como anteriormente hemos hecho mención)<sup>7</sup>, que se realice por un equipo multidisciplinar en el que participen empleados que conozcan con profundidad los procesos de la Administración y con un perfil profesional que garantice la objetividad e independencia en su valoración y que asuman, no sólo este proceso de evaluación, sino que con posterioridad puedan supervisar y revisar los procesos o procedimientos establecidos en la Organización.

Este equipo debería estar formado por personal cualificado de Servicios de Asesoría Jurídica, Contratación, Inspección de servicios o Recursos Humanos, Áreas Gestoras con personal que directamente esté implicado en la gestión de los proyectos del MRTR y, en su caso, personal de los Servicios de Intervención (quienes deberán formar parte sólo a título consultivo o asesor, pues es necesario garantizar la independencia y separación de funciones).

Como también hemos indicado se recomienda la utilización de modelos de evaluación de riesgos que ya estuvieran implantados en las administraciones gestoras en sus sistemas de control interno, pero pocas Administraciones Locales tenemos estos sistemas, hoy en día, implementados.

<sup>8</sup>La matriz de riesgos que propone el SNCA de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) en la gestión del MRR es un instrumento similar al que hemos descrito anteriormente, pero más completo y actualizado.

Tiene el mismo esquema que la matriz del FSE y es, asimismo, un instrumento que facilita la evaluación de la probabilidad de que se dé un supuesto fraude y el impacto que puede tener en caso de que el mismo se produzca, articulándose entorno a los métodos de gestión más comunes: contratos, subvenciones, convenios y encargos a medios propios del MRR.

Es también un Excel con un previo diseño implementado que efectúa los cálculos automáticamente.

<sup>9</sup> Esta herramienta parte de los siguientes conceptos:

- Riesgo, es un contratiempo o evento adverso junto con sus consecuencias negativas asociadas.

.....

7 Página 7. Recomendaciones de "Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, del SNCA (IGAE) de 14 de febrero de 2022" y de "Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude". Recomendaciones de la Comisión de la UE en junio de 2014.

8 "Guía para la aplicación de las Medidas Antifraude en aplicación del PRTR" del SNCA de 24 de febrero de 2022.

9 Definiciones y procedimiento extraídos de las instrucciones de uso de la propia herramienta.

- **Impacto del riesgo:** Impacto o coste (tanto económico como de reputación, operativo o en otros términos) que tendría para la organización el hecho de que el riesgo llegara a materializarse.

Este impacto se valora de 1 a 4, distinguiendo un impacto limitado /medio/significativo/ o grave medido con arreglo a los siguientes criterios:

- Impacto limitado: (1) El coste para la organización de que el riesgo se materialice sería limitado o bajo, tanto desde un punto de vista económico, como reputacional u operativo (por ejemplo supondría un trabajo adicional que retrasa otros procesos).
  - Impacto medio: (2) El coste para la organización de que el riesgo se materialice sería medio, debido a que el carácter del riesgo no es especialmente significativo, tanto desde un punto de vista económico, como reputacional u operativo (por ejemplo retrasaría la consecución del hito u objetivo no crítico).
  - Impacto significativo: (3) El coste para la organización de que el riesgo se materialice sería significativo debido a que el carácter del riesgo es especialmente relevante o porque hay varios beneficiarios involucrados, tanto desde un punto de vista económico, como reputacional u operativo (por ejemplo pondría en peligro la consecución del hito u objetivo no crítico o retrasaría la consecución del hito u objetivo crítico o hito u objetivo CID).
  - Impacto grave: (4) El coste para la organización de que el riesgo se materialice sería grave, tanto desde un punto de vista económico, como reputacional (por ejemplo percepción negativa en los medios de comunicación o derivar en una investigación oficial de las partes interesadas) u operativo (por ejemplo pondría en peligro la consecución del hito u objetivo crítico o hito u objetivo CID).
- **Probabilidad del riesgo:** es la probabilidad de que el riesgo se materialice. Debe de valorarse de 1 a 4 de acuerdo a los siguientes criterios:
    1. Va a ocurrir en muy pocos casos
    2. Puede ocurrir alguna vez
    3. Es probable que ocurra
    4. Va a ocurrir con frecuencia

La metodología para su la utilización es la siguiente de forma esquematizada:

1. **Estimación del riesgo bruto.** La estimación cuantitativa de que se produzca un tipo de fraude, corrupción, conflicto de interés o doble financiación, basada en la valoración de su impacto y probabilidad.
2. **Evaluación de los controles de mitigación implantados.** La valoración de los controles que tiene ya la entidad implantados para paliar el riesgo bruto.
3. **Evaluación del riesgo neto.** La situación actual, es decir, la valoración del riesgo neto tras tener en cuenta la efectividad de los controles implantados.
4. **Controles atenuantes\_ Planes de Acción.** La valoración del efecto sobre el riesgo neto que pueden tener los controles atenuantes que se pueden establecer.
5. **Definición de riesgo objetivo o residual.** Valoración del riesgo objetivo, es decir, el nivel de riesgo que se considera admisible tras la puesta en marcha de controles efectivos.

La herramienta de evaluación, al igual que la anterior, clasifica los riesgos en colores, siendo la finalidad última la obtención de un riesgo bajo, al igual que la del FSE, la matriz califica cada riesgo en aceptable (verde) significativo (amarillo) y grave (rojo).

- El rojo es un riesgo alto que conllevará la implementación de controles y medidas inmediatamente.
- El naranja es un riesgo medio que también conllevará implementar acciones en un plazo medio o corto, inferior al año.

- El verde es un riesgo bajo o aceptable por lo que no es necesario implementar nuevos controles adicionales a los existentes.

Como se ha apuntado antes, la evaluación se debe de realizar por un equipo multidisciplinar en el que estén presentes distintos departamentos. Se aconseja que participen en el mismo los distintos departamentos gestores de los proyectos del MRR, en función de la materia (empleo; fomento; servicios sociales;...) y personal de los servicios de contratación, asesoría jurídica y quien ejerza funciones análoga a la inspección de servicios o servicios de recursos humanos. El órgano de Intervención podrá participar designando a un representante sólo a título consultivo o asesor, preservando la independencia del mismo en sus labores de control del gasto y en una necesaria separación de funciones.

Es este equipo quien tiene que definir el impacto del riesgo en cada uno de los indicadores, seleccionando en el menú desplegable de la herramienta entre el 1 al 4, y también la probabilidad del riesgo con los mismos criterios marcados. A partir de aquí la herramienta calcula automáticamente el resultado de riesgo bruto de cada uno de los indicadores y el coeficiente total del riesgo bruto.

Esta herramienta también establece una guía de controles propuestos o asociados a cada uno de los riesgos. En la batería de controles asociados, el equipo de evaluación indicará si existen o no implementados en la organización y el grado de confianza que le merece la eficacia del control y es la propia herramienta la que efectúa los cálculos del riesgo y propone en función de la calificación del riesgo como alto, medio o bajo la adopción o no de medidas correctoras o controles a implantar.

## 8

### Medidas correctoras del riesgo de conflicto de interés.

Roger Folgera Fondevilla, describe el siguiente esquema del sistema de conflicto de interés que nos sirve para efectuar una primera aproximación a este último apartado.





establecer para tratar de reducir los riesgos a niveles aceptables. Debe ser el equipo de evaluación el que valore su implementación en la Administración y adapte estos controles o medidas a la realidad de la organización.

Para concluir, vamos a enunciar algunos controles o medidas, a modo de ejemplo, que hemos extraído de las herramientas del SNCA y del FSE, específicamente las que proponen tras la evaluación del riesgo de existencia de conflictos de interés en materia de contratación.

Las matrices proponen las siguientes medidas correctoras:

- Impartir al personal recomendaciones claras o formación sobre deontología, conflictos de interés.
- Elaboración, aprobación y comunicación al personal de la organización de Protocolos de conflictos de interés.
- Establecimiento y publicidad de sistemas que permita denunciar los comportamientos supuestamente fraudulentos (canal antifraude)
- Verificar que en el procedimiento se realiza un examen de los antecedentes de los licitadores ante señales de alerta.
- Establecer barreras que limiten la información del procedimiento de contratación a los agentes externos o ajenos al mismo ("murallas chinas").
- Disponer de una política en materia de conflicto de interés que incluya un código ético, un procedimiento para abordar conflictos de interés, una Declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI) por parte de todos los intervinientes en las diferentes fases del contrato y la verificación de su contenido, cuando proceda, así como medidas dirigidas a garantizar su cumplimiento.
- Verificar que en los pliegos se incluye la obligación de cumplimentación de la DACI por todas las personas obligadas a ello. (contratistas y subcontratistas)
- Verificar que en el expediente se incluyen las DACI cumplimentadas por los intervinientes en la licitación por parte del órgano de contratación y de los contratistas y subcontratistas cuando se obtengan.
- Disponer de sistemas que garanticen un cierto grado de aleatoriedad y heterogeneidad en la selección de los miembros de los comités de evaluación.
- Establecer un control de calidad sobre los procedimientos de contratación realizados.
- Elaborar un informe periódico sobre el estado en que se encuentra el procedimiento de contratación para dejar constancia de las incidencias ocurridas en el mismo (retrasos, situaciones inusuales, retiro de alguna oferta...) y que permita hacer un seguimiento sobre el registro y disponibilidad documental de las ofertas en el seno de órgano de contratación.

Así pues, <sup>11</sup>"la mejor defensa preventiva contra el fraude es la puesta en marcha de un potente sistema de control interno, que debe diseñarse y ejecutarse como una respuesta proporcionada a los riesgos que se hayan identificado en la evaluación. No obstante, los organismos deben trabajar también en la creación de las estructuras y la cultura adecuadas para ejercer un efecto disuasorio en lo que respecta a los posibles comportamientos fraudulentos".

Por último señalar que este nuevo modelo de gestión de los Fondos Europeos que la UE impone con la gestión de las ayudas del MRR, resulta inabarcable para los pequeños y medianos municipios sin la ayuda decidida



11 La gestión de los conflictos de intereses en el sector público de Cataluña. Barcelona 2016. Oficina Antifrau de Catalunya. Parlament de Catalunya.

de Entidades con mayor capacidad de gestión y que puedan impregnarse más fácilmente de este tipo de metodologías de gestión de riesgos, como puedan ser las Diputaciones Provinciales.

Además la escasez de medios personales en el ámbito local, imposibilitará formar comités de evaluación o antifraude profesionales o resolver procedimientos en los que se detecten conflictos de interés y se deba proceder a la abstención del personal que participa en el mismo y tampoco permitirá la implementación de canales operativos de denuncias.

Difícilmente un pequeño Ayuntamiento beneficiario de fondos del MRR<sup>12</sup>, con un único funcionario habilitado estatal, va a ser capaz de realizar un autoevaluación ex ante del conflicto de interés en los procedimientos de contratación ligados al MRR (como exige la Junta de Consultiva de Contratación) cuando no puede conformar mesas de contratación sin la asistencia de las Diputaciones Provinciales.

La escasez de medios personales de los pequeños municipios, que en muchos casos sólo cuentan con un secretario-interventor como funcionario de la Corporación, hace inviable la implementación de estos sistemas de control y la implementación de estas medidas de prevención basadas en la gestión del riesgo, que pivotan sobre la necesaria separación de funciones de gestión y control.

Esto nos obligará a reforzar los Servicios de Atención a Municipios de las Diputaciones, no sólo con estas nuevas asistencias ligadas a los Fondos Next, sino fundamentalmente repensando las que ya introdujo la Ley de Racionalización y Sostenibilidad Local, de garantía de las funciones de secretaria e intervención y de prestación de servicios especializados en contratación, con las Centrales de Compras, pues ambas se ven afectadas con esta nueva regulación tendente a reforzar la integridad de nuestras administraciones locales.

Los gestores y autoridades locales debemos reflexionar sobre estos problemas que apuntábamos y sobre la necesidad de crear estructuras administrativas (que no necesariamente políticas) que permitan profesionalizar las tareas de gestión, fiscalización, y contratación en entornos más elevados o colaborativos.

Estructuras administrativas más capacitadas, especializadas y profesionalizadas que dejando atrás esquemas de prestación decimonónicos de los servicios de secretaria-intervención atomizados en pequeños y medianos ayuntamientos, puedan dar cumplimiento a estos requisitos de integridad y control interno que nos imponen la legislación y los recursos económicos de la UE, legislación y recursos económicos que ya tenemos que empezar a ver como nuestros.



12 Como ocurre en provincias como Soria, Burgos, Palencia, Badajoz e incluso en CCAA como el País Vasco o Cataluña.



# Control de riesgos de conflicto de intereses en la ejecución de los contratos: una garantía de la compra pública socialmente responsable

Bernabé Palacín Sáenz

Doctor en Derecho

Dtor. Gral. de Alcaldía del Ayuntamiento de Logroño

## 1

### El control de la ejecución de los contratos, en general.

En otros trabajos anteriores<sup>1</sup> he hablado del proceso de contratación pública y de sus áreas de mejora, entendiendo la fase de control de la ejecución de los contratos como parte del proceso, más amplio, que contempla un conjunto de actuaciones mutuamente relacionadas, precisas para la prestación de un servicio o realización de un producto. Con la involucración de todas las partes interesadas (unidades proponentes, gestores de la contratación, órganos de control y licitadores) se busca el compromiso con la calidad prestacional y la satisfacción de las necesidades ciudadanas e institucionales.

Con ello, se quiere llamar la atención sobre la importancia de la alineación interdisciplinar de estas partes, pues de su buen funcionamiento dependerá la eficiente utilización de los recursos públicos, tan retórica como olvidada en la gestión de esta herramienta estratégica a la que denominamos contratación pública.

Pues bien, entre estas áreas de mejora, que podemos definir como aspectos de la organización que no funcionan como se espera de ellas, siendo susceptibles de mejorar mediante la realización de buenas prácticas de gestión; encontramos, en palabras de la OIReScon<sup>2</sup>, la falta de supervisión directa de la fase de ejecución, o de control de ejecución no formal, sino sustantivo, de la actividad que es objeto del contrato, de modo que permita constatar su correcto cumplimiento. Quizá sea un “intangible” de la contratación, algo que seguiría siendo lo mismo con una y otra regulación de la fase de ejecución del contrato, pero se trata de un elemento que ayuda a la obtención de bienes y servicios de gran calidad, que respondan lo mejor posible a las necesidades del órgano de contratación, propósito declarado del legislador interno en el artículo 145.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Es prácticamente unánime la doctrina cuando señala la importancia del control material de las prestaciones. “Rigor para no apartarse de lo contratado, funciones concretas, control material y formal” (MARTÍNEZ, 2016)<sup>3</sup>,



1 PALACÍN SÁENZ, B., “La invisible mejora regulatoria de la contratación pública. Intangibles para mejorar el proceso, conseguir más calidad sin mayor gasto y un óptimo control de ejecución. *Gabílex*, núm. 32, cuarto trimestre de 2022.

2 Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación (OIReScon), Informe anual de Actuaciones (IAS) 2021. Igualmente, en el reciente Informe Especial de Supervisión relativo a la contratación estratégica en 2021, este organismo incluye en su apartado VI “Recomendaciones”, la de comprobación del cumplimiento de los criterios de carácter estratégico, interesando incluir su seguimiento y control al responsable del contrato, sugiriendo la reflexión de una modificación legal que incluya tal extremo en el artículo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

3 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer 2016. Pág. 298.

“diseño de mecanismos de control” (SOLORZANO, NAVÍO Y CONTRERAS, 2015)<sup>4</sup>, “límites a la actuación inspectora” (ORTEGA, 2014)<sup>5</sup> “y control de objetivos primarios y estratégicos” (GORDO, 2021)<sup>6</sup>, “sin control, no hay competencia real, sino «meros juegos de artificio»” (GALLEGO CÓRCOLES, 2017)<sup>7</sup>.

A la relevancia de la función de control se ha referido el Tribunal de Cuentas Europeo<sup>8</sup>, sobre la posibilidad de realizar controles o auditorías; la Comisión Europea<sup>9</sup>, criticando la falta de un órgano independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento legal en la contratación pública; el Consejo de Europa<sup>10</sup>, interesando la mejora de los mecanismos de control en los procedimientos de contratación pública en todos los niveles de gobierno; los órganos de control externo, diciendo que sería recomendable un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos<sup>11</sup>, o que la figura del responsable del contrato está muy poco utilizada de cara a comprobar la plena satisfacción de las necesidades y reportar al órgano de contratación criterios para la mejora en futuras contrataciones<sup>12</sup>; y la OIReScon<sup>13</sup>, considerando que la ejecución del contrato es la fase en la «que tradicionalmente ha existido menos acento en estudio, seguimiento y control, sin perjuicio del control económico presupuestario ejercido por las intervenciones y órganos responsables que conlleva la ejecución del presupuesto.»

Esta afirmación de la OIReScon, como digo en el trabajo citado, explica por qué no es suficiente la supervisión reglada atribuida a los órganos de control interno y externo, reclamándose la necesidad de acometer actuaciones que vayan más allá de la mera comprobación de un acta de recepción y de su factura (GARCÍA, 2019)<sup>14</sup>.

En este sentido, la integración de cláusulas sociales y ambientales en los contratos supone un importante beneficio social, un potente inductor para complementar las políticas activas que se quieren mantener, pero no exento de riesgos derivados, precisamente, de la falta de supervisión, dando lugar a lo que podemos denominar “potencia sin control” (PALACÍN, 2016)<sup>15</sup>, pasando en un breve lapso de tiempo de unas expectativas altas, por el valor de lo estratégico, al olvido, y con él a la pérdida de la oportunidad de influir en el comportamiento de las empresas para la adopción y continuación de la estrategia.

## 1.1. El buen uso del dinero público

El control de ejecución de los contratos tiene una indudable relación con la consecución de la finalidad pública a satisfacer por el poder adjudicador, y de ahí, también con la eficiente utilización de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Relación que se alcanza a comprender sin dificultad, aunque no exenta de cierta asincronía entre la teoría y la práctica, fundamentalmente



- 4 SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, *Real Nueva Época*. Núm. 4, julio-diciembre de 2015.
- 5 ORTEGA OLIVENCIA, L., «El coste de los servicios públicos locales». *El Consultor* 5-2014, Wolters Kluwer, pág. 5.
- 6 GORDO CANO, D., *Contratación Administrativa Práctica* nº 171, enero-febrero 2021.
- 7 GALLEGO CÓRCOLES, L., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, enero - diciembre 2017, págs. 92-113.
- 8 TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Condiciones Generales de los Contratos de suministros, servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo-Junio 2016*
- 9 COMISIÓN EUROPEA, Brussels, 27.7.2016, Recomendación (14)
- 10 COM (2018) 408/3, Recomendación del Consejo. Recomendación relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España.
- 11 Tribunal de Cuentas, «Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus Organismos dependientes durante el ejercicio 2013»
- 12 Informe de fiscalización de la actividad contractual de la Administración y del resto de Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluidas en el ámbito subjetivo de la ley 30/2007, de 30 de octubre, ejercicio 2011.
- 13 OIReScon. Informe anual de supervisión de la Contratación Pública de España (Diciembre 2019)
- 14 GARCÍA MOLINERO, A., «Sobre el control de la fase de ejecución de los contratos públicos: evasión o responsabilidad!», acceso web visitado el día 23 de mayo de 2023 en: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>
- 15 PALACÍN SAENZ, B. «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?», *Gabilex* n.º 7 septiembre 2016, pp. 20 y ss, [www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)

debidas a la falta de profesionalización en el diseño del contrato, que da lugar a la integración de conceptos abstractos<sup>16</sup>, generalistas sin orientación, inconclusos y, por tanto, difíciles de ejecutar en cada una de las fases del procedimiento, ya sean elementos personales de participación, con condiciones de vulnerabilidad, tales como personas con discapacidad, mujeres subrepresentadas en el sector de actividad correspondiente, personas en situación de exclusión social o parados jóvenes o de larga duración, ya sean elementos de sostenibilidad medioambiental que mitiguen el impacto producido por el consumo de bienes y servicios municipales.

Una vez más, de modo recurrente, se insiste en la necesidad de profesionalización de las partes intervinientes en el proceso de contratación pública, demandando el apoyo a pequeños y medianos municipios, comarcas y mancomunidades por parte de los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales. Además, la posesión de competencias profesionales, no solo formal-procedimentales, clásicas, sino económicas, laborales, medioambientales, de control de la exposición al riesgo, tanto en conflictos de intereses, como de la correcta ejecución, de la gestión por proyectos y de la utilización de técnicas que eviten *desperdicios* de gestión; suponen un eficaz basamento para el logro de la eficiencia.

## **1.2. El control de ejecución. Posición estratégica y de calidad.**

*“de nada sirve la incorporación de cláusulas sociales y ambientales, en cualesquiera fases del proceso de contratación, si su cumplimiento se deja a la discreción del contratista por falta de control de los órganos llamados a ejercerlo” (PALACÍN 2021)<sup>17</sup>*

La Directiva europea 2014/24/UE, incide particularmente sobre los aspectos estratégicos de la contratación, consciente de la importancia de medidas que coadyuvan a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Su considerando núm. 37 hace hincapié en ello:

*«resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión».*

Estos controles deben llevarse a cabo en las respectivas fases del procedimiento de licitación, esto es, en la elección de participantes, adjudicación de los contratos, al aplicar los criterios de exclusión y sobre las ofertas anormalmente bajas (considerando núm. 40), siendo competencia de los países miembros decidir cómo debe llevarse a cabo, quién debe realizarlo y si debe basarse en un control ex post, basado en muestras, o ex ante, sistemático.

Sin embargo, cuando nos adentramos en el derecho interno<sup>18</sup>, comprobamos cómo ni la función de control, ni las personas (responsables del contrato) u órganos llamados a ejercerla (oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos), apenas se esbozan, como era de esperar de esa visión estratégica que imprime



16 Expresiones tales como: "medidas necesarias", "siempre que sea posible", "requisitos de minoración de CO2", "mínima generación de residuos", etc., no ayudan, primero a obtener una proposición ventajosa para los intereses municipales, en calidad/precio, dado que, ante la duda y falta de precisión del criterio de adjudicación de contraste, se harán valoraciones "muy planas", y segundo a "fiscalizar" tanto la ejecución formal como material del contrato, que se verá afectada igualmente por esta falta de precisión. Al disminuir el detalle y la concreta delimitación del beneficio social o medioambiental que se quiere obtener, también lo harán la calidad, la eficiencia y el impacto en la consecución de la finalidad pública que se pretende. Es así de sencillo.

17 PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la Contratación Pública*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Administrativo, 2022, pág. 473.

18 LCSP: arts. 62 (Responsable del contrato), 70. (Condiciones especiales de compatibilidad), 233 (Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración), 253 (Responsabilidad en la ejecución de las obras por terceros), 260.3. (Zonas complementarias de explotación comercial), 261 (Prerrogativas y derechos de la Administración), y 303 (Facultades de la Administración en el proceso de fabricación)

la Directiva de contratación pública, originando una escasa interiorización de la función que causa impactos negativos en la eficiencia que de todo gasto público debe esperarse, para cumplir con las fines institucionales previstos.

Algo más completa se encuentra la novedosa Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública en la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando en sus artículos 57 y ss. se refiere a medidas de control de la calidad en la ejecución, concretando lo que considera mecanismos de ese control, tales como la elaboración de auditorías, la realización de inspecciones, la evaluación del rendimiento de los contratos, la petición de muestras, etc. Es decir, marca una orientación clara y plausible de lo que vengo manteniendo como necesario control de ejecución material. Máxime, si tenemos en cuenta la consideración de esos mecanismos como "inputs" de información para la debida retroalimentación del proceso de contratación en una especie de esperada mejora continua, que servirá para la *preparación de futuras licitaciones*.

A esto me refiero en un trabajo conjunto llevado a cabo en el seno de la FEMP<sup>19</sup>. La Comisión Europea, en su *Guía Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores. Versión resumida 2016*, nos habla del espíritu de la mejora continua (PDCA= Planear, Hacer, Controlar, y Actuar) aplicada a la innovación del sector público, y de cómo *"las administraciones públicas están creando culturas innovadoras para estimular nuevas formas de trabajar"*, y se pregunta *¿cómo integrar la gestión de calidad y la mejora continua en la cultura de la administración pública?*, apelando a modelos de gestión de calidad. Modelos que, cimentados en la posibilidad de realizar ajustes continuos, dan respuesta a la retroalimentación que procede de la evaluación continua de la calidad de servicio.

Sin embargo, como planteamos en el desarrollo de esta cuestión, las preguntas retóricas dan paso a una realidad que nos lleva a afirmar que no existe, ni siquiera una mínima interiorización de las herramientas o mecanismos de control, que ayudarían a la efectividad de la perspectiva estratégica, social y medioambiental integrada en los pliegos de condiciones (PALACÍN 2021)<sup>20</sup>.

## 2 El control de riesgos derivados de los conflictos de intereses, en particular.

Si, en general, el control de ejecución es protagonista ausente del procedimiento de la contratación pública, en particular, el referido a los riesgos derivados de los posibles conflictos de intereses, máxime cuando nos referimos a ellos como futuribles, no están ni representados. Mucho menos en un procedimiento que, a modo de facilitador/tramitador, aporte la utilidad de las herramientas para conseguir un propósito, en el caso que estudiamos, el de prevenir, detectar, corregir y revisar actuaciones que suponen desviaciones del correcto proceder de las partes interesadas en el contrato público, y con ello de la eficiente utilización de los fondos públicos, pues no de otro modo ha de considerarse el establecimiento de la contratación estratégica o socialmente responsable.



19 AA.VV. *Guía de Integridad en la Contratación Pública Local*, Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2019, pág. 77 y ss. bloque II.

20 PALACÍN SAENZ, B., *A la responsabilidad social por la contratación pública ...* En el estudio que recoge la obra (Cap. XI "Estado del arte en las tres administraciones territoriales"), se detecta que:

- Solo el 64% de los procedimientos contienen algún tipo de control, muy básico, relacionado con el mero nombramiento de un responsable.
- El común denominador es la verificación "documental" al final del contrato (declaración responsable, comprobación de pagos a subcontratistas, informe de trabajadores activos, certificaciones medioambientales, contratos de los nuevos trabajadores, pago de nóminas, etc.)
- El desconocimiento y, a veces, falta de compromiso de los gestores, producen relajamiento de la función de control, y con ella pérdidas de inversión pública y ganancias patrimoniales privadas.

Disponemos de normas legales y técnicas, estrategias, guías e informes, que nos pueden facilitar el camino del control de ejecución estableciendo determinadas alertas, indicadores e indicios orientados a la prevención.

Veamos, a modo de ejemplo, algunos de estos textos, más recientes.

En primer lugar, el RD Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, nos introduce al papel protagonista de las Administraciones Públicas para el impulso, seguimiento y control de los proyectos del Plan y para la necesaria absorción de los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación. Buena muestra de ello es su artículo 3, que enumera entre otros principios de gestión, el de control eficaz del gasto público, responsabilidad de la gestión y rendición de cuentas, y el de la prevención eficaz de los conflictos de intereses, el fraude y las irregularidades. En concordancia con esta norma, la Orden HFP/1030, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, materializa ese control mediante la elaboración del test de control de gestión y auditoría interna del Anexo II.B.2 y, especialmente, en la configuración como actuaciones obligatorias para los órganos gestores, tales como la evaluación de riesgo de fraude, la cumplimentación de la declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) por quienes participen en los procedimientos de ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) y la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses.

En segundo lugar, la citada Ley 11/2023, de 30 de marzo, de la Comunidad Aragonesa, que nos sirve de ejemplo, porque prevé mecanismos de control que van mucho más allá del casi único contemplado en la LCSP, en su artículo 62, sobre el Responsable del Contrato, estableciendo un mejor desglose de las funciones de éste (verificando las cláusulas sociales y medioambientales, contando en su caso con una unidad de apoyo para la realización de actividades de comprobación material); recogiendo la posibilidad de realizar auditorías sobre la base de indicadores previstos; inspecciones materiales de las medidas de control utilizadas, levantando acta de su resultado y posibilitando la comunicación a la autoridad laboral u órgano competente de los indicios o sospechas fundadas de infracciones a la normativa laboral, así como evaluaciones del rendimiento social y medioambiental del contrato, pudiéndose ligar parte del abono del precio al resultado obtenido, cuestión a la que no es ajena la LCSP en su artículo 102 "Precio", apdo. 6, sobre variación de precios en función del cumplimiento de objetivos, o el Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2021 de la OIReScon<sup>21</sup>, destacando como alternativa adicional al seguimiento de los criterios estratégicos, la de premiar a los contratistas que cumplan satisfactoriamente y más allá del mínimo exigido en los pliegos<sup>22</sup>. Como mecanismos de control, las auditorías, inspecciones y evaluación del rendimiento, detectan incumplimientos que pueden corregirse mediante penalidades e indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a la Administración.

De otro lado, el ya referido, Informe Especial de supervisión de la OIReScon, indica que sería oportuna la reflexión de una modificación legal del citado artículo 62, que incluyese la comprobación del cumplimiento de los criterios de carácter estratégico, recomendando, a modo de conclusión del Informe, un control en la ejecución de los contratos que permita constatar su correcto cumplimiento.

Sin abandonar la producción doctrinal de la OIReScon, su Informe Anual de Actuaciones 2022<sup>23</sup>, actualiza las áreas de riesgo en la contratación pública, que coinciden con los resultados del trabajo efectuado por los órganos de control externo e interno en materia de contratación pública, especialmente las derivadas de la falta



21 OIReScon, "Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2021", aprobado en su reunión de abril de 2023, de acuerdo con el apartado 1 y 7.c) del artículo 332 de la LCSP.

22 Se trata del contrato de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos domésticos del término municipal de Zaragoza, previendo como indicador la encuesta ciudadana en la que se establecen hitos, cuyo cumplimiento desencadena una determinada retribución. PCAP.pdf (zaragoza.es)

23 OIReScon, "Informe Anual de Actuaciones", aprobado en su reunión de 31 de marzo de 2023, de acuerdo con el apartado 4 del citado artículo 332 de la LCSP.

de publicidad y transparencia, durante las fases de preparación y ejecución del contrato. El análisis conjunto de los datos facilitados a la Oficina le permiten establecer una serie de indicadores de seguimiento, así como las principales áreas de un futuro mapa de riesgos de la contratación pública, que permita adoptar las necesarias medidas preventivas<sup>24</sup>.

Por su parte la Oficina Antifrau de Catalunya, en su Estudio de sistemas automatizados de alerta en el ámbito de la contratación pública<sup>25</sup>, se posiciona a favor de la monitorización proactiva y el análisis de los datos como mecanismo de control que más reduce las pérdidas por fraude, estimando una reducción del 54 %, siendo, no obstante, según confiesa, sistemas excepcionales en su implementación, más allá de los mecanismos de fiscalización y control interno, como sistemas no automatizados. Sin embargo, el Estudio recoge una consulta preliminar planteada por el Consorcio Localret para la preparación de la licitación de un contrato que dote a los entes locales de una herramienta de seguimiento, control y planificación de la contratación, cuyo informe da a luz unos requisitos interesantes sobre el contenido de la herramienta:

*«Una herramienta (o plataforma) informática de seguimiento, control o supervisión de la ejecución y de planificación de los contratos tendría que tener, al menos, las siguientes funcionalidades:*

- a | Cuadro de mando que refleje toda la actividad contractual, que permita, por ejemplo, hacer con la antelación suficiente el aviso de prórroga, o anticipar, si es el caso, la preparación de los nuevos contratos.
- b | Espacios donde las empresas contratistas puedan depositar la información necesaria para verificar el cumplimiento de los contratos; por ejemplo, de las cláusulas medioambientales, sociales, etc.
- c | Espacio de recepción de la prestación, de liquidación del contrato y de gestión de las garantías (ampliación, devolución...).
- d | Repositorio documental de pliegos, cláusulas, modelos...»

Finalmente, la Oficina, califica los sistemas de alerta como instrumentos de control al servicio de la integridad, siendo el principal control el interno, donde deben implementarse los mecanismos más eficaces y eficientes de detección de irregularidades y potenciales fraudes y corrupciones, “ya que son los que tienen la más

24



**Fuente: elaboración propia OIReScn**

25 OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA, “Sistemas automatizados de alerta en el ámbito de la contratación pública. Estudio. Septiembre de 2022”

*certera, detallada y fiable información y percepción de las debilidades y disfunciones de la organización y de las irregularidades que se han producido, se producen y se pueden producir.”*

Concluye el Estudio constatando un déficit significativo en el sector público catalán a la hora de explotar las potencialidades de la “datificación” en la contratación pública al servicio de la integridad, y recomienda centrar los esfuerzos en el desarrollo de sistemas de alerta internos.

Vemos pues, como pese a ser conscientes, legislador y doctrina, de la necesidad de mecanismos de control sobre la base de una constante recomendación de la gestión de datos en procesos automatizados, incluso se incluyen procedimientos y se elaboran modelos de declaración de ausencia de conflicto de intereses, los resultados no son alentadores. Y es que, pese a los buenos deseos, no se pasa a la acción, el control de ejecución material prácticamente no existe, y anhelamos un mejor control formal realizado por los órganos de control internos, cuando sabemos que esto no es suficiente. Falta más observación directa que debe ser contrastada con las formalidades documentales, y mejor aún si se hace sobre la base de patrones, check lits o indicadores automatizados que coadyuvan a una eficiente explotación, aunque esto, como parece, está lejos todavía.

En este panorama, un tanto desalentador, emerge una norma técnica<sup>26</sup>, la UNE-EN 17687<sup>27</sup>, sobre Contratación pública, integridad y rendición de cuentas, que se hace eco de la falta de compromiso con los principios de integridad, rendición de cuentas y transparencia en la contratación pública, y de cómo ello puede crear un espacio para la corrupción, “socavar la eficacia de los servicios públicos y tener un impacto negativo en la rentabilidad del gasto público”. Como norma técnica, su campo de aplicación, obligatorio para las entidades que necesiten acreditar su seguimiento, contiene una serie de requisitos, bajo el sobrenombre de “Principios fundamentales” (integridad, rendición de cuentas y transparencia), que están orientados a garantizar la confianza en la contratación pública de todas aquellas organizaciones compradoras que opten por esta acreditación. Entre ellos, por su significativo valor en la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses, podemos citar el pacto de integridad, evaluación de todas las partes y supervisión externa, aceptación de la responsabilidad por malas prácticas, la investigación sobre incidentes de integridad o transparencia, las políticas antisoborno y los requisitos de divulgación de conflictos de intereses, responsabilidad social, y de gobernanza eficaz, a través de la cual la organización compradora “debe asegurarse de obtener una buena relación calidad-precio y de que los fondos públicos se gasten según lo previsto, de manera que se aborden las necesidades a cubrir, a través de una gobernanza eficaz”. Volveremos sobre este importante requisito de la Gobernanza al referirnos a las áreas de mejora del siguiente apartado y de sus soluciones. Baste por ahora indicar que la Organización debe identificar los riesgos de los procesos de contratación pública, estableciendo y manteniendo un proceso que evite los conflictos de intereses, permitiendo informes transparentes.

## 2.1. Identificando áreas de mejora.

Nos referimos en este apartado al control de riesgos de conflicto de intereses que puede darse entre las personas que participan en los procedimientos de licitación o puedan influir en el resultado de los mismos. Su inexistencia, en general, ya implica por sí misma una gran área de mejora, puesto que, en el mejor de los casos, el control documental, mediante chequeo de la documentación presentada por los interesados (DACI u otros) o, en su caso, mediante análisis ex ante como el fijado en la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se muestra, como venimos manteniendo, insuficiente.



26 No se trata de una norma legal, sino de una convención, una norma técnica de común aceptación para el ámbito material al que se dirige, en este caso el de la contratación pública.

27 COMITÉ TÉCNICO CTN-UNE 165, Ética, gobernanza y responsabilidad social de las organizaciones, cuya secretaria desempeña UNE. Versión oficial, en español, de la Norma Europea EN 17687:2022.

Pero, además, partimos de otras áreas muy mejorables, sobre las que puede incidirse mediante el establecimiento de acciones correctoras. Entre ellas, se destacan las siguientes:

- a | **La delimitación de la figura del Responsable del contrato.** Hemos dicho con anterioridad que apenas se esboza ni en la legislación, ni en los pliegos, dando lugar a una escasa interiorización de la función, que nos conduce a la ineficiencia para cumplir con los fines institucionales previstos. Un control material y directo de las prestaciones por el responsable de del contrato, el director de la obra, o la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, resultará más rentable por una mayor correspondencia entre el precio pagado y la prestación obtenida. Funciones tales como la colaboración en la fase de diseño del contrato, valorando la oportunidad de la inclusión de la perspectiva estratégica del contrato, desarrollada a través del clausulado social y medioambiental, así como de controles específicos de los potenciales conflictos de intereses que desbaratan las políticas estratégicas incorporadas al contrato, utilizando para ello indicadores básicos que alertan de los mismos, junto a la propuesta de imposición de penalidades por incumplimiento del contrato, entre otros; constituyen una herramienta eficaz para la prevención, detección y erradicación del conflicto.
- b | **Una inexistente estructura de supervisión y control, en función del tamaño y necesidades de la Organización.** Junto al responsable del contrato o director/a de la obra, proporcionada al tamaño de cada organización, debería tomarse en consideración la creación de una Unidad de apoyo a la supervisión de los contratos que, en el campo que analizamos, asumiría competencias y funciones de colaboración con aquél, velando especialmente por el cumplimiento de las obligaciones estratégicas asumidas por el contratista, de comprobación directa, también formal<sup>28</sup>, alertando al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato, mediante los controles preventivos que realice.
- c | **Carencia de evaluaciones de riesgo de fraude, corrupción o conflicto de intereses.** Más allá del cumplimiento formal de las autoevaluaciones realizadas por las organizaciones públicas, en cumplimiento de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, de las medidas incluidas en los planes propios antifraude, identificando los riesgos específicos, su impacto y la probabilidad de que ocurran, mediante indicadores de fraude o banderas rojas, y de las herramientas informáticas de análisis de riesgo de conflicto de intereses (MINERVA<sup>29</sup>) que la AEAT pone a disposición de todas las entidades ejecutoras del PRTR, analizando las posibles relaciones familiares o vinculaciones societarias, directas o indirectas, en las que pueda haber un interés personal o económico susceptible de conflicto de intereses entre los órganos de contratación y de asistencia, y empleados que participen en los procedimientos de adjudicación de los contratos; todos ellos instrumentos orientados, una vez más, a una supervisión de las fases de preparación y adjudicación del contrato, tradicional en el establecimiento de controles, ahora mejorados notablemente; resulta deseable incidir en la fase de ejecución, cuyos efectos en la eficiente utilización de los fondos públicos pueden ser superlativos.
- d | **Carencia de procedimiento que aborde el conflicto de intereses, incorporando medidas de prevención, detección, corrección y persecución apropiadas.**<sup>30</sup> Sentado el cumplimiento de los procedimientos señalados en el apartado anterior, se echan en falta procedimientos internos que integren esta secuencia de acciones, identificando qué partes de la organización se encargan de impulsarlas, recogiendo datos y reportándolos, mediante la realización de informes a otras partes, Unidades o empleados, en los plazos determinados. Es aquí donde adquieren valor herramientas como las incorporadas por la norma técnica



28 Consiste en la descarga al responsable del contrato de tareas de control administrativo (mantenimiento de condiciones de trabajo, salario, cotizaciones a la Seguridad Social, ingreso por IRPF ante la AEAT, acreditación de gestión de residuos, etc.), que pudieran dispersar la atención de aquél, centrada especialmente en el cumplimiento material de la prestación. Es evidente, que la menor carga de trabajo administrativa incide en el control directo de la ejecución presupuestaria del contrato, el plazo, la calidad y la solución de incidencias de ejecución, tales como modificados y prórrogas.

29 Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre...

30 Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

UNE-EN 17687, asegurando procedimientos internos de integridad y transparencia en la cadena de suministro, firmando pactos de integridad, así como la obligación de aplicar el código de conducta como cláusula contractual. La norma técnica, recopila una exhaustiva enumeración de riesgos comunes durante el proceso de contratación pública y, a diferencia de los indicadores de riesgo previstos en el documento "Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021 ...", y de los varios planes antifraude de las organizaciones, en los que por simplificación se describe someramente una situación de riesgo de fraude, considerada "bandera roja"; aquélla recoge, junto al indicador de riesgo, ejemplos de sus opciones de tratamiento y los indicadores clave de desempeño<sup>31</sup>. Mención aparte, por su exhaustividad, requiere la "Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del PRTR" del Ministerio de Hacienda y Función Pública (Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), cuya matriz de riesgos, establece el indicador correspondiente, describe su control, y el modo de llevarlo a cabo. Pero tanto la norma técnica, como esta completa guía, carecen de procedimientos que garanticen las revisiones recomendadas. Tarea ésta que se reserva a las organizaciones ejecutoras y que, a menudo, no encuentran el tiempo necesario para incorporarlas al procedimiento administrativo de la contratación<sup>32</sup>.

- e) **Carencia de Códigos de conducta ética.** Pese a que los códigos de conducta ética deberían formar parte de nuestros protocolos de actuación administrativa, lo sean por razón de la ejecución de fondos europeos o sin ellos, por los beneficios que este *intangibile* aporta a las organizaciones, y de que una buena parte de nuestras organizaciones locales lo han incorporado; todavía estamos lejos de un establecimiento mayoritario. El documento de "Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención..." contiene un interesante compendio de la normativa reguladora de la conducta<sup>33</sup> de quienes prestan servicios en las administraciones públicas, que puede enriquecerse por las entidades participantes en la ejecución de las medidas del PRTR. Además de estas orientaciones prácticas, la Norma técnica citada, en su apartado 8.6 "Código de conducta", vendría a complementar las fuentes normativas legales con una



31 Ejemplo de ello lo encontramos en la Tabla B.2 "Etapa de procedimiento de compras públicas":

Tabla B.2. –Etapa de procedimiento de compras públicas		
Riesgo	Opciones de tratamiento del riesgo (ejemplos)	Indicadores clave de desempeño (medición y seguimiento de riesgos)
<b>1. Consulta a los mismos proveedores para todas las contrataciones públicas no sujetas a publicación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Aumentar la comunicación</li> <li>b) Utilizar la prospección para atraer proveedores nuevos/desconocidos.</li> <li>c) Permitir que los proveedores potenciales sean referenciados en listas abiertas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Número de proveedores consultados. Número de ofertas recibidas por compra pública no sujeta a publicación oficial.</li> <li>– Porcentaje de ofertas presentadas por nuevos proveedores.</li> </ul>

32 Ejemplos de medidas tales como: "adoptar un enfoque de proyecto para la contratación pública", "establecer listas de verificación de requisitos comunes", "vincular cada requisito a una necesidad identificada", "evaluar diferentes opciones sobre el enfoque/procedimiento/ estrategia a aplicar a cada proyecto de compra pública", "realizar una evaluación en profundidad del mercado", "involucrar a los usuarios finales", (Norma técnica); o "disponer de procedimientos que garanticen la revisión de la justificación de la forma en que se establece el procedimiento de adjudicación", "disponer de procedimientos para verificar que las especificaciones de la licitación no son demasiado excluyentes", "disponer de un procedimiento claro, difundido entre el personal, sobre los requisitos de publicidad que deben cumplirse en los diferentes procedimientos" (Guía para la aplicación de medidas antifraude...). Todas ellas, garantía del éxito de unas compras públicas alejadas del fraude y la corrupción, presentan una laboriosa implementación, casi, casi, incompatible con las dinámicas de gestión que presenta la ejecución del PRTR. De ahí el área de mejora delimitada.

33 Se citan: 1. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. 2. Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. 3. Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. 4. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Estatuto Básico del Empleado Público. 5. Ley 53/1984, de 26 de diciembre Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

serie de requisitos de comportamiento exigibles a aquellas organizaciones que voluntariamente decidan implementarla, tales como conflictos de intereses, obsequios y hospitalidad, corrupción, imparcialidad, confidencialidad, transparencia, rendición de cuentas, denuncias de acoso sexual y conducta inapropiada, derechos de privacidad, etc., recogiendo una infografía que ayuda a *manejar la situación* cuando la organización se encuentra con un dilema ético<sup>34</sup>.

- f | **La falta de comprobación directa de las actividades.** Se trata de una de nuestras principales áreas de mejora, tradicional conviviente con la falta de cultura de la supervisión y control, muy embebida en la fase de preparación y adjudicación del contrato. La comprobación directa, alerta al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato, y complementa a la supervisión mayoritariamente formal que realizan los órganos de control interno y externo, igualmente necesarios, pero insuficiente, como hemos visto. La matriz de riesgos de la IGAE-SNCA, en el riesgo "C.R7, Incumplimientos o deficiencias en la ejecución del contrato", describe indicadores y controles sobre el cumplimiento defectuoso de las prestaciones, la modificación de los contratos sin justificación ni tramitación, las subcontrataciones no permitidas y los pagos por encima del valor del contrato. Por su parte la norma técnica que seguimos, en su apartado Tabla B.3 del Anexo, "Etapa de gestión/seguimiento del contrato", delimita el riesgo, da opciones de tratamiento, y señala los indicadores clave de desempeño, descendiendo más, si cabe, en la casuística que se presenta a los órganos de contratación<sup>35</sup>. La relación de casos, puede sin duda alargarse, pero tiene el valor de servir de *check list*, para facilitar el control de ejecución material o directo que defendemos. Complementariamente, la norma prevé el establecimiento, implementación y mantenimiento de un proceso para gestionar incidentes y no conformidades que documente, *"cómo detectar, examinar y comunicar incidentes, así como también cómo implementar acciones"*.
- g | **Organización del trabajo de modo que permita la supervisión de las decisiones.** Íntimamente relacionada con el área 4., y los procedimientos que garanticen las revisiones recomendadas. Es aquí donde cobra más

34 Basado en la figura A.2. de la Norma-Prueba de dilema ético.



35 Se definen los riesgos de: negociaciones posteriores a la adjudicación, supervisión inadecuada del contrato, cambios sustanciales en las cláusulas del contrato, obligaciones financieras inadecuadas, resultados inadecuados en relación con las necesidades, no tener en cuenta los intereses de las partes interesadas, corrupción, entre otras.

valor, si cabe, la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, donde además del papel colaborador con el responsable del contrato, se reserva la función de supervisar el trabajo de control llevado por éste.

- h | **La inexistencia o, en su caso, la existencia de muy rudimentarios sistemas internos de información, como cauce para informar sobre conflictos de intereses.** La mayoría de los planes antifraude contemplan el procedimiento de puesta en conocimiento del superior jerárquico de la situación personal o vinculada que genera el conflicto, con la obligación de abstenerse de la realización de actuaciones hasta la toma de decisiones. Pero, parece que el único alcance efectivo de la comunicación estuviera orientado al deber de abstención de la persona incurso en conflicto de intereses, cuando a raíz de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero<sup>36</sup>, en aras de proteger a los ciudadanos que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico, lo extiende a infracciones penales o administrativas, graves o muy graves, e infracciones del Derecho de la Unión Europea, de las que se tenga conocimiento en el marco de una relación profesional. Esta Ley crea un sistema interno de información, obligatorio para todas las administraciones públicas, que debe utilizarse de manera preferente para canalizar la información, aunque la persona informante podría elegir otros canales externos, según circunstancias y riesgos de represalias que considere. El sistema interno, que nos atañe, debe reunir determinados requisitos, tales como, un uso asequible, las garantías de confidencialidad, así como las prácticas correctas de seguimiento, investigación y protección del informante. Por tanto, deben aprovecharse las sinergias y los compromisos que se derivan del establecimiento de un sistema interno de información como el diseñado por la Ley 2/2023 para implantar una herramienta más completa, de mayor alcance, que no solo afecta a la ejecución de los fondos europeos, y a la mera comunicación del deber de abstención, sino lo que es más importante, a la actividad general de las Administraciones Públicas, aportando un plus de seguridad con respecto de aquellos empleados, en sentido amplio, que temen por el desencadenamiento de represalias, cuando informan de una irregularidad.
- i | **La falta de cultura de evaluación del desempeño, mediante la definición previa de indicadores eficaces, pocos, directos y muy ilustrativos.** Regresamos a la fase de ejecución del contrato, pero ahora lo hacemos desde otra perspectiva, la de la evaluación. No basta con la realización de una buena supervisión, con control material o directo de las operaciones, sino que es preciso evaluar sobre la base de las evidencias y datos de los riesgos detectados durante la ejecución para, posteriormente, revisar y mejorar continuamente el proceso de compra pública. La norma técnica se refiere a las actividades previas a la finalización del contrato, a la entrega en el punto de servicio, al comportamiento requerido después de la entrega, a la eficacia de la comunicación durante la duración del contrato, a las relaciones entre contratante y proveedor, y a las actividades para dar seguimiento a los contratos.



<sup>36</sup> Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

- j | **La revisión, como buena práctica de gestión, para la mejora continua<sup>37</sup> de la supervisión que evite consistentemente la aparición de nuevos conflictos.** La Orden HFP/1030/2021, en su artículo 6. “Refuerzo de mecanismos para la prevención...”, nos indica que el Plan de medidas antifraude deberá cumplir, entre otros requisitos, con un procedimiento de seguimiento de los procesos, procedimientos y controles relacionados con el fraude efectivo o potencial, que se transmiten a la correspondiente revisión de la evaluación del riesgo de fraude. A lo que añade el documento de “Orientaciones para el refuerzo de los mecanismos para la prevención ...”, que deberá quedar documentada la revisión de las posibles banderas rojas que se hayan definido, para promover cualquier cambio o revisión de los mecanismos de control. Tras la evaluación o revisión de los indicadores de control y supervisión del fraude y los conflictos de intereses, es preciso dar un paso más revisando los procesos de control para mejorarlos sobre la base, como dice la norma técnica, de la retroalimentación de las partes interesadas, de las condiciones cambiantes producidas, y de la implementación de las actividades, para aprovechar las oportunidades identificadas. De este modo, el órgano de contratación mejora continuamente la idoneidad, adecuación y eficacia del conjunto del proceso de compra pública, dando lugar a una mayor eficiencia de los fondos públicos invertidos en la ejecución del contrato, lo que se traducirá, igualmente, en una mayor eficiencia estratégica, social y medioambiental.

## 3

## El control de riesgos impacta en la compra pública socialmente responsable.

Sin la medición, no hay verdadera supervisión, mucho menos impacto social de las políticas o beneficios que queremos conseguir manteniendo los riesgos de conflicto de intereses bajo control. Así, la medición de

37



Fuente: ISO 9001:2015 y UNE-EN 17687: El ciclo Planificar-Hacer-Verificar-Actuar, para promover el proceso de mejora continua.

impactos no puede considerarse un área más de las de mejora detectadas. Su ausencia califica la integración de beneficios sociales de ineficiente por inverificable. Como decía Peter Drucker, lo que no se mide, si además no se comunica, añadiríamos nosotros, no se puede mejorar.

Para que la compra pública socialmente responsable cale en los contratos, utilizando todo su potencial, sin correcciones derivadas de los conflictos de intereses, del fraude o de la corrupción; para que la participación de las PYMES, bajo el principio de igualdad de trato en la contratación pública sea un hecho; para que la innovación pública en general, y en particular en la contratación, se comporte como cabeza tractora de múltiples sinergias del mercado, alimentadas mediante el fomento público como técnica de intervención administrativa libres de fraude; para todo ello, es preciso incorporar mediciones de impacto, a fin de garantizar su cumplimiento, la transparencia y rendición de cuentas (Carta de Zaragoza)<sup>38</sup>.

También la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, en su epígrafe 26, señala:

*«que todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones».*

Estas acciones, deben ser capaces de dar respuesta a las debilidades detectadas, o bien, de mejorar los resultados obtenidos que, aunque positivos, tienen ciertamente margen de avance (GARCÍA MOLINERO, A.)<sup>39</sup>

### **3.1. Lecciones aprendidas para obtener la máxima eficiencia del control de riesgos. Catálogo propositivo.**

Tanto la supervisión como la revisión para la mejora continua del proceso de compra pública, para que realmente impacten con los beneficios sociales y medioambientales esperados, requieren de algunas acciones propias de la *buena gestión*, y de omitir otras consideradas como *desperdicios* de una eficiente utilización de los fondos públicos que pueden resumirse en este catálogo propositivo:

#### **Qué debe hacerse:**

- Ser consciente de la responsabilidad social de las organizaciones locales, como ese ir “más allá” del cumplimiento normativo, para conseguir beneficios sociales y medioambientales compatibles con su competencia como compradores públicos y su sometimiento a la ley y al derecho.
- Tener en cuenta a todas las partes interesadas internas. Unidades proponentes, Responsable del contrato, Unidad de supervisión, Control interno, Comité antifraude y Responsable del sistema interno de información y participantes en el procedimiento de contratación pública, a nivel ejecutivo (autoridades) o de gestión, deben estar alineados con la secuencia natural del control: prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, retroalimentándose continuamente.
- Concienciarse con la tarea de control y con la relación directa entre la mitigación del riesgo y la consecución de los objetivos estratégicos que persiguen los contratos, añadiendo el rendimiento social-laboral-medioambiental como beneficio externalizable, al beneficio funcional propio del objeto del contrato.
- Diseñar herramientas que inciden directamente en la nueva cultura ética en la gestión: Política antifraude, Código ético, establecimiento de indicadores, organización del trabajo para la supervisión de decisiones.
- Impartir formación en gestión de proyectos y evaluación de riesgos de fraude, corrupción y conflictos de intereses, integridad, rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad social.



<sup>38</sup> Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable. Acceso web visitado el día 10 de mayo de 2023 en: <https://www.obcp.es/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>

<sup>39</sup> GARCÍA MOLINERO, A. Véase en la siguiente dirección de Internet: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/04/23/>.

- Implicar a los órganos superiores. Comprendidas las autoridades locales de cualquier rango, que participen en la ejecución del presupuesto de modo directo, indirecto o compartido, incluidos los actos preparatorios de la gestión, la auditoría o el control.
- Establecer la carrera y la incentivación al rendimiento de los empleados adscritos o con intervención en el proceso de la contratación pública. Su alta especialización y su consideración estratégica como garantes de los principios por los que se conducen las compras públicas, sugieren este reconocimiento.
- Potenciar la supervisión aplicada a la ejecución del contrato. Control directo, "in situ", compatible con el formal de los órganos de control internos y externos.
- Escuchar la voz del contratista o proveedor. Deberían tenerse en cuenta los comentarios realizados a través de encuestas o recogerse directamente de la relación directa mantenida durante el proceso de licitación o ejecución del contrato, ya se trate del empresario o de su estructura operativa.
- Evaluar las tareas de control. Debería asegurarse una evaluación que incluya el seguimiento de las incidencias detectadas, así como el comportamiento de los contratistas en materia de integridad, rendición de cuentas y transparencia. El órgano de contratación debería establecer y mantener un proceso para gestionar incidentes y no conformidades propias de los mismos, e implementar acciones para su corrección y mejora.
- Mejorar continuamente el proceso sobre la base de la retroalimentación procedente de la evaluación anterior. La evaluación, basada en evidencias, debe proporcionar datos para la revisión y mejora de los riesgos detectados o de las incidencias producidas. Con la mejora todo vuelve a comenzar, pero lo hace sobre una base más sólida, capaz de desencadenar mayor eficiencia en el gasto asignado a la ejecución de los contratos, tanto para su rendimiento operativo (obra, servicio, suministro), como para el socioambiental (trabajo para vulnerables y mitigación de impactos en el medio ambiente, producidos por el consumo de bienes y servicios).

#### **Qué no debe hacerse**

- Pensar que una aplicación informática por sí sola generará los procesos para involucrar a las partes interesadas en el control del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, adquirir conciencia de relación entre las prácticas de gestión antiéticas y la falta de consecución de beneficios sociales, la implicación de los órganos superiores, o el control directo de ejecución.
- Creer que con la preparación de una Instrucción o Circular proveniente de los órganos directivos (funcionarios con habilitación de carácter nacional, coordinadores o directores generales), es suficiente para el establecimiento de un plan antifraude funcional.
- Dar por suficiente la cumplimentación formal de las DACI (Declaración de Ausencia de Conflicto de intereses), como corolario del sistema de control interno.
- No hacer explotación de los datos correspondientes a las incidencias detectadas, como fuente de información para revisar y mejorar continuamente los procesos de contratación pública.
- No hacer nada, por considerar que tanto las autoridades, a través de los órganos ejecutivos, como los empleados al servicio del órgano de contratación, y las empresas involucradas en los procesos de contratación pública, tienen una demostrada integridad.

### **3.2. Algunos indicadores específicos de riesgo, o banderas rojas, de conflicto de intereses<sup>40</sup> relacionados con la implementación de beneficios sociales y ambientales.**

Aunque en este apartado sería más fácil hablar de desinterés en su fijación por razón de la materia, de mayor calado, si cabe, el enfoque general de la obra se centra en el conflicto de intereses, por tanto, los que siguen, específicos de una contratación estratégica, presentan las siguientes peculiaridades:

1. Algún miembro del órgano de contratación tiene relación personal, familiar o profesional con entidades sin ánimo de lucro del tercer sector de acción social que son habitualmente contratadas en contratos reservados, o subcontratadas para llevar a cabo trabajos con personas vulnerables.
2. Algún miembro del órgano de contratación o un familiar forma parte de su voluntariado o les asesora formal o informalmente.
3. Algún miembro del órgano de contratación mantiene relación, representa o simpatiza con determinadas empresas, asociaciones, o grupos de interés favorecedores de metodologías, productos o sistemas de gestión medioambiental que contribuyan a individualizar un producto o una actividad objeto del contrato.
4. En la memoria de necesidad del contrato, no se definen con claridad y vinculación al objeto del contrato, los posibles beneficios sociales y medioambientales que se pretenden. Tampoco se justifica el rendimiento social a conseguir.
5. Se establecen criterios de selección (solvencia), no vinculados al objeto del contrato y relacionados con la responsabilidad social de las empresas o de determinadas empresas.
6. Se valoran como criterios de adjudicación socio-laborales-medioambientales, con una puntuación excesiva, aspectos que conceden ventaja clara a unas empresas o asociaciones frente a otras.
7. Se establecen condiciones especiales de ejecución social o medioambiental, aspectos que limitan al máximo la concurrencia, aunque, en apariencia, no se comprometa la imparcialidad del personal al servicio del órgano de contratación.
8. El control de ejecución a cargo del responsable del contrato o de la Unidad encargada de la supervisión del mismo, cede en beneficio del rendimiento operativo del contrato (agilidad y oportunidad política de terminarlo en plazo).
9. El control de ejecución anterior cede igualmente ante la preponderancia de las prestaciones materiales del mismo (obra, suministro, servicio), desaprovechando el rendimiento social y medioambiental que formó parte del proceso de adjudicación.
10. Se ha sustituido el control material y de ejercicio directo de la ejecución del contrato por un control financiero y documental, sin posibilidad de verificar que la contratación formal de personas vulnerables (parados de larga duración, personas con discapacidad, mujeres subrepresentadas), coincide con su presencia, durante el tiempo y horario de contratación, en la ejecución de la obra o la prestación del servicio.

.....

40 El Anexo III.C de la Orden HFP/1030/2021, refiriéndose al artículo 61 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, define la existencia de conflicto de intereses "cuando los agentes financieros y demás personas que participan en la ejecución del presupuesto tanto de forma directa, indirecta y compartida, así como en la gestión, incluidos los actos preparatorios, la auditoría o el control, vean comprometido el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal".

Para evitar repeticiones innecesarias, se omiten en el listado indicadores de riesgo generales de conflictos de intereses que ya aparecen en la matriz PMA PRTR SNCA de la "Guía para la aplicación de medidas antifraude ..."

### **3.3. Construir una estrategia de control de riesgos como garantía de la eficiencia de la compra socialmente responsable.**

Podríamos, en primera instancia, acudir a instrumentos tales como la elaboración de Instrucciones, Circulares, Protocolos o Guías que contienen todo un catálogo de indicadores de riesgo o banderas rojas, para su inclusión, según finalidades y casuística de cada contrato; a medidas singulares de planificación, homogeneización, de prevención de conflictos de intereses, como propone PINTOS SANTIAGO, J.<sup>41</sup>, también a la creación de una Oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos de la que hablo en una obra anterior<sup>42</sup>; sin embargo, me referiré a una estrategia social planificada de control de riesgos de conflicto de intereses, como garantía de eficiencia en la ejecución de los fondos públicos.

Sabemos que el plan, trata de anticipar el futuro y de prepararlo sin improvisaciones, conforme a unas necesidades y expectativas dadas, indicadores y metas. Metodológicamente, el plan se desarrolla a través de objetivos y líneas que emanan de un diagnóstico, basado en fuentes de información de tipo experiencial, entrevistas con agentes sociales, líderes políticos, intercambio de experiencias en las redes sociales profesionales, encuestas de calidad de servicio con licitadores, y otros documentos, en el que se analizan los problemas y se proponen mejoras en el desempeño de las actividades.

Pero seamos realistas, si ya resulta difícil tomar conciencia de la necesidad de incluir hitos y objetivos de control para la prevenir, detener, corregir y perseguir los conflictos de interés, aunque estén previstos en normas internas, protocolos, guías, instrucciones y circulares; aún más lo será afrontar la elaboración de un plan estratégico de control de riesgos de conflicto de interés, con garantía de éxito. Ciertamente, cuando se vencen algunas resistencias, y se implementa, se obtienen importantes resultados. Tanto si elaboramos una estrategia, como si no lo hacemos, tengamos en cuenta los que denominamos, *facilitadores del control*, que podemos resumir en las siguientes actuaciones:

- Introducir una cultura de gestión, teniendo en cuenta la secuencia natural del Ciclo PDCA, ya citado.
- Planificar la contratación y seguimiento del Plan, especialmente de la casuística que enfatiza los indicadores de riesgo de conflicto de intereses.
- Diseñar el contrato, contemplando en la memoria de necesidad los riesgos de conflicto de intereses, sobre la base de indicadores específicos del contrato.
- Definir el objeto del contrato de modo claro y accesible, para una correcta fiscalización y supervisión, formal y material.
- Definir las Prescripciones técnicas desde la perspectiva funcional, incluyendo el rendimiento social y medioambiental esperado del contrato.
- Establecer una solvencia específica, vinculada al objeto del contrato.
- Delimitar unos criterios de adjudicación, claros, precisos, ilustrativos, con detalle, evitando la discrecionalidad e inequidades que pueden producirse cuando se atienden otros intereses en conflicto con el bien común.
- Recoger unas condiciones de ejecución vinculadas al objeto del contrato y con igual precisión de claridad, no limitativas de la concurrencia.
- Controlar la ejecución de mejoras y ofertas que han superado un proceso de justificación de baja desproporcionada.



41 PINTOS SANTIAGO, J., Pintos Santiago, J. *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, p. 32.

42 PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la contratación pública ... pp.566 y ss.*

- Justificar prórrogas y modificados sobre la base del interés público que los preside.
- Definir penalidades específicas y no genéricas, bien tipificadas y proporcionadas, en evitación de discrecionalidades, e incompatibles con intereses particulares de personas al servicio del órgano de contratación.
- Formar al Responsable del contrato en tareas de supervisión y control de la ejecución de los contratos, en rendimiento social y operativo.
- Establecer indicadores o banderas rojas de riesgo de conflicto de interés.
- Evaluar y revisar para la mejora continua.

Así pues, el planteamiento de la estrategia, fácil de diseñar, como se muestra en el siguiente boceto y se complementa con el ejemplo citado a pie de página<sup>43</sup>, se convierte en elemento clave, facilitador para una implantación segura y continuista del control de riesgos, de modo que vaya generando cultura de lo social en la Organización y en los operadores económicos que contratan con ella.

SECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DEL PLAN ESTRATÉGICO DE CONTROL DE RIESGOS DE CONFLICTO DE INTERESES					
FASES	HITOS Y OBJETIVOS				
	1	2	3	4	5
<b>DIAGNÓSTICO/ DETECCIÓN DE ÁREAS DE MEJORA</b>	Características y contexto de la Administración que se analiza. Definición de su misión/visión/ valores	Elaboración de DAFO (Debilidades/ fortalezas; Amenazas/ oportunidades)	Identificación de riesgos, correcta definición y alcance. Análisis de las causas que los provocan	Consecuencias de no intervenir en la solución de los problemas	
<b>PLAN DE MEJORA</b>	Diseño estratégico: definición de objetivos y líneas. Factores críticos de éxito en la consecución de aquéllos.	Implantación: recursos humanos, tecnológicos y financieros	Gestión del conocimiento y comunicación a la Organización	Evaluación: establecimiento de indicadores de riesgo, cuantitativos y cualitativos, fijados sobre objetivos, líneas y acciones	Revisión para la mejora

Fuente propia



43 PALACÍN SÁENZ, Bernabé. "Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible". Acceso el 25 de agosto de 2022 en: [CAMINANDO HACIA UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA: LAS CONTRATACIONES SOCIAL Y VERDE Y SU INCIDENCIA EN LA MEJORA DE LA CALIDAD EN EL EMPLEO Y EL MEDIO AMBIENTE SOSTENIBLE. \(logrono.es\)](https://logrono.es/una-responsabilidad-social-corporativa-las-contrataciones-social-y-verde-y-su-incidencia-en-la-mejora-de-la-calidad-en-el-empleo-y-el-medio-ambiente-sostenible)

## Bibliografía

- AA.VV. *Guía de Integridad en la Contratación Pública Local*, Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2019, pág. 77 y ss. bloque II.
- COMITÉ TÉCNICO CTN-UNE 165, «Ética, gobernanza y responsabilidad social de las organizaciones, cuya secretaría desempeña UNE. Versión oficial, en español, de la Norma Europea EN 17687:2022».
- GÁLLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, enero - diciembre 2017, págs. 92-113.
- GARCÍA MOLINERO, A. Véase en la siguiente dirección de Internet: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/04/23/>
- «Sobre el control de la fase de ejecución de los contratos públicos: ¿evasión o responsabilidad!», acceso web visitado el día 23 de mayo de 2023 en: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>
- GORDO CANO, D., *Contratación Administrativa Práctica*, nº 171, enero-febrero 2021.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer 2016. Pág. 298.
- ORTEGA OLIVENCIA, L., «El coste de los servicios públicos locales». *El Consultor* 5-2014, Wolters Kluwer, pág. 5.
- PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la Contratación Pública*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Administrativo, 2022, pág. 581.
- «La invisible mejora regulatoria de la contratación pública. Intangibles para mejorar el proceso, conseguir más calidad sin mayor gasto y un óptimo control de ejecución». *Gabilex*, núm. 32, cuarto trimestre de 2022.
  - «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?», *Gabilex* n.º 7 septiembre 2016, pp. 20 y ss, [www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)
- PINTOS SANTIAGO, J., Pintos Santiago, J. *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pág. 32.
- SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, *Real Nueva Época*. Núm. 4, julio-diciembre de 2015.

# Procedimiento para la gestión de los conflictos de intereses: especialidades de la contratación pública

Consuelo Doncel Rodríguez  
Secretaría General del Ayuntamiento  
de Lora del Río

## 1 | Introducción.

Como se expondrá a lo largo del presente capítulo, la existencia de un procedimiento de gestión de conflicto de intereses es determinante para solventar adecuadamente aquellos casos en los que éstos puedan producirse. Sin embargo, ni la normativa europea ni la española definen con claridad cómo debe ser el procedimiento a seguir por parte de las organizaciones que deban enfrentarse a este supuesto, por lo que es necesario que cada Administración articule un procedimiento que garantice una gestión adecuada y acorde a la legislación vigente en esta materia.

Si bien esta ausencia de indicaciones respecto del procedimiento a seguir es generalizada para la tramitación de toda clase de expedientes administrativos, sí es cierto que, en el ámbito de la contratación pública, se ha ido algo más allá en su configuración, gracias a la intervención de los Tribunales de Recursos Contractuales y las Juntas Consultivas de nuestro país, que apoyados en la jurisprudencia europea, han perfilado de forma más nítida cuales deben ser los pasos a seguir en aquellos casos en los que el órgano de contratación debe dirimir la posible existencia de un conflicto de interés.

Este es, por tanto, nuestro punto de partida, y a partir del cual trataremos de explorar a fondo todas las referencias contenidas en la legislación española y europea, así como las recomendaciones de diferentes organismos públicos, de tal forma que nos encaminen hacia una posible configuración de un procedimiento de gestión de conflicto de intereses que, ponderando todos los aspectos presentes en el expediente, sea capaz de dar respuesta con solvencia a los conflictos derivados de éstos.

Especialmente, nos centraremos en la contratación pública, y particularmente, en el ámbito de las entidades locales, las cuales pueden articular estos procedimientos a partir de Protocolos, Hojas de ruta o, como sería más aconsejable, dentro de su propio Plan de medidas antifraude, cuya elaboración debe seguir el esquema establecido por la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Es en este ámbito, en el que nos centraremos a continuación.

## 2 | La obligatoriedad de definir procedimientos de gestión de situaciones de conflictos de interés.

Como ya se ha comentado en los capítulos anteriores, es la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la que recoge en

su artículo 6 el refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

Precisamente, lo que se pretende desde la Orden es lograr una homogeneidad en el diseño de las medidas antifraude, sin perjuicio de que se establezcan medidas adicionales atendiendo a la características y riesgos específicos de cada entidad, articulándose a través de un cuestionario de autoevaluación relativa al estándar mínimo y el establecimiento de orientaciones sobre medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de intereses.

Específicamente, se establece en el apartado 4 del artículo 6, que se configuran como actuaciones obligatorias para los órganos gestores, la evaluación de riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) -que ya se han abordado en capítulos anteriores y que por ello no será objeto de estudio en el presente capítulo-, pero también la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses.

Este es, por tanto, nuestro punto de partida: **definir un procedimiento de gestión de los conflictos de intereses que permita a la organización estandarizar su forma de actuación**, los pasos a seguir y en definitiva, establecer una hoja de ruta para que los conflictos de intereses sean abordados de la forma más integral, objetiva e imparcial posible.

Precisamente, en el apartado 5 de dicho artículo 6, establece que el Plan de medidas antifraude debe cumplir una serie de requerimientos mínimos entre los que se encuentran:

*“e) Prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y **definir el procedimiento para su aplicación efectiva.** (...)”*

*g) **Establecer procesos adecuados para el seguimiento** de los casos sospechosos de fraude y la correspondiente recuperación de los Fondos de la UE gastados fraudulentamente.*

*h) Definir procedimientos de seguimiento para revisar los procesos, procedimientos y controles relacionados con el fraude efectivo o potencial, que se transmiten a la correspondiente revisión de la evaluación del riesgo de fraude.*

*i) **Específicamente, definir procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés** conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE. En particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por este de la decisión que, en cada caso, corresponda”.*

De igual forma, en el apartado 6 del art. 6 de la Orden, se establecen una serie de **obligaciones que deben cumplir las organizaciones en los supuestos en que se detecte un posible fraude o su sospecha fundada**, que nos permiten hacernos una idea del procedimiento que se debe seguir en estos casos. Así, se establece que la entidad correspondiente deberá:

a) Suspender inmediatamente el procedimiento, notificar tal circunstancia en el más breve plazo posible a las autoridades interesadas y a los organismos implicados en la realización de las actuaciones y revisar todos aquellos proyectos, subproyectos o líneas de acción que hayan podido estar expuestos al mismo;

b) Comunicar los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad decisora, o a la entidad ejecutora que le haya encomendado la ejecución de las actuaciones, en cuyo caso será ésta la que se los comunicará a la entidad decisora, quien comunicará el asunto a la Autoridad Responsable, la cual podrá solicitar la información adicional que considere oportuna de cara a su seguimiento y comunicación a la Autoridad de Control;

c) Denunciar, si fuese el caso, los hechos a las Autoridades Públicas competentes, al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude -SNCA-, para su valoración y eventual comunicación a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude;

d) Iniciar una información reservada para depurar responsabilidades o incoar un expediente disciplinario;

e) Denunciar los hechos, en su caso, ante el Ministerio Fiscal, cuando fuera procedente.

A estas obligaciones, se añade la prevista en el apartado 7 del art. 6, que indica que la entidad afectada deberá evaluar la incidencia del posible fraude y su calificación como sistémico o puntual y, en todo caso, retirar los proyectos o la parte de los proyectos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Asimismo, encontramos que en el Anexo II.B.5 que recoge el Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción, **una de las preguntas de éste es precisamente si se ha elaborado un procedimiento** para tratar los conflictos de intereses.

Por lo tanto, no cabe duda de que existe una obligación legal derivada de la normativa anteriormente expuesta que requiere, entre otras cuestiones, que se defina un procedimiento claro y estandarizado para el tratamiento adecuado de los conflictos de intereses. La articulación de un procedimiento de gestión de los conflictos de intereses se configura así como unos de los aspectos esenciales que deben quedar plasmados tanto en el Plan de medidas antifraude, como en el resto de protocolos y planes que puedan ponerse en marcha en la entidad: Códigos éticos, Protocolos de actuación, etc.

### 3 La configuración de un procedimiento de gestión de conflictos de interés.

Lo cierto es que, de la regulación anteriormente expuesta extraemos referencias importantes a la necesidad de que se articule un procedimiento de gestión de conflictos de interés, pero **sin que se defina exactamente cuál debe ser el camino a seguir en el caso de que efectivamente se produzca éste**. Es cierto que el apartado i).5 del art. 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, nos marca ligeramente el camino a seguir, señalando a continuación de que el Plan de medidas antifraude debe específicamente *“definir procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés”, que “en particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por este de la decisión que, en cada caso, corresponda”*.

Se articula así en la Orden un contenido mínimo de procedimiento, pero exclusivamente relativo a la fase de prevención, pues las cuestiones que dicho precepto señala se refieren exclusivamente a aquellos supuestos en los que aún no se ha producido el conflicto de interés y, por lo tanto, evita la puesta en funcionamiento del procedimiento de gestión éste, que a diferencia del anterior entra en juego cuando aquel ya se ha producido.

El art. 61.2 del conocido como Reglamento Financiero<sup>1</sup> de la Unión Europea, establece como única indicación que **“cuando exista el riesgo de un conflicto de intereses que implique a un miembro del personal de una autoridad**

.....

<sup>1</sup> La denominación del Reglamento es Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012.

nacional, la persona en cuestión **remitirá el asunto a su superior jerárquico**. Cuando se trate de personal al que se aplica el Estatuto, la persona en cuestión remitirá el asunto al ordenador correspondiente por delegación. **El superior jerárquico correspondiente o el ordenador por delegación confirmará por escrito si se considera que existe un conflicto de intereses**. Cuando se considere que existe un conflicto de intereses, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos o la autoridad nacional pertinente velará por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto. El ordenador por delegación que corresponda o la autoridad nacional pertinente velará por que se adopte cualquier medida adicional de conformidad con el Derecho aplicable”.

Este precepto ha sido objeto de desarrollo a través de la Comunicación de la Comisión relativa a las Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero (2021/C 121/01), que aporta matices muy valiosos para la articulación de un procedimiento de gestión de los conflictos de interés con carácter general. Así, comienza señalando que **“las normas sobre conflictos de intereses deben aplicarse de forma exhaustiva y preventiva, ya que, sobre todo, pretenden evitar que una persona se encuentre en una situación en la que pueda utilizar sus facultades influida por su interés”** señalando que los agentes financieros y otras personas que participen en la ejecución del presupuesto de la UE deben **“adoptar las medidas oportunas para hacer frente a las situaciones que puedan ser percibidas objetivamente como conflictos de intereses”**.

A continuación, precisa las exigencias establecidas por el art. 61.2 del Reglamento Financiero, indicando que deben adoptarse las siguientes medidas:

En primer lugar, la persona debe **informar a su superior jerárquico** la situación de conflicto de interés en que pueda encontrarse.

En segundo lugar, el superior jerárquico que corresponda debe **confirmar por escrito si existe dicho conflicto de interés**. Se imponen además importantes funciones a dicho superior jerárquico pues se indica que **“el superior jerárquico debe hacer uso de su buen criterio y analizar cuidadosamente si alguien que conozca los hechos pertinentes podría pensar que la integridad de la organización está en riesgo debido a un conflicto de intereses no resuelto. El superior jerárquico debe evaluar la necesidad de reemplazar a la persona que haya declarado un posible conflicto de intereses. Pero antes, y sin perjuicio de la legislación aplicable, la autoridad o el superior jerárquico deberán discutir la situación con la persona de que se trate para evaluar mejor el riesgo de parcialidad en el ejercicio de sus funciones”**.

En tercer lugar, si efectivamente se ha producido un conflicto de interés, debe garantizarse que el miembro en cuestión abandone todas las actividades relativas, en este caso, a la ejecución del presupuesto, incluidos los actos preparatorios.

En cuarto lugar, se indica también que puede adoptarse cualquier medida nacional de acuerdo con el Derecho aplicable. Como señala la Comunicación, esta cuestión **“es importante para resolver el problema y también para permitir la continuidad de las actividades”**.

Como vemos, estas medidas se han recogido en el Anexo III.C de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, relativo a la referencia de medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de intereses que establece como medidas para abordar los posibles conflictos de interés los siguientes:

**A. Comunicación de la situación que pudiera suponer la existencia de un conflicto de interés** al superior jerárquico que confirmará por escrito si considera que existe tal conflicto. Cuando se considere que existe un conflicto de intereses, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos o la autoridad nacional pertinente velará por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto, pudiendo adoptar cualquier otra medida adicional de conformidad con el Derecho aplicable.

B. **Aplicación estricta de la normativa interna** (estatal, autonómica o local) correspondiente, en particular, del 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a la Recusación y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por lo tanto, en la Orden se definen una **serie de medidas para abordar la existencia de conflicto de intereses**, pero nuevamente se guarda silencio sobre el procedimiento a seguir para la gestión de éstos, si bien algunos de los aspectos señalados nos permitirán articular un procedimiento de gestión adecuado a las necesidades de nuestra organización y que sea acorde con la normativa nacional.

En definitiva, como señala MORENO GARCIA, *“el conflicto de interés es considerado como riesgo potencial de corrupción, por lo que es necesaria su identificación y gestión como herramienta eficaz de prevención”*<sup>2</sup>.

Una vez hemos definido las características que deben contener los procedimientos de gestión de conflictos de intereses que se articulen de acuerdo con la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, para la totalidad de los procedimientos administrativos que tramiten las organizaciones, y en particular, las entidades locales, a continuación, examinaremos de forma más exhaustiva, como se articulan estos procedimientos dentro del ámbito de la contratación pública.

## 4

# El procedimiento de gestión de conflictos de intereses en la contratación pública.

### 4.1. La escasa regulación del procedimiento de los conflictos de intereses en la normativa de contratación pública.

Como ya se ha venido señalando, en el art. 94 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), bajo la rúbrica *“lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses”*, se recoge que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

En el apartado segundo se define el conflicto de intereses como cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Por último, se señala que aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Nuevamente, no nos corresponde examinar el alcance y contenido de los conflictos de intereses que son objeto de estudio en otra parte de esta obra, pero sí debemos detenernos en la configuración del procedimiento para la gestión de estos conflictos en aquellos supuestos en los que éstos ya se han producido.



2 MORENO GARCÍA, P., “Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales”, El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 12, Diciembre 2021, pág. 127, Wolters Kluwer.

Debemos comenzar señalando que, como ha puesto de manifiesto CAMPOS ACUÑA<sup>3</sup>, la escasa regulación del conflicto de intereses en la LCSP deja amplias lagunas, entre ellas, como se debe actuar cuando se detecta un conflicto de interés, y es precisamente responder a este interrogante lo que pretendemos.

Incluso la Instrucción de 23 de diciembre de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se ha limitado a indicar que los órganos de contratación **deberán “acreditar la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses y fraudes que comprenda las medidas de prevención, detección, corrección y persecución apropiadas”**. Nuevamente, se guarda silencio sobre la forma, requisitos o condiciones que deba tener dicho procedimiento.

A este respecto, **aplaudimos la regulación más exhaustiva que realiza de los conflictos de interés la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón**, que en su artículo 103 regula los conflictos de intereses e impone la obligación, en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la existencia de conflicto de intereses, de que las personas intervinientes en un procedimiento de contratación sean sustituidas.

De igual forma, establece que cuando una empresa licitadora presente elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas que participen en el procedimiento contractual, el órgano de contratación examinará las circunstancias alegadas y decidirá sobre la existencia real o potencial de un conflicto de intereses, pudiendo, incluso, requerir a las partes para que, en caso necesario, presenten información y elementos de prueba adicionales.

A continuación, establece que en el caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses y si la intervención hubiese sido decisiva en la toma de la decisión, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo la persona afectada.

Cuando el conflicto afectase al titular del órgano de contratación, la adopción de las medidas previstas en este artículo corresponderá al superior jerárquico o al órgano de gobierno de la institución.

Por último, establece que el órgano de contratación solamente excluirá a una empresa licitadora de la participación en un procedimiento de contratación cuando el conflicto de intereses no pueda resolverse por medios menos restrictivos.

Si bien se trata de una normativa autonómica, específicamente prevista para la Comunidad Autónoma de Aragón, **el procedimiento que ésta contempla en los supuestos de existencia de conflictos de intereses resulta un punto de partida muy interesante** para que por parte de todas las Administraciones se articule un procedimiento de gestión respetuoso con todos los intereses en juego en los procedimientos de contratación. Se trata, en definitiva, de definir la actuación del órgano de contratación, que deberá tomar las medidas más adecuadas en relación con la concreta situación que se le plantee.

Es indispensable que por parte de la organización se articule un procedimiento de gestión de los conflictos de intereses en la contratación pública, precisamente porque en la actualidad la contratación pública, en palabras de la Agencia Valenciana Antifraude, *“sigue siendo en gran medida burocrática, ineficiente y altamente vulnerable a la corrupción”*<sup>4</sup>.



3 CAMPOS ACUÑA, C., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, El Consultor de los Ayuntamientos, N°6, Junio 2018, Wolters Kluwer, p. 109.

4 VV.AA. “Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antesala de la corrupción”, Agencia Valenciana Antifraude, Valencia, diciembre de 2020, p. 22.

## **4.2. El procedimiento de gestión de los conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública.**

### **4.2.1. Referencias jurisprudenciales y doctrinales del procedimiento de gestión de los conflictos de intereses.**

Encontramos alguna referencia a las medidas que deben adoptarse en aquellos supuestos en los que se identifica un riesgo de conflicto de intereses o se declara la existencia de uno durante el procedimiento de contratación pública en la **Guía práctica sobre conflictos de intereses de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude**<sup>5</sup>. Estas medidas marcan la hoja de ruta a seguir para la configuración del procedimiento de gestión de los conflictos de intereses especialmente en el ámbito de la contratación pública. Así, se indica por parte de la Guía lo siguiente:

*Con arreglo a la legislación nacional pertinente, deberán adoptarse las medidas adecuadas para salvaguardar el procedimiento de contratación pública. Se barajarán las siguientes medidas, dependiendo de la existencia o no de una declaración de ausencia de conflicto de intereses, la naturaleza del conflicto de intereses y la fase del procedimiento:*

- *Cuando proceda, analizar los hechos con la persona implicada para aclarar la situación.*
- *Excluir a la persona en cuestión del procedimiento de contratación pública, tanto si se trata de un miembro de la plantilla como si es un experto externo.*
- *Cambiar el reparto de funciones y responsabilidades del personal*
- *Cancelar el procedimiento de contratación pública.*

*La exclusión de un empleado o experto de un procedimiento deberá plantearse no solo si existe un conflicto de intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad.*

*En casos muy excepcionales, podría no ser posible excluir a un funcionario o experto debido a una carencia de recursos o expertos especializados en determinados ámbitos. En tal caso, el órgano de contratación deberá garantizar que su decisión sea completamente transparente, fijar límites precisos a la aportación del empleado o experto, y garantizar que la decisión final está basada en pruebas transparentes y justas.*

*La norma deberá también exigir al personal que notifique a las autoridades pertinentes si se produce un conflicto de intereses.*

**Todas las medidas adoptadas en respuesta a situaciones de conflicto de intereses en un procedimiento de contratación pública concreto deberán documentarse.**

Por supuesto, como apunta MIRANZO DÍAZ, las posibles medidas a adoptar por parte del poder adjudicador "especialmente en aquellos casos de ausencia de condena administrativa o penal firme que prescriba una prohibición, exige ser enmarcado en un procedimiento decisorio que ofrezca garantías sobre la adecuación a **Derecho de las medidas acordadas**, que permita contrastar la existencia del conflicto de interés"<sup>6</sup>.



5 VV.AA. "Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión", Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), Comisión Europea, 2013. Puede consultarse aquí: [https://www.aei.gob.es/sites/default/files/european\\_funds/field\\_file/2021-06/Comision\\_Europea\\_guia\\_conflictos.pdf](https://www.aei.gob.es/sites/default/files/european_funds/field_file/2021-06/Comision_Europea_guia_conflictos.pdf)

6 MIRANZO DÍAZ, J., "La Ley 9/2017 y la prevención de los conflictos de intereses: consideraciones y propuestas de aplicación", Contratación Administrativa Práctica, Nº 159, Enero-Febrero 2019, Wolters Kluwer.

En este sentido, y ante la ausencia de un procedimiento predeterminado por la legislación española, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ya en el año 2016 puso de manifiesto que *“mientras se lleva a cabo la regulación que corresponda del procedimiento para la declaración de la existencia de un conflicto de intereses, con ocasión de los vínculos de parentesco, a que se refiere la consulta; el órgano de contratación, una vez acreditada la existencia de los vínculos o supuestos a que se refiere el artículo 60 g) TRLCSP, deberá acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la existencia, o inexistencia, del conflicto de intereses, del que se dará vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos municipales, declarar la existencia o inexistencia de conflicto de intereses. En el supuesto de que el órgano de contratación declare la existencia de un conflicto de intereses, entrará en juego la prohibición de contratar del artículo 60 g) TRLCSP”,* concluyendo que *“la declaración de la existencia, o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio”* (Informe 10/2016, de 18 de mayo).

Resulta especialmente interesante en este sentido la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/15, Vakakis kai Synergates, que examina de forma exhaustiva la forma de proceder antes los conflictos de interés. Así, señala que *“incumbe al poder adjudicador, por una parte, garantizar, en cada fase de un procedimiento de licitación, el respeto del principio de igualdad de trato y, por otra parte, determinar en cada caso, tras una evaluación concreta, si una persona o un candidato se encuentra en una situación de conflicto de intereses antes de decidir excluirle o no del procedimiento de licitación y de llevar a cabo la adjudicación del contrato. (apartado 103). En ese sentido, “a partir del momento en que se descubre un conflicto de intereses, incumbe al poder adjudicador, que debe velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato, preparar y adoptar, con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. Pues bien, dado que el poder adjudicador debe velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato, tal obligación de diligencia se impone necesariamente al poder adjudicador cuando dispone de información relativa a un riesgo de conflicto de intereses y debe, como en el caso de autos, determinar si ese riesgo es real o no (apartados 125 y 126).*

Es por ello, que indica el Tribunal que *“habida cuenta de que un conflicto de intereses menoscaba la igualdad entre los licitadores, la decisión de no excluir a un candidato sobre el cual se ha formulado una alegación de conflicto de intereses solo puede adoptarse si el poder adjudicador puede tener la certeza de que el candidato no se encuentra en tal situación”* (apartado 133).

Finalmente, establece que *“la violación de la obligación de diligencia como consecuencia de la ausencia de una investigación que permita excluir con certeza la existencia de un conflicto de intereses durante un procedimiento de licitación vulnera también el principio de igualdad de trato entre licitadores (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, T-160/03, EU:T:2005:107, apartados 90 y 91)”* (apartado 150).

Esta jurisprudencia ha sido acogida por los Tribunales de Recursos Contractuales y Juntas Consultivas de nuestro país, que ha ido aplicando esta doctrina a los posibles casos de conflicto de intereses que se les han ido planteando<sup>7</sup>.

Se trata de una referencia muy importante sobre los aspectos clave a tener en cuenta a la hora de configurar un procedimiento de gestión de los conflictos de intereses y que podríamos resumir en los siguientes: una evaluación individualizada del conflicto de interés planteado, un procedimiento contradictorio con trámite de audiencia al interesado, una investigación por parte del órgano de contratación lo más exhaustiva posible



7 Muy interesante a este respecto, la Resolución nº 952/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Informe 2/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya o la Resolución 58/2020, de 4 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

basándose en todos los datos a su disposición y decisión fundada de exclusión o no exclusión del licitador sobre el que se haya planteado el posible conflicto de interés.

Y en base a estos aspectos, se propone a continuación un modelo de procedimiento de gestión de conflictos de intereses que facilite precisamente la gestión de éstos por parte de las Administraciones públicas y particularmente, de las entidades locales.

#### 4.2.2. | **Un modelo de procedimiento de gestión de conflictos de intereses.**

Una vez examina la jurisprudencia europea, así como los diferentes pronunciamientos de los Tribunales de Recursos contractuales y Juntas Consultivas, consideramos que el procedimiento de gestión de los conflictos de intereses puede articularse de la forma siguiente:

##### 4.2.2.1 | Toma de conocimiento por el órgano de contratación de la posible existencia de un conflicto de interés.

En primer lugar, el expediente se inicia con la toma de conocimiento por el órgano de contratación de la existencia de un posible conflicto de interés.

Es preciso recordar en este punto que en el ámbito de las entidades locales el órgano de contratación generalmente será el Alcalde de acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Segunda de la LCSF, si bien en ocasiones le corresponderá al Pleno de la entidad local.

Esta puesta en conocimiento al parte del órgano de contratación puede provenir bien de **controles o investigaciones administrativas previas** que se hayan puesto de manifiesto como consecuencia de la aplicación de medidas de detección que permitan determinar si efectivamente puede existir riesgo de conflicto de interés como por ejemplo, tras las correspondientes labores de seguimiento de las Declaraciones de Ausencia de Conflicto de Interés o cualesquiera otras medidas se hayan plasmado oportunamente en el Plan de medidas antifraude de la corporación.

También cabe la posibilidad de que esta toma de conocimiento provenga tanto de una **denuncia formulada a través del sistema interno de información** que debe estar habilitado en las entidades locales de conformidad con lo establecido por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Por último, es posible que este conocimiento de los hechos provenga **directamente de la persona** que interviene en el expediente de contratación y que sospecha que pueda recaer sobre ella un posible conflicto de interés. Es importante que se faciliten todos los medios adecuados a aquellas personas que intervengan en los procedimientos de contratación, a fin de que puedan detectar ellas mismas si recae sobre ellas la posible existencia de un conflicto de interés. Entre estos medios podemos mencionar la cumplimentación y seguimiento de las Declaraciones de Ausencia de Conflictos de Interés o la formación oportuna que debe facilitar la organización para que pueda identificarse por parte de los todos los miembros de la entidad, los diferentes conflictos de intereses que pueden existir.

Como ya se ha señalado, en el ámbito de las entidades locales *“donde las relaciones personales son más intensas y es posible que se pueda dar más de un conflicto aparente y /o un conflicto potencial, pensemos que los Alcaldes y los concejales suelen tener relaciones familiares con contratistas del municipio, pues existen pocos habitantes y las*

*relaciones suelen ser más estrechas*<sup>8</sup>. Por ello, la formación en materia de conflictos de intereses es fundamental, para que éstos se sepan identificar en ámbitos especialmente complejos, como sucede en el ámbito de las entidades locales.

#### 4.2.2.2 | Evaluación por el órgano de contratación o superior jerárquico del conflicto de interés planteado.

Una vez se ha tenido conocimiento de los hechos que pudieran conllevar un posible conflicto de interés, se hace necesario **estudiar de forma individualizada el caso planteado**. Debe conllevar una investigación exhaustiva en la que se recojan todos los aspectos necesarios para determinar si efectivamente concurre o no el conflicto de interés.

No debemos olvidar, que nuestra Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), recoge en su art. 55.1 la posibilidad de que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente pueda abrir un **período de información o actuaciones previas** con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Se trata de un procedimiento escasamente empleado en los procedimientos administrativos, pero que en este supuesto puede resultar muy útil a la hora de esclarecer los hechos.

#### 4.2.2.3 | Inicio de procedimiento de gestión de conflicto de interés.

Si finalmente existen sospechas fundada de que existe un conflicto de interés, **se iniciará un procedimiento administrativo** en los términos previstos por los art. 58 y ss. de la LPACAP, dependiendo del tipo de iniciación de éste.

De igual forma, si es necesario para evitar que en el procedimiento de contratación puedan ponerse en peligro los principios de igualdad de trato entre los licitadores, se recomienda la **paralización del procedimiento** de contratación hasta que se gestione convenientemente el posible conflicto de interés. Se trata en todo caso de actuar de conformidad con el art. 61.1 LCSP que establece que los órganos de contratación **deberán solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses** que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Si bien es cierto que el art. 74 de la LPACAP establece que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación, en el presente supuesto, el adecuado cumplimiento de lo establecido por el art. 61.1 LCSP, en el sentido de poder garantizar la igualdad de los licitadores, requiere que no se continúe el procedimiento hasta que se resuelva la existencia del conflicto de interés.

#### 4.2.2.4 | Investigación y estudio del régimen jurídico del conflicto de interés.

Para la investigación y esclarecimiento del conflicto de intereses se articularán todas las medidas al alcance del órgano de contratación que permitan dotar de una resolución adecuada al expediente. A este respecto, debemos traer a colación lo establecido por el art. 140.3 LCSP que establece que **el órgano o la mesa de contratación podrán pedir a** los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de



8 APARISI APARISI, M.C., "Y llegaron los Planes antifraude, las entidades locales en el foco de atención". El Consultor de los Ayuntamientos, Abril 2022, Wolters Kluwer, p.39 y ss.

la declaración, cuando **resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento** y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

Por lo tanto, a la hora de llevar a cabo esa investigación, resultará conveniente que el órgano de contratación solicite de los licitadores toda aquella documentación que pudiera ser relevante para determinar la existencia del posible conflicto de interés.

En esta fase pueden recabarse también los informes necesarios de acuerdo con el art. 79 de la LPACAP. Como veíamos anteriormente, el Informe 10/2016, de 18 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón señalaba que el órgano de contratación *“previo el informe de los servicios jurídicos municipales, deberá (...) declarar la existencia o inexistencia de conflicto de intereses”*. Es aconsejable que se incorporen estos informes al expediente de gestión de los conflictos de intereses.

De igual forma, cabe recordar que todas **aquellas personas que intervengan en la tramitación de este procedimiento**, desde el superior jerárquico al que le corresponda informar acerca de la existencia del posible conflicto de interés, que en palabras de las Orientaciones de la Comisión, debe hacer uso de su buen criterio, hasta el personal encargado de la gestión del expediente, deben actuar con **objetividad, imparcialidad e independencia**. Debemos recordar que se trata de principios de actuación que se exigen a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas. Éstos se encuentran sometidos al Código de conducta y los principios éticos que recoge el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) en sus artículos 52,53 y 54.

Por último, cabe la posibilidad de que el conflicto de interés de que se trate pueda **subsumirse dentro de otras figuras jurídicas** establecidas por la normativa, entre los que se encuentran los siguientes procedimientos.

Cabe la posibilidad de que se trate de un supuesto incluido en las causas de abstención recogidas por el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo caso corresponde el inicio del oportuno procedimiento recogido en los arts. 23 y 24 de la citada Ley.

Por su parte, si se encuentra dentro del art. 26.2.b) de la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que en su apartado 5º se refiere a que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha Ley *“no se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad”*, se tendrán en cuenta las medidas establecidas por dicha Ley debiendo regirse el procedimiento por lo establecido en ésta.

#### 4.2.2.5 | Dar trámite de audiencia al interesado a fin de que alegue lo que estime oportuno.

Como ha señalado la jurisprudencia europea, este procedimiento debe ser necesariamente contradictorio, por lo que el trámite de audiencia al interesado se constituye como la piedra angular del mismo.

En este sentido, dicho trámite se configura como esencial en los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015, que señala en el art. 82.1 que, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Como veíamos anteriormente, la Oficina Europa de Lucha contra el Fraude recomienda, siempre, **analizar los hechos con la persona implicada** para aclarar la situación.

En todo caso, no olvidemos que existen dos partes en la posible existencia de conflictos de interés y deberá darse trámite de audiencia a todos los que puedan verse afectados por aquellos.

#### 4.2.2.6 | Resolución del procedimiento de conflicto de interés.

Una vez tramitado el expediente, es necesario que exista por parte del órgano de contratación un pronunciamiento que declare la existencia o inexistencia del conflicto de interés.

De igual modo, deberá pronunciarse sobre si la persona implicada, en el caso de que sea empleada pública y haya participado en la licitación, **se aparte del procedimiento de contratación** una vez se reinicie el mismo.

Por último, deberá pronunciarse también sobre **la necesidad de que el licitador** sobre el que recaiga la posible sospecha de conflicto de interés, **sea excluido o no de la licitación**.

Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya *“la exclusión en dicho caso resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia”* (Informe 2/2018, de 20 de abril). Y así se ha venido poniendo de manifiesto por la doctrina administrativa.

No debemos olvidar que la exclusión del licitador es la medida más gravosa que puede adoptar el órgano de contratación y es por ello que, en estos casos, sólo podrá adoptarse cuando no exista otra medida que permita garantizar la igualdad de trato entre los licitadores.

En el caso de las entidades locales, la resolución que se adopte será en forma de Decreto si el órgano de contratación es el Alcalde, o de Acuerdo plenario si el órgano de contratación es el Pleno de la Corporación. En todo caso, se trata de actos que ponen fin a la vía administrativa, ex art. 52 de la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local.

#### 4.2.2.7 | Otras medidas a adoptar tras la tramitación del procedimiento de gestión del conflicto de interés.

A continuación, recomendamos dos medidas adicionales que pueden ser llevadas a cabo por el órgano de contratación:

En primer lugar, **revisar el procedimiento en el que ha intervenido la persona afectada** por el conflicto de interés, a efectos de determinar si algunas de las actuaciones en el mismo pudieran verse visto afectadas por la intervención de aquella. En este supuesto, será necesario determinar si algún acto administrativo puede incurrir en algún vicio de anulabilidad, de conformidad con lo establecido por el art. 48.1 de la Ley 39/2015, que recordemos, establece que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. En el caso de que efectivamente se aprecie que concurre algún vicio de anulabilidad, corresponderá revisar dicho procedimiento de acuerdo con las normas establecidas por la mencionada Ley.

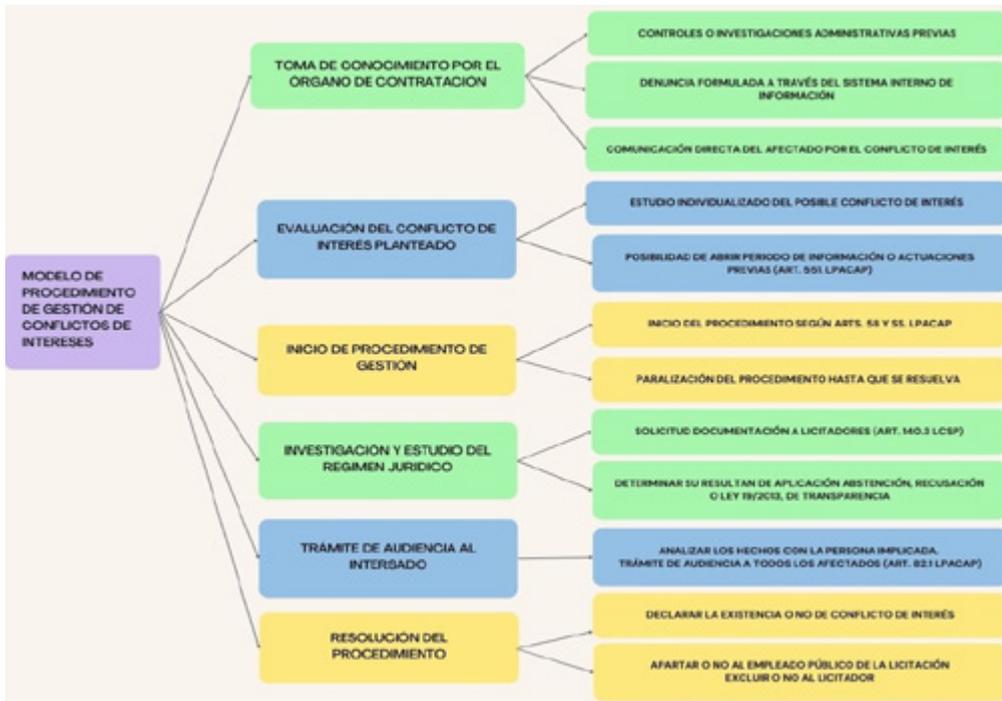
En segundo lugar, se recomienda **aprobar un Registro de conflicto de interés** por parte de la entidad, a fin de que se puedan Registrar los conflictos de intereses producidos. Así, podrán recogerse todas aquellas situaciones que se hayan podido producir relativas a estos conflictos y con la finalidad de que puedan articularse medidas de prevención y detección en el futuro. En este sentido, para la Comisión Europea, un documento político sobre los conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública debe incluir *“garantizar que el organismo mantenga registros de cualesquiera conflictos que hayan surgido, para tener pruebas de cómo se gestionaron y de qué medida pertinente se adoptó. La política de mantenimiento de registros permitirá tener referencias para conflictos futuros”*<sup>9</sup>.



9 VV.AA. *“Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión”*, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), Comisión Europea, 2013, pp. 15-16. Puede consultarse aquí: [https://www.aei.gob.es/sites/default/files/european\\_funds/field\\_file/2021-06/Comision\\_Europea\\_guia\\_conflictos.pdf](https://www.aei.gob.es/sites/default/files/european_funds/field_file/2021-06/Comision_Europea_guia_conflictos.pdf)

En tercer lugar, se recomienda que se de **publicidad al procedimiento de gestión de los conflictos de intereses**. Como bien ha puesto de manifiesto la Agencia Valenciana Antifraude *“las organizaciones públicas también pueden publicar la política de conflicto de intereses, proporcionar recordatorios periódicos y garantizar que las normas y los procedimientos estén disponibles”*<sup>10</sup>. Esta disponibilidad del procedimiento para su conocimiento por todos los actores implicados en los conflictos de interés es un elemento esencial, precisamente porque aporta transparencia al procedimiento, que es previamente conocidos por todos y que además, debe articularse también como una advertencia de cuales son las consecuencias jurídicas que se derivan de la posible existencia de los conflictos de interés. Así lo recoge la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, que en su artículo 71.1 establece que el procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.

### 4.2.3. | Infografía del procedimiento de gestión de los conflictos de intereses.



10 VV.AA. *“Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antecala de la corrupción”*, Agencia Valenciana Antifraude, Valencia, diciembre de 2020. El texto íntegro puede consultarse aquí: [http://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/03/20201204\\_Reflexio\\_general\\_conflicte\\_interes\\_comunicacion.pdf](http://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/03/20201204_Reflexio_general_conflicte_interes_comunicacion.pdf)

## 5 Conclusiones

A lo largo del presente capítulo hemos expuesto las lagunas que presenta la configuración de un procedimiento de gestión de los conflictos de interés, en el sentido de que la normativa antifraude es especialmente parca en esta cuestión y requiere que la propia entidad local articule su propio procedimiento.

Con el fin de cubrir, aunque sea mínimamente, dichas lagunas, se ha ofrecido un modelo de procedimiento de gestión que, pudiendo adaptarse a cada Administración, y en particular, a cada entidad local, es fácil de implantar y que permite resolver los posibles conflictos de intereses planteados.

En todo caso, no se trata de una propuesta cerrada, sino de una posible hoja de ruta a seguir para aquellas entidades locales que precisen de una base jurídica desde la que articular esta clase de procedimientos y facilitar así la adaptación por parte de las entidades locales a la actual normativa antifraude.

## Bibliografía

- APARISI APARISI, M.C., "Y llegaron los Planes antifraude, las entidades locales en el foco de atención". El Consultor de los Ayuntamientos, Abril 2022, Wolters Kluwer, p.39 y ss.
- CAMPOS ACUÑA, C., "*Compliance en la gestión de los Fondos NGEU: Claves para la elaboración de los Planes antifraude*". El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, 5 de octubre de 2021.
- "*La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*", El Consultor de los Ayuntamientos, Nº6, Junio 2018, Wolters Kluwer, p. 109.
- MIRANZO DÍAZ, J., "*La Ley 9/2017 y la prevención de los conflictos de intereses: consideraciones y propuestas de aplicación*", Contratación Administrativa Práctica, Nº 159, Enero-Febrero 2019, Wolters Kluwer.
- MORENO GARCÍA, P., "Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales", El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 12, Diciembre 2021, pág. 127, Wolters Kluwer.
- VV.AA. "*Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antesala de la corrupción*", Agencia Valenciana Antifraude, Valencia, diciembre de 2020.

# El sistema interno de información (canales de denuncia), como medida de detección de los conflictos de intereses

Ignacio Sáez Hidalgo

Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Castilla y León.

Responsable de Cumplimiento Normativo en la Dirección de los Servicios Jurídicos.

## 1

## Denuncia de irregularidades como estrategia frente a la corrupción en materia de contratación.

### Contratación y corrupción.

La contratación pública es la actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción. La OCDE lleva años advirtiendo de esta realidad y de sus repercusiones a nivel global<sup>1</sup>, sin que el entorno europeo sea una excepción: *“El sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”*<sup>2</sup>.

Un estudio elaborado por la Unión Europea sobre el riesgo de corrupción en la contratación pública entre 2016 y 2021, ya hablaba de unos perjuicios económicos de más de 29.500 millones de euros<sup>3</sup>. Si a ello sumamos los elevados costes reputacionales y sociales de estas prácticas, es fácil concluir que combatir esa lacra resulte una prioridad. En este escenario, las instituciones y organismos internacionales vienen reclamando desde hace años que los mecanismos tradicionales de control se complementen con otras herramientas adecuadas en el ámbito de la prevención y detección temprana. Es el caso de los canales internos de denuncia, en cuanto que pretenden facilitar que quienes, de un modo u otro, tengan conocimiento de estas conductas en el seno de las propias entidades, puedan advertir rápidamente de estos comportamientos, dando la voz de alarma.

La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, ya se refería a la obligación de los Estados de establecer sistemas para facilitar que los funcionarios públicos pudiesen denunciar todo acto de corrupción a las autoridades competentes, propugnando, además, la incorporación en su ordenamiento jurídico interno de medidas apropiadas para proteger a estas personas contra toda represalia. Por su parte, la Comisión Europea también había apuntado en numerosas ocasiones la necesidad de impulsar la existencia de este tipo de canales en el ámbito específico de la contratación.<sup>4</sup> Según sus propias estimaciones (año 2017) incentivar la comunicación de las irregularidades en este concreto terreno, a través de mecanismos eficaces de

1 “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z”

<https://web-archiv.oecd.org/fr/2012-06-15/135582-38947794.pdf>

2 Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010IP0155>

3 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/734687/EPRS\\_STU\(2023\)734687\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/734687/EPRS_STU(2023)734687_EN.pdf)

4 Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>

Comunicación de la Comisión de 2017 “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa” [COM(2017) 572 final] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

protección a los denunciantes, podría producir beneficios de entre 5.800 y 9.600 millones de euros cada año en el espacio de la Unión Europea<sup>5</sup>.

A pesar de ello, lo cierto es que tanto la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, como la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, abordaron este problema con una cierta tibieza. La única previsión en este sentido, se limitaba a exigir a los Estados miembros una mayor implicación en la lucha contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, imponiendo de forma un tanto ambigua, que se obligase a los poderes adjudicadores *a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación*.<sup>6</sup>

Por su parte, en nuestro país nunca se ha prestado especial atención a la denuncia de irregularidades como fuente para combatir corrupción, y ello a pesar de que los tres métodos más frecuentes para la detección del fraude, entendido este último en un sentido amplio, son las denuncias (43%), la auditoría interna (15%) y la revisión de la dirección (12%)<sup>7</sup>.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico administrativo incorpora algunas previsiones que hacen referencia a obligación de informar ante los órganos competentes de las irregularidades de que se tengan conocimiento, como es el caso del Estatuto Básico del Empleado público (artículo 54.3 TREBEP), o en la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (artículo 26.2). Sin embargo, en uno y otro caso no dejan de ser llamadas de atención encuadradas en el mero terreno de los principios de actuación, lo cual tampoco puede sorprendernos en un país como el nuestro, en el que no existe tradición cultural de la denuncia de irregularidades. Esta realidad hunde sus raíces en un cúmulo de circunstancias, entre las cuales podrían citarse, una insuficiente valoración de lo público -en claro contraste con lo que ocurre con otros países de nuestro entorno-, la percepción generalizada de que las denuncias no van a ser analizadas (o al menos no con el rigor y objetividad exigibles), o el temor a que, como consecuencia de las denuncias, pueden sufrirse represalias, sobre todo en el terreno laboral. Quizás por ello, el Estado ha prestado poca atención a la denuncia espontánea de irregularidades, prefiriendo proyectar su actuación en el ámbito estrictamente represivo y confiando exclusivamente en sus propios medios.

El ejemplo más claro lo encontramos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Dicha norma, al trasponer al ordenamiento jurídico español las Directivas antes mencionadas, no llegó a dar el paso de exigir a los órganos de contratación que estableciesen canales específicos de denuncia, limitándose a incorporar la obligación (genérica) de adoptar medidas adecuadas para luchar contra el fraude el favoritismo y la corrupción, añadiendo tan sólo la obligación (también genérica) dirigida a las personas o entidades que tuvieran conocimiento de un posible conflicto de interés, de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación (artículo 64 LCSP).

### **Buzones que permiten denunciar irregularidades” en materia de contratación.**

En materia de contratación cabe mencionar la creación en 2019 de un buzón en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), órgano creado con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en relación con la contratación pública, con funciones de detectar incumplimientos o problemas sistémicos y verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas



5 Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

6 Artículo 24 Directiva 2014/24/UE

7 "Informe a las Naciones 2020", realizado por la Asociación de Examinadores de Fraude Certificados (Association of Certified Fraud Examiners ACFE) <https://acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>

de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés (artículo 332 LCSP)<sup>8</sup>. Se trata de un buzón externo, que se crea con la finalidad de dar respuesta a las dificultades que plantea la aplicación de la legislación en materia de contratación pública, y de proporcionar ayuda en su aplicación. Con ello, está abierto para recibir las sugerencias o comunicaciones que se quieran hacer llegar a ese organismo en relación a estas cuestiones, o, incluso también, a informaciones sobre patologías o malas prácticas en el ámbito de la contratación pública, siempre y cuando estén asociadas a una práctica (mala praxis) continuada en el mercado de la contratación que pueda dar lugar a la identificación de patologías o problemas sistémicos que distorsionen el mercado de la contratación pública. Sin embargo, el buzón excluye la posibilidad de que en él puedan presentarse denuncias concretas detectadas en relación a un procedimiento en particular.<sup>9</sup>

También debe hacerse mención al Buzón Infofraude del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), órgano integrado en la Intervención General de la Administración del Estado que tiene encomendada la función de coordinación de las acciones para proteger los intereses financieros de la Unión Europea frente al fraude, en colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).<sup>10</sup> Al igual que el anterior, sería un buzón externo, pero que sí permite la denuncia de hechos vinculados a expedientes concretos, aunque con la limitación de que, en este caso, los mismos deben estar necesariamente relacionados a proyectos u operaciones financiados con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea, tanto de gestión compartida como de gestión directa, en el ámbito estatal, autonómico y local.<sup>11</sup>

De forma más específica, en el terreno la gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) aprobado por el Gobierno, hacía referencia a la creación de un canal de denuncias gestionado por el SNCA y adaptado a la Directiva sobre protección de los denunciadores, con el fin de contar con una vía específicamente dedicada al Plan que pudiera centralizar en esa autoridad externa las denuncias vinculada a esa categoría concreta de fondos. En cualquier caso, ello debería operar sin perjuicio de la creación de canales internos de denuncia en las propias entidades, a los que también aludía la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.<sup>12</sup>

Por último, en este apartado resulta necesario hacer referencia a los canales para la prevención y lucha contra la corrupción creados recientemente en el ámbito local y autonómico. Entre ellos es posible citar las oficinas creadas en Cataluña<sup>13</sup>, Valencia<sup>14</sup>; Baleares<sup>15</sup>; Andalucía<sup>16</sup>, así como la oficina del Ayuntamiento de



8 Por Real Decreto 342/2023, de 9 de mayo, se aprueban las normas de organización y funcionamiento de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

<https://www.boe.es/eli/es/rd/2023/05/09/342/con>

9 La propia Guía del Buzón justifica lo anterior al sostener que, con arreglo a las funciones que le encomienda la LCSP, no puede realizar una fiscalización o intervención previa de un procedimiento de contratación en tramitación, sustituir las funciones del órgano de contratación, ni ejercer las funciones atribuidas a los tribunales administrativos competentes en la materia. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OlReScon/buzon-oirescon/guia-buzon-oirescon.pdf>

10 Creado por la Disposición adicional 25ª de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones para dar cumplimiento al artículo 325 TFUE y al artículo 3.4 del Reglamento (UE, EURATOM) No 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo que exige la creación de un organismo que garantice la coordinación efectiva y el intercambio de información con las OLAF

11 La Comunicación 1/2017, de 6 de abril, establece la forma en la que pueden proceder las personas que tengan conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de fraude o irregularidad en relación con estos proyectos u operaciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea. <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-es/snca/Documents/ComunicacionSNCA06-04-2017CanalDenuncias.pdf>

12 En esta línea, se ha observado la creación de algunos canales internos para entidades de la Administración General del Estado, como es el caso del articulado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social [https://www.mites.gob.es/es/plan\\_recuperacion/buzon\\_antifraude/index.htm](https://www.mites.gob.es/es/plan_recuperacion/buzon_antifraude/index.htm)

13 Creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/11/05/14/con>

14 Creada por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2016/BOE-A-2016-12048-consolidado.pdf>

15 Creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre <https://www.boe.es/eli/es-ib/l/2016/12/09/16/con>

16 Creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio <https://www.boe.es/eli/es-an/l/2021/06/18/2>

Madrid<sup>17</sup> y el buzón del Ayuntamiento de Barcelona<sup>18</sup>. En todos ellos resulta posible denunciar un amplio abanico de irregularidades, incluyendo en todos los casos las vinculadas a materia de contratación y situaciones de conflictos de intereses.<sup>19</sup>

### Directiva 2019/1937 y Ley 2/2023

Más allá de lo anterior, el hito más importante para poner en valor de forma efectiva la denuncia de irregularidades como estrategia frente a la corrupción, ha sido la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión<sup>20</sup>. La norma, parte de la premisa de que las personas que trabajan en las organizaciones públicas y privadas se encuentran en una posición privilegiada para advertir de esas amenazas para el interés público, pues son a menudo las primeras en tener conocimiento de las mismas.

Para ello la Directiva exige a todas las entidades (públicas y privadas) de la Unión Europea que pongan a disposición de estos trabajadores, canales internos de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, y que los Estados Miembros se doten de un marco normativo uniforme para protegerles frente a cualquier tipo de represalias laborales<sup>21</sup>. Se trata, en definitiva, de poner en marcha una estrategia en la que las propias organizaciones se impliquen activamente en la cultura de la integridad, dotándose de políticas internas de cumplimiento normativo y promuevan la denuncia de irregularidades.

## 2

## Un sistema interno de información para la presentación y tramitación de denuncias con plenas garantías.

Ciertamente, ni la Directiva 2019/1937, ni tampoco la Ley 2/2023<sup>22</sup>, que la transpone al ordenamiento jurídico español, establecen un sistema o mecanismo específico para prevenir la corrupción en materia de contratación pública, puesto que éste no el único ámbito sobre el que se proyectan. Sin embargo, como hemos visto, sus repercusiones en el correcto funcionamiento del mercado interior y en el presupuesto de la Unión determinan que esta categoría de infracciones se enmarque dentro del listado de su artículo 2, que son aquellas que el



17 Creada por el Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento el 23 de diciembre de 2016 [https://sede.madrid.es/csvfiles/UnidadesDescentralizadas/UDCBOAM/Contenidos/Boletin/2017/ENERO/Ficheros%20PDF/BOAM\\_7824\\_12012017144834933.pdf](https://sede.madrid.es/csvfiles/UnidadesDescentralizadas/UDCBOAM/Contenidos/Boletin/2017/ENERO/Ficheros%20PDF/BOAM_7824_12012017144834933.pdf)

18 Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 16 de enero de 2017, <https://bop.diba.cat/anuncio/471818/aprobacion-definitiva-de-las-normas-reguladoras-del-buzon-etico-y-de-buen-gobierno-ajuntament-de-barcelona>

19 El último informe Anual de Supervisión (junio 2023) realizado por OIRESCON, correspondiente al año 2023, refleja que en el año 2022 se recibieron un total de 1.743 denuncias por estos canales, de las cuales 187 fueron en materia de contratación, versando casi un veinte por ciento (19,5%) a cuestiones relacionadas a conflictos de intereses. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo4.pdf>

20 Directiva 2019/1937 <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>

21 El Considerando 3 de la Directiva señala que "... es necesario potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias." Se pretende con ello, tal y como establece su artículo 1 de reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, un objetivo que difícilmente podría ser alcanzado con éxito por los Estados miembros actuando en solitario o de forma no coordinada

22 Ley 2/2023, de 20 de febrero <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

legislador europeo considera más gravemente perjudiciales para el interés público<sup>23</sup> y que, en consecuencia, justifican una actuación decidida para que puedan salir a la luz.

El Considerando 6 de la Directiva 2019/1937 no deja lugar a dudas:

*“La protección de los denunciantes es necesaria para mejorar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Es necesaria, no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras en relación con la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios. Las infracciones de esas normas falsean la competencia, incrementan los costes para las empresas, vulneran los intereses de inversores y accionistas y, en general, hacen menos atractiva la inversión y sitúan en una posición de desigualdad a todas las empresas de la Unión, lo que repercute en el correcto funcionamiento del mercado interior”*

### **Necesidad de disponer de canales y procedimientos internos de denuncia.**

Sobre la base de lo anterior, la Directiva estableció, con carácter general, para todas las entidades jurídicas del sector público, la obligación de disponer de canales y procedimientos para denunciar internamente estas irregularidades (artículo 8.9), lo que representa la primera y esencial aportación en la lucha contra la corrupción del nuevo marco jurídico. Los canales a los que nos hemos referido en el apartado anterior, que permitían la denuncia de irregularidades en materia de contratación, exigían al denunciante acudir a autoridades fuera del ámbito de la propia entidad y, por su parte, la LCSP tampoco había llegado a imponer a los poderes adjudicadores la creación de canales específicos para denunciar irregularidades.

### **Obligadas todas las entidades jurídicas del sector público.**

La nueva regulación, a la hora de establecer la exigencia de disponer de canales internos de denuncias se muestra absolutamente estricta. Y es que, si bien, la Directiva en su articulado admitía de forma genérica la posibilidad de eximir de esta obligación a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores (artículo 8.9), en sus Considerandos no dudaba en afirmar que la garantía del respeto de las normas de contratación pública en el sector público determinaba que la obligación de establecer canales de denuncia interna debería exigirse a todas las autoridades contratantes y entidades contratantes a nivel local, regional y nacional (Considerando 52), y ello sin perjuicio de que se hiciera de forma que guarde proporción con su tamaño.

Por su parte, la Ley 2/2023, a la hora de incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, optó en su artículo 13 por no establecer ninguna excepción a esta obligación<sup>24</sup>, sin perjuicio de que admite de forma expresa



23 a) Infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión en materia de : i) contratación pública, ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, iii) seguridad de los productos y conformidad, iv) seguridad del transporte, v) protección del medio ambiente, vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, viii) salud pública, ix) protección de los consumidores, x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información; b) infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión ; c) infracciones relativas al mercado interior,

24 Esta obligación se extiende a todas las Administraciones públicas, ya sean territoriales -Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales- o institucionales, las autoridades administrativas independientes, así como las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades, las sociedades y fundaciones pertenecientes al sector público, así como las corporaciones de Derecho Públicos. En el ámbito de sector público, también deben contar con un Sistema interno de información todos los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así las instituciones autonómicas análogas, e incluso los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación de incumplimientos sujetos a esta regulación.

la posibilidad de que esas entidades de menor tamaño puedan compartir medios en los términos que la propia norma establece.<sup>25</sup>

### Canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros.

La mera creación de estos canales de nada sirve si no resultan útiles a los fines para los que se crean. Por eso, la Directiva desde el primer momento se refiere a la necesidad de contar con *canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros*, pues es consciente de que la falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los denunciantes potenciales (Considerando 63).

La exigencia de *seguridad* determina, entre otras cosas, la necesidad de introducir garantías para que el personal de la organización encargado de la recepción y tramitación de las informaciones (denuncias), cumpla el deber de secreto profesional, y que se impida el acceso al personal que no esté expresamente autorizado.

La *confidencialidad* y las exigencias en materia de protección de datos personales hacen que sea imprescindible que se adopten las medidas precisas para que no sea revelada la identidad del denunciante o de cualquier tercero mencionado en la misma o de cualquier dato que resulte de las investigaciones posteriores<sup>26</sup>.

En este punto, cabe añadir que la Ley española admite de forma expresa la posibilidad de presentar denuncias anónimas, lo que supone una garantía adicional para que los potenciales denunciantes no dejen de hacerlo por temor a sufrir represalias ante el temor de que no llegaran a cumplirse las exigencias en materia de confidencialidad. La propia Exposición de Motivos de la Ley proclama que *“No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato”*.<sup>27</sup>

Por otra parte, cuando la norma alude a la necesidad de que los canales sean *efectivos*, se está refiriendo también a necesidad de garantizar que las denuncias vayan a ser objeto de un análisis y seguimiento diligente, conforme a un procedimiento establecido al efecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley (*procedimiento de gestión de las informaciones*), respetando plenamente las exigencias anteriores de seguridad, y confidencialidad, así como los derechos del denunciante y del denunciado. Este procedimiento debería limitarse estrictamente a la realización de las actuaciones necesarias para comprobar la verosimilitud de los hechos relatados. En este punto, será cada entidad, a la hora de regular su propio canal, quien deberá determinar las actuaciones y los medios que se ponen a disposición de quien deba realizar esta tarea, cuestión que puede resultar de gran importancia en ámbitos como el del conflicto de intereses, en el que, como es sabido, ya existen potentes herramientas informáticas de “datamining” que podrían permitir ayudar en esa labor aportando informaciones de gran valor para el proceso de investigación<sup>28</sup>.



25 En relación con esta previsión, el artículo 14 de la Ley 2/2023 establece que los municipios de menos de 10.000 habitantes, podrán compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma siempre que se garantice que los sistemas resulten independientes entre sí y que los canales aparezcan diferenciados respecto del resto de entidades u organismos, de modo que no se genere confusión a los ciudadanos. La misma posibilidad se establece respecto de las entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales, y que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, las cuales pueden podrán compartirlos con la Administración de adscripción respetando las mismas garantías.

26 El Considerando 82 de la Directiva ya advierte que *“Una medida ex ante esencial para evitar represalias consiste en salvaguardar la confidencialidad de la identidad del denunciante durante el proceso de denuncia y las investigaciones desencadenadas por la denuncia.”* Por su parte, la Ley 2/2023, advierte en su Exposición de Motivos que *“estos canales deben garantizar la confidencialidad del denunciante si queremos que salgan a la luz los comportamientos reprobables.”*

27 A esta fecha, tanto el Buzón Infotraude, como el Canal del SNCA, exigen la identificación del denunciante, sin perjuicio de que establecen garantías para mantener la confidencialidad.

28 El ejemplo más claro es MINERVA, herramienta informática de ‘datamining’ para el análisis de riesgo de conflicto de interés de la AEAT que ha puesto a disposición de todas las entidades decisoras, entidades ejecutoras y entidades instrumentales participantes en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), así como de todos aquellos al servicio de entidades públicas que participen en la ejecución del PRTR y de los órganos de control competentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). [https://sede.agenciatributaria.gob.es/static\\_files/Sede/Procedimiento\\_ayuda/ZA25/MINERVA\\_Manual\\_Usuario.pdf](https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Procedimiento_ayuda/ZA25/MINERVA_Manual_Usuario.pdf)

Por lo demás, en el ámbito del conflicto de intereses, esta comprobación de la veracidad resulta perfectamente diferenciada y ajena a la gestión para la resolución del conflicto la cual deberá abordarse en los términos definidos por la propia entidad, bien con carácter general a la hora de definir su propia política en materia de conflictos de intereses, o bien de forma específica para determinadas categorías de supuestos, como pudiera ocurrir en el ámbito de la contratación al amparo de la previsión del artículo 64 LCSP, o en materia de fondos europeos en el marco de la Orden HFP 1030/2021.

La exigencia de que los canales sean efectivos lleva también a la Ley a exigir la designación de un *Responsable del Sistema* en el seno de la propia entidad, quien deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, y sin que pueda recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio.

Por último, la efectividad en el tratamiento de la denuncia exige que el denunciante deba ser puntualmente informado sobre el seguimiento de la denuncia de la manera más completa posible, lo cual opera como otra garantía para preservar su confianza en el sistema, de modo que éste no se vea desalentado al pensar que la información que ha desvelado haya podido ser guardada en un cajón.

**CHECK LIST**

### SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN

- ✓ Cuenta con una política del Sistema y un catálogo de garantías de protección al denunciante y derechos del denunciado.
- ✓ Tiene al frente a un Responsable del Sistema independiente y autónomo de otros órganos de la entidad.
- ✓ Es independiente de los sistemas internos de información de otras entidades u organismos.
- ✓ Integra los distintos canales internos que pudieran establecerse dentro de la entidad.
- ✓ Permite a todas las personas del artículo 3 de la Ley comunicar información sobre las infracciones del artículo 2.
- ✓ Permite realizar comunicaciones por escrito y verbalmente y también de forma anónima.
- ✓ Cuenta con un procedimiento para comprobar la veracidad de los hechos denunciados.
- ✓ Permite la comunicación bidireccional con el denunciante, incluso en el caso de denunciantes anónimos.
- ✓ Contempla las comunicaciones con el denunciante y en particular del acuse de recibo y la respuesta en plazo
- ✓ Prevé la remisión inmediata al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial o a la Fiscalía Europea cuando indiciariamente los hechos puedan ser constitutivos de delito o afecten a sus respectivas competencias.
- ✓ Delimita de forma clara quien es el personal autorizado e impide el acceso al personal no autorizado.
- ✓ Garantiza la protección de datos y confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, y de las actuaciones de gestión y tramitación de la misma, incluso si la comunicación es remitida a personal no competente o no responsable de su tratamiento.
- ✓ Incluye en la página de inicio del sitio web de la entidad información clara y accesible sobre el sistema de información, canales de denuncia y principios esenciales del procedimiento de gestión.
- ✓ Incluye información sobre la posibilidad de acudir a canales externos de las Autoridades Independientes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión.
- ✓ Cuenta con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones a que han dado lugar.
- ✓ Incluye programas de formación y sensibilización sobre el Sistema de Integridad.
- ✓ Prevé el sometimiento periódico del Sistema a indicadores de efectividad y a su actualización continua.

#### Un conjunto de medidas integradas en un “Sistema interno de información” con importantes ventajas.

Frente al modelo de la LCSP, en el que los potenciales informantes no encontraban incentivos necesarios para denunciar las irregularidades, el nuevo marco normativo incluye una serie de medidas integradas en un “sistema interno de información”, con unas exigencias que operan como verdaderas garantías para los potenciales denunciantes (además de las medidas concretas de protección contempladas en el Título VII de la Ley 2/2023). No se trata tan sólo de crear canales, o de exigir que se denuncien situaciones como los conflictos de intereses,

sino de crear un sistema que constituya un marco favorable para estimular la comunicación de irregularidades, algo crucial para generar confianza en los denunciantes, reduciendo con ello la probabilidad de desistan de presentar denuncias o que se acuda a otras vías innecesariamente.

En un intento de sistematización, podemos considerar que los canales internos de denuncia configurados con estas garantías tienen importantes beneficios en este ámbito:

1. Permiten tener conocimiento de información que, de otro modo, difícilmente podría llegar a conocerse. Las personas que desarrollan su actividad en un determinado contexto laboral tienen una relación de proximidad que les otorga una posición privilegiada para conocer información, conductas y situaciones que incluye detalles sobre relaciones personales o financieras que podrían indicar la existencia de un conflicto de intereses y que de otro modo difícilmente serían detectadas.
2. Acceso temprano a la información: La privilegiada posición en que se encuentran esas personas, además, determina que, en muchas ocasiones, sean las primeras en advertir esas posibles situaciones de conflictos de intereses, con lo que su papel es clave para abordarlas y corregirlas rápidamente, antes de que se agraven, algo absolutamente esencial en el caso de los conflictos de intereses.
3. Accesibilidad y comodidad para los potenciales denunciantes. Los datos revelan que los denunciantes, cuando han tenido conocimiento de posibles irregularidades en su contexto laboral, se sienten más cómodos comunicándolas a través de los canales internos de la propia entidad que acudiendo a la fiscalía o al juzgado. De no existir estos canales, quien tiene conocimiento meras situaciones de conflictos de intereses que todavía no han derivado en escenarios reales de corrupción, difícilmente llegarían a comunicarlas ante aquellas instancias por su escasa entidad. Incluso tratándose de cuestiones de mayor calado, en la mayoría de los casos, también los trabajadores prefieren acudir en primer término a la fuente del problema, donde con frecuencia existen posibilidades de investigarlo y competencias para abordarlo internamente.
4. Identificación de patrones sospechosos: Que los denunciantes se encuentren cómodos acudiendo a los canales internos favorece que se puedan identificar con mayor facilidad patrones sospechosos o repetitivos, clave para prevenir, reducir y eliminar futuros riesgos.
5. Promueven la responsabilidad y la cultura de la integridad. La existencia de canales internos para denunciar estas situaciones permite que los empleados puedan sentirse responsables de mantener un entorno de trabajo ético dentro de la organización. Esto crea un ambiente de intolerancia a la corrupción, en el que se valora la honestidad y atrae a profesionales comprometidos con la integridad, contribuyendo con ello a crear un entorno de trabajo positivo y respetuoso.
6. Mejoran la confianza y credibilidad en las instituciones. Promoviendo la denuncia interna de estas situaciones irregulares se está enviando un mensaje claro de que la institución está comprometida en mantener altos estándares de ética e integridad y de que está dispuesta a corregir errores internos, posicionándose como una organización responsable y comprometida con el cumplimiento legal.

Aún es muy pronto para valorar el impacto en la lucha contra la corrupción derivado de la exigencia de estos nuevos canales, pero lo cierto es que tienen una extraordinaria potencialidad como herramienta para que los empleados públicos, licitadores, proveedores y cualesquiera otras personas que, de un modo u otro tienen conocimiento de abusos de poder, los favoritismos y, en general, de cualesquiera conductas indebidas que inciden sobre la necesaria equidad que debe regir en estos procesos, puedan vencer sus resistencias a dar la voz de alarma.

A este respecto, cabe reseñar cómo, incluso en un país como el nuestro, en los últimos años se viene observando un cambio de tendencia de la mano de agencias y oficinas con competencia en prevención y lucha contra la corrupción en el ámbito local y autonómico. Desde el momento en que se han puesto a disposición de los ciudadanos canales más próximos y dotados con estas garantías de confidencialidad y seguridad, ha sido posible constatar su importancia para que muchas situaciones de este tipo pudieran salir a la luz. El último

informe anual de supervisión de la contratación pública, realizado por OIRESCON<sup>29</sup> (junio 2023) revela, en este sentido, que en el ámbito concreto de la contratación, casi el 70% de las denuncias se recibieron a través de canales de denuncia, frente al 30% restante, recibidas por las vías tradicionales (registro, correo o presenciales).

### 3 ¿Qué irregularidades en materia de contratación pueden denunciarse a través de estos canales?

A pesar de que, como hemos visto, los canales internos previstos en la Directiva y en la Ley no son específicos en materia de contratación, a través de ellos pueden presentarse denuncias por irregularidades en este ámbito.

#### **Infracciones que pueden denunciarse vs. infracciones cuya denuncia da derecho a protección.**

Es necesario advertir que la Ley establece una disociación entre las infracciones que pueden denunciarse por estos cauces, y las infracciones cuya denuncia puede conferir a quien las formula derecho a beneficiarse de las medidas de protección contenidas en el Título VII de la Ley. El artículo 7.4 es muy claro en este sentido, cuando dispone que estos canales podrán estar habilitados por la entidad que los gestione *“para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el artículo 2, si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma”*

El artículo 2 citado, bajo el enunciado *Ámbito material de aplicación* se refiere exclusivamente a las categorías de infracciones cuya denuncia confiere a quien las formula derecho a la protección previsto en dicha norma<sup>30</sup>.

- Así, el apartado a) del artículo 2.1 de la Ley incluye las recogidas en el artículo 2.1 de la Directiva. Se trata de aquellas irregularidades que el legislador comunitario pretende que por esta vía puedan salir a la luz: *infracciones del Derecho de la Unión, que pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad* y ello con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo. Aquí se incluyen infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión en una serie de sectores, entre los que se incluyen los de contratación pública; servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; seguridad de los productos, del transporte, de los alimentos; protección del medio ambiente; salud pública, sanidad animal y bienestar de los animales; etc.. También estarían incluidas las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión y las infracciones relativas al mercado interior.
- Por su parte, la letra b) del artículo 2.1 de la Ley extiende su ámbito de aplicación a otras categorías de actos: *Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave*. Con ello, incorpora determinadas infracciones del ordenamiento nacional que el legislador español también quiere atajar por considerar que son las que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad.<sup>31</sup>

De este modo, la norma exige a todas las entidades del sector público que dispongan de canales que, a nivel interno, permitan denunciar internamente las irregularidades arriba mencionadas, sin perjuicio de que -como



29 Módulo IV: la prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo4.pdf>

30 Artículo 2. *Ámbito material de aplicación*. 1. *La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella de: (...)*

31 La Directiva permite que las disposiciones nacionales extiendan el ámbito material de aplicación a otros sectores con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional (Considerando 5). De ahí que el artículo 2.2 de la Directiva establezca expresamente que: *La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1.*

hemos visto- más allá de lo anterior, cada entidad, a la hora de configurar sus propios canales internos, goza de libertad para disponer qué otras categorías de conductas -distintas de las anteriores- puedan ser denunciadas a través de los mismos, aunque para esas conductas no opere el régimen de protección previsto por la Ley 2/2023.

### Infracciones en materia de contratación.

En el ámbito específico de la contratación, cabe entender que la mayor parte de las irregularidades estarían amparadas por la previsión contenida en el artículo 2.1.a) de la Ley en su remisión al artículo 2.1 de la Directiva y a la enumeración de los actos de su anexo, en el que se incluyen de forma expresa las infracciones en las normas de procedimiento aplicables a la contratación pública y la adjudicación de concesiones, establecidas en las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE; Directiva 2014/25/UE (sectores excluidos), Directiva 2009/81/CE (ámbito de la defensa y seguridad, y procedimientos de recurso (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE).

Por su parte, como hemos visto, la Ley 2/2023 también protegería a quien comunique a través de estos canales otras irregularidades en materia de contratación -más allá de las anteriores- que pudieran tener su encaje como delito o infracción administrativa grave o muy grave. Incardinar las irregularidades en estos supuestos, quizá no sea muy complejo si se trata de conductas que estén asociadas a delitos, o a infracciones administrativas graves o muy graves, como es el caso de determinadas categorías de infracciones del personal al servicio de las administraciones públicas, como las que afectan a la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, o las relativas a incumplimientos a las normas en materia de incompatibilidades<sup>32</sup>, o con las infracciones asociadas a similares conductas en la normativa aplicable a los altos cargos<sup>33</sup>, pero en otras ocasiones esa valoración puede ser mucho más compleja.

### Situaciones de conflicto de interés.

Uno de los casos en que nos podemos encontrar más dificultades es el de las denuncias en materia de conflictos de interés. La cuestión no es baladí, puesto que, como es sabido, el concepto de conflicto de intereses, en los términos delimitados por la Directiva de contratación se proyecta sobre aquellas situaciones en que cualquier persona que participe en el desarrollo del procedimiento de contratación o pueda influir en el resultado de dicho procedimiento tenga, directa o indirectamente, un interés “que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia” en el contexto del procedimiento de contratación. De este modo, lo determinante no es si se ha sacado una ventaja de esa situación irregular; sino que, como sostiene Miranzo Díaz<sup>34</sup>, es suficiente con que se produzca una situación objetiva de apreciación externa al sujeto, sobre la posibilidad de que un interés particular de una persona que participa en el proceso pueda influir o afectar a un procedimiento de contratación. La clave en el conflicto de intereses no es tanto si la imparcialidad o independencia del procedimiento ha resultado afectada, sino si existe esa apariencia de que la integridad pueda estar en entredicho, sin necesidad para ello de demostrar ningún impacto efectivo del conflicto de intereses en el proceso concreto de toma de decisiones.<sup>35</sup>



32 En el caso de TREBEP están tipificadas como infracciones muy graves en art. 95.2, todo ello sin perjuicio de aquellas otras infracciones que pueda tipificar la legislación de estatal o autonómica correspondiente o los respectivos convenios colectivos, en el caso del personal laboral.

33 Así podría acudirse, en su caso, a las previsiones contenidas en los artículos 27 a 30, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o los artículos 25 y 26 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

34 Miranzo Díaz, Javier. *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública* Thomson Reuters Aranzadi, 2020. Pag 126 y ss.

35 El autor citado sostiene que lo que parece entenderse en ocasiones como un conflicto de interés real, esto es, que afecta realmente al procedimiento de contratación, debe ser considerado ya como un caso de corrupción, cuestión que le lleva a sostener que no es posible hablar de un conflicto de interés en términos de blanco o negro (real o aparente) y categorizar su existencia o no, sino que la realidad nos muestra más bien una graduación de grises que hacen que la percepción del conflicto sea más leve o más clara dependiendo de las características concretas. (...) Por ello, lo que parece entenderse en ocasiones como un conflicto de interés real, esto es, que afecta realmente al procedimiento de contratación, debe ser considerado ya como un caso de corrupción.

De este modo, la cuestión estriba en determinar si esa apariencia o percepción de que pueda existir ese interés particular (conflicto de interés real, potencial o aparente) es una irregularidad de las previstas en el artículo 2.1 de la Ley 2/2023. En principio no parece posible sostener que esa mera apariencia -al menos aisladamente considerada- pueda ser encajada fácilmente en ninguna categoría de infracción administrativa, ni mucho menos de delito, en los términos previstos en el apartado b) del artículo 2 de la Ley. Sin embargo, los conflictos de intereses reales y actuales que se susciten en el seno del procedimiento de contratación sí que tendrían cabida en las infracciones a que se refiere la Directiva 2019/1937, puesto que, como se ha visto, la norma europea al referirse a las infracciones al ordenamiento jurídico, parte de un planteamiento en el que lo determinante es que esas conductas puedan provocar graves perjuicios al interés público, resultando indiferente cómo puedan estar tipificadas en el derecho nacional (*"con independencia de si en el Derecho nacional se tipifican como administrativas, penales o de otro tipo -Considerando 3-*). Este planteamiento, además, enlaza con el hecho de que la Directiva, no sólo incluye como infracciones las acciones y omisiones ilícitas, sino, además, cualesquiera otras que *desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2.* (art. 5.1.ii Directiva). Esta misma razón parece estar también en la base de que la norma europea no sólo extienda su ámbito material de aplicación a las infracciones reales, sino también a *infracciones potenciales* (artículo 5.2 Directiva), en referencia a aquellas que no se hayan materializado todavía, pero que muy probablemente se vayan a cometer<sup>36</sup>.

#### **Intentos de ocultar situaciones de conflicto de interés.**

Otro tanto de lo mismo podría decirse en relación con los intentos de ocultar situaciones de conflictos de intereses en el marco de un procedimiento de contratación. El mismo artículo 5.2 de la Directiva considera (también) infracciones incluidas dentro de su ámbito de aplicación, los intentos de ocultar infracciones. Según esto, cualquier actuación encaminada a que no salga a la luz una irregularidad en materia de contratación en los ámbitos a que se refiere la Directiva, tendría claramente la consideración de infracción al amparo de lo establecido en el artículo 2.1.a) de la Ley, y ello con independencia de si ese intento ha tenido éxito o no. Por su parte, el intento de ocultar una situación de conflicto de intereses, tan sólo parece que podría ser considerado como infracción en los casos en que pueda llegar a considerarse que existe una probabilidad muy alta de que ese intento de ocultación vaya a desembocar en un acto de corrupción.

En definitiva, observamos cómo las medidas de protección previstas por la nueva regulación para quienes denuncian situaciones de conflictos de interés (o el intento de ocultar las mismas) están vinculan a la probabilidad de que puedan derivar a un caso de corrupción. De este modo, y más allá del hecho de que, como hemos dicho, la amplitud del catálogo de infracciones que pueden ser denunciadas a través del canal interno de cada entidad dependerá de cómo esta lo haya definido a la hora de regularlo, lo cierto es que quien advierta una de estas situaciones, si quiere saber si está incluida o no dentro del ámbito del artículo 2.1 de la Ley a efectos de poder beneficiarse de la protección que contempla esta normativa, deberá hacer una valoración del caso concreto que no siempre será fácil, lo cual, llegado el caso, pudiera generar el efecto contrario al deseado, disuadiendo a los potenciales denunciantes de alertar de las mismas. Siendo así, la labor de asesoramiento a los potenciales denunciantes dentro de las propias organizaciones y por parte de las Autoridades administrativas con competencias en materia de protección de los informantes de irregularidades cobra un especial protagonismo y, en consecuencia, no debería descuidarse.



<sup>36</sup> Considerando 43 *Una prevención efectiva de las infracciones del Derecho de la Unión exige que se conceda protección a las personas que faciliten información necesaria para revelar infracciones que ya hayan ocurrido, infracciones que no se hayan materializado todavía, pero que muy probablemente se vayan a cometer*

## 4 ¿Qué personas pueden acudir a estos canales para denunciar las anteriores infracciones?

Como ya hemos visto, la Directiva pretende promover la denuncia de irregularidades en el entorno más próximo al laboral, centrándose en las personas que desarrollan su actividad en ese contexto<sup>37</sup> para intentar atajar esas conductas desde un primer momento, afrontando un enfoque preventivo (Considerando 47 de la Directiva).

### Proteger a las personas que denuncian situaciones irregulares que han conocido en el contexto de sus actividades laborales

Desde un punto de vista subjetivo, tanto la Directiva como la Ley ponen el foco en todo momento en esas personas que han obtenido esa información en el contexto de sus actividades laborales.<sup>38</sup> Sobre la base de lo anterior, tanto la Directiva como la Ley delimitan su ámbito personal de aplicación (artículos 4 de la primera y 3 de la segunda), incorporando un listado muy amplio en el que incluye a las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; a los autónomos; a los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; a cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores. No se trata de una lista cerrada, pues el objetivo es que esta regulación se proyecte sobre la gama más amplia de categorías de personas que, en virtud de sus actividades laborales, disponen de ese acceso privilegiado esa información, con independencia de la naturaleza jurídica de esa relación o de si están o no retribuidas.<sup>39</sup>

Siendo así, y volviendo nuestra mirada al ámbito específico de la contratación pública, es necesario advertir que, el hecho de que Directiva y Ley tan sólo amparen a quienes hayan tenido conocimiento de tales irregularidades en el contexto de su relación laboral o profesional con la entidad, estaría dejando fuera a un importante grupo de potenciales denunciantes. Podría ser el caso de los licitadores que no hayan participado en el proceso de contratación, y que, a pesar de ello, hubieran tenido conocimiento de estas situaciones al margen ese proceso concreto, quienes, en una interpretación restrictiva de la norma, quedarían fuera de su ámbito subjetivo. Sin embargo, no parece razonable que a estos y otros potenciales denunciantes<sup>40</sup> se les impida acudir a estos canales y, sin embargo, sí que puedan presentarse ante el órgano de contratación para denunciar estas situaciones al amparo de lo establecido en el artículo 64 LCSP (norma que no establece ningún tipo de limitación en función de cual haya sido la vía por la cual hayan llegado a tener conocimiento de las mismas). Del mismo modo, no lo es que, si la denuncia afecta a supuestos relacionadas a proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea, cualquier persona que tenga conocimiento de esos hechos, con independencia de cuándo o como los haya conocido pueda acudir a denunciarlos ante el



37 La razón es que "las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto (Considerando 1)

38 El artículo 5.7 no deja ninguna duda, al definir al "denunciante" como una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales.

39 Por si hubiera alguna duda, señala de forma expresa que también estarían incluidos los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en períodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado (en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual), o los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante. Más allá de los anteriores las medidas de protección también se aplicarían, en su caso, a las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, que estén relacionadas o asistan al denunciante en el proceso y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante, y las personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa (artículo 3.4 de la Ley)

40 Otro tanto de lo mismo ocurría con las personas jurídicas, puesto que tanto la Directiva 2019/1937, en su artículo 5.7, como posteriormente la Ley, se refieren al denunciante únicamente como una persona física.

Buzón Infrafraude de SNCA, pero que muchas de ellas no puedan hacerlo ante el canal de la propia entidad en la que se está cometiendo la irregularidad.

### **Personas que pueden denunciar vs. personas que pueden tener derecho a protección.**

Lo anterior nos lleva una vez más a hacer una distinción entre los denunciantes que pueden acudir a estos canales y los denunciantes que tienen derecho a beneficiarse de las medidas de protección que la propia norma establece. El hecho de que la Directiva y la Ley se orienten a la promover la denuncia de irregularidades en el contexto laboral, no quiere decir que las entidades, a la hora de crear sus propios Sistemas internos de información deban limitar el acceso a los canales a otras personas. También en este caso, el que esas personas que no tengan ninguna relación laboral o profesional con la entidad, o que hayan tenido conocimiento de los hechos en un contexto ajeno, puedan tener acceso a estos canales internos estará en función de que el organismo o entidad respectivo, a la hora de regular su canal de denuncias, contemple esta posibilidad. Lo único que habría que tener en cuenta, a estos efectos, es que esas personas no podrían beneficiarse de la protección frente a represalias previsto en esa regulación<sup>41</sup>.

Admitir que estas personas “ajenas” puedan acudir a estos canales, permitiría que salieran a la luz muchas más irregularidades, aprovechando así la enorme potencialidad de estos canales para atajar prácticas corruptas, lo cual parece lógico cuando la Directiva 2014/24/UE, establece de forma expresa, que a los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva 89/665/CEE, debe brindárseles la posibilidad “de señalar posibles infracciones” en cualquier fase del procedimiento de contratación, pues lo que está en juego es el interés propio en que el contrato se desarrolle con normalidad, objetividad y en condiciones de libre competencia y eficiencia de mercado.

Por otra parte, impedir que puedan acudir a estos canales a potenciales denunciantes por no mantener una relación laboral o profesional de la entidad, carecería del más mínimo sentido en una regulación que permite de forma expresa la presentación de denuncias anónimas, es decir, sin que la persona que acude al canal tenga que dejar constancia en ningún momento (ni en el instante de la presentación, ni durante el proceso de seguimiento de la denuncia), de su identidad.

### **Los empleados públicos que actúan en el ejercicio de sus funciones.**

En cualquier caso, no es posible desconocer que las propias entidades del sector público disponen de sistemas de gestión y control ordinarios para detectar distintas categorías de irregularidades. Los trabajadores que, en el ejercicio de esas funciones, adviertan infracciones deberán actuar en todo caso conforme a lo establecido en la regulación que discipline el cumplimiento de esas actuaciones de gestión y control, a través de las verificaciones oportunas y, en su caso, remitiendo sus resultados a los órganos que se determinen para tramitar los procedimientos destinados a exigir las responsabilidades que pudieran derivarse (ya sean estas de naturaleza sancionadora -penal o administrativa- y/o resarcitoria -reintegración). En cuanto a la protección de estos trabajadores, aunque la Ley no se refiere a ellos, la Directiva considera que deben beneficiarse de este marco de protección frente a represalias, cuando la comunicación de la irregularidad tiene lugar en supuestos en que el Derecho de la Unión o nacional les exija -en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades-, que denuncien ante las autoridades nacionales competentes (Considerando 62 de la Directiva).



<sup>41</sup> Tratándose de medidas de protección frente a represalias laborales, esto parece perfectamente lógico para aquellas personas, que no teniendo relación laboral o profesional con la entidad no se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica (o al menos no tan directa) que pueda determinar que sean objeto de represalias en ese concreto entorno.

## Bibliografía

- Campos Acuña, Concepción (2019) *Compliance en la LCSP. Una visión de los canales de denuncia para prevenir la corrupción en la contratación*. Actualidad Administrativa, Abril 2019, Wolters Kluwer.
- Cerrillo Martínez, Agusti (2019) *Un nuevo impulso de la integridad pública para la prevención de conflictos de intereses y la corrupción*. Actualidad administrativa. Nº Extra 1 2019.
- Fernández Ramos, Severiano. 2023. *Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación*. Revista General de Derecho Administrativo. número 63. Iustel.
- García Iniesta, P. y Rodríguez Sánchez, C.M. 2022. *La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre, relativa a la Protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, en La Directiva de Protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Derecho Público*. Tirant lo BlanchPag. 131 -171
- García Moreno, Beatriz. (2015) *Whistleblowing y canales institucionales de denuncia, en AA.VV. Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Dir. A. Nieto Martín. Valencia. Tirant lo Blanch
- Garrós Font, I. y Romera Santiago, N. (2020). *Hacia una protección efectiva de los denunciantes*. Actualidad Administrativa, 7.
- Gosálbez Pequeño, Humberto. 2019. *Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción*. Actualidad administrativa. Nº Extra 1 2019.
- Miranzo Díaz, Javier. (2020). *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*. Thomson Reuters Aranzadi, . Pag 126 y ss.
- Nieto Martín, A. 2014 *De la ética pública al public compliance. Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas* Revista de derecho Penal y Criminología, Nº. 8. págs. 185-200
- OIRESCON. Informe Anual 2022. *Módulo IV: La prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública*. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo4.pdf>
- Piñar Mañas, José Luis (2020). *La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión*. Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación, pp. 101-129.
- Rodríguez-Medel Nieto, C. (2019). *Protección de los informantes - whistleblowers - y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de Directiva de la Unión Europea y en España de la Proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes*, en Revista de Estudios Europeos, número extraordinario monográfico 1: 225-245
- Sáez Hidalgo, Ignacio (2023). *El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?*. Diario La Ley, Nº 10274, abril de 2023.
- Sierra Rodríguez, Javier (2023). *El día después de la Ley de protección de informantes*. Revista Vasca de Organización de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 23.
- Tardío Pato, José Antonio (2022) *La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción*. Revista española de derecho administrativo. Nº 217, págs. 11-60

# La gestión externa de los conflictos de intereses: el papel de los órganos de control externo

Patricia Iglesias Rey

Letrada Mayor del Consejo de Contas

1

## ¿Por qué los conflictos de intereses se han situado en el centro de la diana de la gestión pública local?

No cabe duda que la asiduidad de situaciones de conflictos de intereses (CI) mal gestionadas en las entidades locales persiste y propicia numerosos casos de posible corrupción. Esta certeza no se corresponde con una toma de conciencia social real de este riesgo en las administraciones públicas locales que debe ser identificado, tratado y mitigado, siendo quizás esta fragilidad una de las causas que favorecen la concurrencia de un CI mal gestionado, que pueden ser calificado de "ilegal" por contravenir una ley administrativa, por ejemplo, de contratación pública (prohibiciones de contratar), o la obligación de abstención o recusación de los servidores públicos o de incompatibilidades de altos cargos, a pesar de que en esa patología no concurren todos los requisitos para que el CI pueda ser calificado de fraude, y en última instancia de corrupción con repercusión penal.

A comienzos de la década de los años noventa, coincidiendo con el fin de la Guerra Fría y la revalorización internacional de la democracia como forma de gobierno, comenzó a emerger un campo de interés público o, si se quiere, de ética política democrática, que se ocupa de la probidad pública, la transparencia en la gestión del Estado y el combate a la corrupción. La importancia de la lucha anticorrupción (y de los CI en la Administración) formó parte central de la agenda internacional de comienzos de los años noventa llamada de *Good Governance*<sup>1</sup>, así como, en general, de la agenda de fortalecimiento de la democracia.

Esta preocupación hizo que su regulación se trasladase a los instrumentos jurídicos a nivel internacional. Tres son las principales convenciones internacionales en esta materia: la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), adoptada en 1997, conocida también, debido a su objetivo específico, como la convención contra el soborno internacional; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003.

También la lucha contra la corrupción en la actividad pública dentro de la Unión Europea, y de forma particular, de los conflictos de intereses el ámbito público es, desde hace algunos años, una de las prioridades en sus políticas europeas. La existencia de los casos de corrupción debe llevar a las Administraciones a tomar conciencia de la necesidad de implantar marcos o sistemas de integridad en nuestras instituciones, entre los que se debe

1 Sobre su vinculación con la cuestión de calidad de gobierno, ver O'BYRSE, Sarah. "The emergente of Anti-Corruption in Theory and Practice: The Role of Epistemic Communities", artículo presentado en la reunión anual del International Studies Association sobre "Global Governance: Political Authority in Transition", Montreal, Canadá, 16 de marzo de 2001, consultado el 5 de abril de 2011 en [http://www.allacademic.com/meta/p5000660\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p5000660_index.html) Además, cabe recordar que Transparency International, organización internacional privada reconocida como la principal entidad que ha impulsado esta temática mundialmente, fue creada en 1993.

incluir como elemento integrador de dicho sistema, la gestión de la prevención, detección y persecución de los conflictos de intereses.

Así, la Unión Europea ha consolidado una legislación antifraude de segunda generación, tras el primer paso dado a mediados de los años 90. Como hitos legislativos de la nueva etapa cabe hacer referencia a la Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF) de 2017 y el Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea (EPPO) de 2017 y la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de protección del informante, y el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR).

En ese contexto, la integridad y ética pública son valores principales e imprescindibles para fortalecer la invisible “confianza” de la ciudadanía en las instituciones, cuya ausencia es una de las fuentes principales del deterioro institucional. Las políticas de conflictos de interés constituyen un instrumento transcendental para fortalecer la probidad en las entidades locales, y en definitiva, para defender y promover la democracia y el acercamiento de las políticas públicas a los destinatarios finales de los servicios públicos locales.

Los conflictos de intereses y su gestión están de plena actualidad, y deberemos aprovechar esta circunstancia para divulgar, sensibilizar y conceptualizar sobre qué son y qué no son, así cómo se deben tratar. La gestión de los conflictos de intereses se ha situado en el centro de la diana de la gestión diaria de las entidades locales. Diversos factores explican este hecho.

En primer lugar, la pandemia COVID ha generado una situación excepcional a nivel mundial que ha supuesto que durante la crisis sanitaria se hayan incrementado exponencialmente los riesgos en la comisión de ciertas irregularidades y malas prácticas en las adquisiciones por parte de las instituciones públicas, que se han puesto de manifiesto en los informes de fiscalización que sobre la gestión de la crisis sanitaria ya se han aprobado por las Instituciones de Control Externo (ICEX), en investigaciones incoadas por la Fiscalía y por agencias anticorrupción.<sup>2</sup> Esta situación ha comportado un considerable incremento de las necesidades de la ciudadanía y, por tanto, también de las necesidades de los municipios de adquirir con rapidez suministros, servicios y obras para responder adecuadamente a la crisis sanitaria mundial. Los ingentes recursos públicos que se han movilizad y que todavía habrá que destinar para recuperarnos de esta crisis obligaron a los poderes públicos a extremar su “diligencia debida” en lograr administraciones íntegras y transparentes al servicio del interés público, considerando que está en juego la preservación los derechos de las personas, especialmente los de las más desfavorecidas, y más aún si tenemos presente que en el momento en el que escribo este capítulo de la guía que seguimos inmersos en una crisis humanitaria a nivel mundial tras la II guerra mundial por la invasión injustificada de Rusia a Ucrania, que ya ha supuesto el desplazamiento masivo de millones de personas y una gran pérdida de vidas humanas.<sup>3</sup>

En segundo lugar, los conflictos de interés se han puesto en el centro de la diana por la legislación *ad hoc* dictada para los Fondos Next Generation EU. El artículo 22 del Reglamento 2021/241 por el que regula el



- 2 Sirva de ejemplo, que el Tribunal de Cuentas de España ha realizado hasta el momento cinco fiscalizaciones específicas sobre contratación de emergencia de las 7 programadas por el Tribunal de Cuentas que, además, realizará un Informe Global cuya aprobación se prevé en 2023, que pretende exponer de manera agregada los principales resultados obtenidos en el análisis de esta materia en todos los ámbitos sectoriales y territoriales. <https://www.tcu.es/es/sala-de-prensa/noticias/El-Tribunal-de-Cuentas-aprueba-un-nuevo-informe-sobre-contratos-de-emergencia-COVID-19-en-esta-ocasion-relativo-a-los-celebrados-en-las-Comunidades-y-Ciudades-Autonomas-sin-Organ-de-Control-Externo-propio-OCEXe-la-noticia/>.
- 3 Las estimaciones de la ONU dicen que millones de personas han huido de Ucrania como consecuencia de la guerra y están desplazadas dentro de su propio país. La UE cree que esa cifra podría llegar a diez millones y que 18 millones de ucranianos se verán afectados por la guerra. El Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU dice que está tratando de ayudar a los desplazados internos, pero la guerra hace que el terreno sea inseguro para los trabajadores humanitarios. La ONU se está preparando para brindar asistencia en el oeste de Ucrania, donde el acceso es más fácil. <https://www.acnur.org/noticias/news-releases/acnur-actualiza-las-cifras-sobre-personas-refugiadas-de-ucrania-incluyendo>.

MRR establece la necesidad de que los Estados Miembros establezcan medidas de prevención, detección y corrección del conflicto de interés. En este sentido y adicionalmente a las medidas que ya contemplaba la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, la Disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, aborda la regulación de un análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) basado en una herramienta informática de "data mining", con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España, sin perjuicio de las auditorías que la autoridad de control lleve a cabo. Dicho análisis se centra en el potencial conflicto de interés que puede suscitarse entre las personas que participan en los procedimientos de adjudicación de contratos y de concesión de subvenciones. Sobre la base de dicha previsión legal, la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el PRTR<sup>4</sup> regula aquellos aspectos que resultan necesarios para la aplicación de dicha Disposición adicional.

En definitiva, el PRTR incorpora importantísimas obligaciones a las entidades locales, donde no se sabe situar las fronteras de los sujetos obligados: Declaración de Ausencia de conflictos de interés (DACI), Minerva, Coffee, banderas rojas, formación y sensibilización. Todo ello sometido a un importante seguimiento y eventual fiscalización por parte de los órganos de control externo (OCEX).

En cuanto a la estructura del capítulo de la guía: primero, se analizarán los conflictos de intereses en el ámbito sectorial de la contratación pública. A continuación, se abordará la importancia de tener un control interno férreo en las entidades locales y el por qué y para qué es necesario que las mismas de doten de sistemas de integridad institucional, como primer paso para gestionar los conflictos de intereses (CI) en los ayuntamientos, para después conocer como los órganos de control externo van a fiscalizar la gestión de conflictos de intereses en las entidades locales sujetas a su vigilancia. Finaliza el capítulo con un apartado final que recopila las ideas fuerza.

## 2 El peligroso juego de los conflictos de intereses en la contratación pública.

Sin duda la contratación pública, es uno de los ámbitos de actuación de las entidades locales en el que tal vez existe un mayor volumen de prácticas indebidas o irregulares, debido a la estrecha interacción entre los sectores público y privado. Los amplios márgenes de discrecionalidad y las grandes cantidades de dinero vinculadas a la contratación pública. Bajo este enfoque, los posibles casos de corrupción en la contratación pública suelen aparecer cuando los CI se gestionan mal. Para prevenir estos conflictos y luchar contra la corrupción en la contratación pública, en los últimos años se ha reconocido el papel que puede tener el fortalecimiento de la integridad de los cargos y empleados públicos. En esta dirección, el objetivo de este epígrafe es analizar los mecanismos para reforzar la integridad pública en la contratación pública a través de la prevención, detección y solución de los conflictos de intereses.

La concurrencia del conflicto de intereses en la contratación quiebra la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre los operadores económicos que participan en el procedimiento contractual, de tal manera



4 Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-2074](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-2074). Así, mediante esta orden se regula el contenido mínimo de la declaración de ausencia de conflicto de interés de los decisores en los procedimientos de contratación o de concesión de ayudas, la descripción del procedimiento de carga de información en la herramienta informática de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) para la realización del análisis del riesgo de conflicto de interés, la devolución por la misma de los resultados del análisis, el procedimiento en los casos de entidades sin información de titularidad real en la AEAT y la concreción de los efectos de la identificación de la existencia de una situación de riesgo de conflicto de interés, señalizada con una bandera roja.

que, para que la imparcialidad quede garantizada es preciso, en primer lugar, determinar las situaciones que pueden comportar el riesgo de menoscabar la objetividad en el proceso de selección del contratista, adjudicación y ejecución del contrato y, seguidamente, establecer mecanismos para su prevención, detección, persecución y corrección.

La referencia al concepto de conflicto de intereses es recogido en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante Directiva) que define específicamente que debe entenderse como conflicto de intereses en la contratación pública. Se establece en dicho precepto que es CI, "cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación."

A la vista de dicha definición, podemos aseverar que el conflicto de intereses en la contratación pública se caracteriza por cuatro elementos:

- La intervención de un empleado público o de quien ostente un cargo público, que sean miembros de un órgano de contratación. Junto a ellos están aquellas personas que conforman su círculo personal, político o profesional por la influencia que pueden llegar a tener en los cargos o empleados públicos pudiendo llegar a afectar a su imparcialidad.
- El interés privado en la licitación pública. Este interés privado puede ser de muy diverso orden: personal, familiar, social, laboral, político, etc.
- La colisión entre el interés privado y el interés público. La confluencia entre ambos intereses puede ser real y actual. Pero también puede ser aparente o incluso potencial.
- El impacto en el deber de tramitar el procedimiento de licitación de forma imparcial y objetiva. El conflicto de intereses no solo surge cuando existe una influencia indebida de intereses privados en el interés general sino también cuando exista el riesgo de que el interés privado del cargo o empleado público pueda cuestionar la objetividad de su juicio.

Probablemente, uno de los mayores avances introducidos por la LCSP en relación con los conflictos de interés es la dicción del artículo 64, el cual actúa como piedra angular del paquete de medidas hacia la integridad al imponer a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores

Esto implica que las entidades adjudicadoras deben tomar una posición proactiva en la regulación de los CI, un mandato que se observa en el resto de preceptos de la LCSP y las Directivas europeas y que es uno de los objetivos subyacentes en su articulado: la garantía de la integridad en los procedimientos y la posición central de los órganos de contratación.

En la segunda parte, el artículo 64 LCSP incorpora una definición del conflicto de intereses, tributaria de la recogida en el transcrito artículo 24 de la Directiva 2014/24. Es decir, siguiendo la sistematización apuntada en el apartado anterior, la LCSP apuesta por todo el rango de riesgo del CI: real, aparente y potencial.

Prescripciones que se completan con el deber de aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación. Además, ahora todas las entidades locales están obligadas, tras la promulgación de la ley 2/2023 de 20 de

febrero, de protección del informante y lucha contra la corrupción<sup>5</sup> por la que se traspone la directiva UE 2019/1937 Whistleblower, a regular sistemas internos de información (canales internos de denuncias), aprobar procedimientos para su gestión y nombrar un responsable del sistema obliga a todas las entidades del sector público, incluidas todas las corporaciones locales. En el ámbito objetivo de aplicación de la ley de protección del informante, se incluye la comisión e infracciones de la normativa de contratación pública.

Dicha colaboración ciudadana, que acuda a un canal interno o externo de denuncias, va a ser un elemento clave en nuestro Estado de Derecho y, además, se contempla en nuestro ordenamiento como un deber de todo ciudadano cuando presencie la comisión de un delito, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho deber, al servicio de la protección del interés público cuando éste resulta amenazado, debe ser tomado en consideración en los casos de colisión con otros deberes previstos en el ordenamiento jurídico.

En definitiva, es esencial que los poderes adjudicadores de las corporaciones locales deben licitar y adjudicar los contratos públicos con integridad, evitando cualquier influencia indebida de intereses personales en las decisiones públicas. Para esto, ellas pueden utilizar distintos mecanismos encaminados a la prevención, detección y solución de los conflictos de intereses en la contratación pública, y de esta manera evitar que ocurran circunstancias que puedan derivar en casos de corrupción con relevancia de fraude o ilícito penal.

### **3** Es perentorio que las entidades locales aprueben procedimientos que gestionen los conflictos de intereses.

Para prevenir los CI es fundamental delimitar su concepto y formar y sensibilizar a todos los actores servidores públicos que intervienen en los procesos de gestión municipal. La definición de qué se entiende por conflictos de interés es esencial para comprender la cuestión y cómo identificarlo, gestionarlo y resolverlo. Ya que no será suficiente que identifiquemos el conflicto de interés, sino que se debe aprobar un procediendo para gestionarlos, minimizar o evitar el riesgo de su comisión, así como resolverlo en caso de concurrencia.

Siguiendo a CAMPOS ACUÑA C. (2022)<sup>6</sup> en relación con los CI, debemos incidir que en el ordenamiento jurídico español no contamos con una definición de carácter básico para los conflictos de intereses que resulte de aplicación general, sino tan sólo de carácter especial, para el ámbito de la contratación pública, recogida en el artículo 64 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 (en adelante LCSP), y con carácter general, la establecida en la Recomendación sobre Integridad Pública de la OCDE.

Cierto es, que específicamente para el PRTR la Orden HFP (1030/2021) recurre a la definición del CI recogida en el artículo 61 Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero) que establece que existe CI cuando los agentes financieros y demás personas que participan en la ejecución del presupuesto tanto de forma directa, indirecta y compartida, así como en la gestión, incluidos los actos preparatorios, la auditoría o el control, vean comprometido el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones por



5 Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

6 CAMPOS ACUÑA C. Gestión de los conflictos de intereses en los Fondos NGEU (PRTR). <https://concepcioncampos.org/gestion-de-los-conflictos-de-intereses-en-los-fondos-ngeu/>.

razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal.

Para ello, según se desprende del Manual de la OCDE sobre Integridad Pública<sup>7</sup> se puede adoptar un enfoque descriptivo (que define un conflicto de intereses en términos generales) o uno prescriptivo (que define una serie de situaciones que se considera que entran en conflicto con los deberes públicos).

En este sentido, la OCDE acoge una definición, con un alto grado de aceptación y usada a nivel internacional para reconocer el fenómeno en las tres situaciones descritas. Así, entiende por:

- Un conflicto de interés real implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario público, en el que el funcionario público tiene intereses personales que pueden influir de manera indebida en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales.
- Un conflicto de interés aparente existe cuando pareciera que los intereses privados de un funcionario público son susceptibles de sospechas porque puede influir indebidamente en el desempeño de sus funciones, aunque no sea el caso.
- Un conflicto de interés potencial surge cuando un funcionario público tiene intereses privados de naturaleza tal que puedan conducir a un conflicto en caso que, en un futuro, el funcionario sea implicado o tuviera que participar en responsabilidades oficiales relevantes.

Se entiende, por ejemplo, que un alto cargo está incurrido en CI cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos. De conformidad con el artículo 11.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, "se entiende por conflicto de intereses aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo público no electo que, vinculado por un deber de servicio al interés general, subordina dicho interés general a su interés particular o ajeno en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie, incluso en el caso que no consiguiera con su acción u omisión su propósito."

Junto a la identificación del CI, ello es necesario implicar al conjunto de la organización local en la implantación de los mecanismos y procedimientos de gestión de los CI, no minimizar su importancia y contar con la complicidad de todos los servidores públicos implicados. Y para ello, tal como recuerda el Manual de la OCDE para la integridad pública, aconsejable trabajar en:

- Establecer normas claras sobre lo que se espera de los servidores públicos para evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses, tanto cuando se incorporan a la administración local como a lo largo de su carrera.
- Señalar claramente que los servidores públicos son responsables de gestionar y evitar los conflictos de intereses
- Proporcionar una descripción clara y realista de las circunstancias y relaciones que pueden conllevar una situación de conflicto de intereses.
- Reconocer que las organizaciones públicas son responsables de definir las situaciones y actividades que son incompatibles con su función o sus deberes públicos.

A diferencia de las declaraciones de bienes, las DACI tienen una naturaleza negativa, es decir, no se declara un listado completo de intereses, sino la ausencia de intereses en conflicto. Sin embargo, su utilidad no radica tanto en la declaración misma, que en la práctica no implica sino una mera manifestación personal de no estar incurrido



7 Recomendación sobre integridad pública de la OCDE; <https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>.

en dicha situación anómala (y que podría quedar en un mero trámite burocrático), sino en el proceso que rodea al acto de la firma del documento. Así, antes de la firma, se debe informar correctamente a los participantes sobre aquellas situaciones que suponen un conflicto de interés, concienciar sobre el riesgo de la aparición de dichas situaciones tanto para la buena marcha del procedimiento como para los propios empleados (posibles sanciones derivadas de una no revelación de un conflicto de intereses que posteriormente se demuestre existente), proporcionar guías que señalen los ámbitos de riesgos que deban considerarse en la supervisión de la gestión.

La Oficina europea de lucha contra el Fraude (OLAF) y la Comisión Europea han venido promoviendo desde hace años, y en particular entre aquellas que ejecutan fondos FEDER, el uso de las DACI como herramienta preventiva ex ante de estas situaciones. Obligación declarativa que se ha extendido a todos los expedientes que se vayan a ejecutar con cargo a los fondos prevenientes del PRTR, a lo que debemos unir el sistema de detección del CI con el uso de la inteligencia artificial, a través de la minería de datos regulado en la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan PRTR.

Estas declaraciones en ningún caso eximirán la eventual sanción en caso de detección de un conflicto sancionable o de culpabilidad al empleado local en el supuesto de comportamiento fraudulento; al contrario, se deberán prever sanciones específicas para aquellos casos en los que se demuestre la falsedad en la declaración. Tampoco excusan a la entidad de una labor constante de investigación concomitante para detectar conflictos de interés y comprobar la veracidad de las declaraciones. Es esencial, además, que este punto sea conocido también por los empleados, de forma que sean conscientes de la existencia de un control continuo y la posibilidad de sanción en caso de falsas declaraciones, a través de formación, sensibilización y talleres prácticos sobre los que es y no es CI.

Además, los conflictos de intereses cambian con el tiempo. Podría darse el caso de que, al comienzo del proceso de contratación pública, uno de los funcionarios encargados de la contratación no tuviera ningún conflicto de intereses, ni real ni aparente ni potencial. Sin embargo, durante el proceso las circunstancias cambian y es posible que a dicho funcionario o a un miembro de su familia lo contrate uno de los licitadores potenciales. Como la situación cambia, resulta crucial que se haga un seguimiento y se actualicen adecuadamente las DACI. De este modo, la adopción de medidas preventivas puede no ser suficiente, por lo que será necesario avanzar en la siguiente fase, es decir, establecer cómo hacer el seguimiento y actualización de la información manifestada que permitan en todo caso su ajuste a la realidad, para lo que deben establecer, por ejemplo, mecanismos internos como listas de control que permitan una evaluación permanente y periódica de las situaciones en las que el personal participe en el proceso de toma de decisiones.

Estas listas deberán complementarse con mecanismos posteriores para verificar si ha existido realmente algún conflicto de intereses. Los mecanismos *ex post* deberán centrarse en la DACI, que deberá examinarse con información externa, por ejemplo, información sobre un potencial CI proporcionada por personas ajenas a la organización que no tienen relación con la situación que ha generado el conflicto de intereses, o comprobaciones realizadas sobre determinadas situaciones con un alto riesgo de conflicto de intereses, basadas en el análisis de riesgos interno o banderas rojas que hayan “saltado” en MINERVA o controles aleatorios. También los alertadores con el arma de la ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección del informante, los medios de comunicación o redes sociales son sensibles a la existencia de relaciones personales entre los diferentes agentes implicados en los procedimientos de contratación pública y pueden facilitar información coherente sobre situaciones que podrían afectar al proceso de toma de decisiones de la entidad local. No obstante, debe tenerse presente que la información obtenida de denunciantes y medios de comunicación no constituye una prueba *per se*. Si las autoridades de control reciben este tipo de información, deberán utilizar inmediatamente los medios de que dispongan para confirmarla y ver si podría tener incidencia en el procedimiento. Deberán utilizar todas las fuentes de datos a su disposición para verificar si la información es correcta.

Si los resultados de los controles (internos o externos) confirman la información inicial, y el CI es de tipo administrativo, la autoridad, de acuerdo con la legislación nacional, podrá:

- adoptar medidas/sanciones disciplinarias o administrativas contra el funcionario implicado,
- cancelar el contrato/acto afectado por el conflicto de intereses y repetir la parte del procedimiento de contratación pública en cuestión,
- correlacionar sus conclusiones con otros datos y utilizarlos para llevar a cabo análisis de riesgos,
- hacer público lo ocurrido para garantizar la transparencia de las decisiones y, como elemento disuasorio, para impedir que vuelvan a producirse situaciones similares.

Además, las distintas herramientas del procedimiento que se apruebe en la corporación local para la gestión de intereses, han de tener por finalidad bien eliminar el interés detectado que origina la situación de conflicto de interés cuando esto sea posible (p. ej. prohibición de determinadas actividades), o bien, evitar la influencia de este interés cuando no se puede eliminar (p.ej. relaciones personales).

Así, el deber de abstención es el único instrumento para la gestión de los conflictos de interés reales y, de hecho, es la última barrera para preservar la imparcialidad, que opera apartando la persona del proceso decisorio en un *numerus clausus* de supuestos. Por otra parte, el control de segundas ocupaciones y otras fuentes de ingresos, regulado primordialmente a través del régimen de incompatibilidades<sup>8</sup> y la ley 19/2023 de transparencia y buen gobierno, son la principal herramienta para la gestión de los conflictos de interés potenciales. El control de intereses post cargo de determinados servidores se refiere a las prohibiciones o limitaciones en las actividades posteriores al cese para evitar influencias indebidas en sus decisiones ante determinadas expectativas profesionales después de dejar el cargo público (conocido como “puertas giratorias”). Entre las medidas organizativas para la gestión preventiva de conflictos destaca la segregación de funciones para evitar conflictos de intereses originados en el ámbito profesional (p. ej. el servidor que define la necesidad de contratar y participa en la valoración de las ofertas) y la rotación del personal en posiciones de trato habitual con contratistas, perceptores de subvenciones u otras ayudas públicas, e incluso con patrocinadores.

Por otro lado, las herramientas de detección y de gestión, actúan mediante el descubrimiento, comunicación y sanción de los incumplimientos. El derecho de recusación permite a los interesados en un procedimiento la posibilidad de apartar a una persona que interviene en dicho procedimiento cuando está afectada por uno de los conflictos de intereses reales previstos en el régimen de abstención. Los canales de denuncia (de *whistleblowing*) permitirán vehicular eventuales alertas de actos o conductas que supongan incumplimientos de las herramientas de detección y de gestión.

Por lo expuesto, la aprobación de un procedimiento para gestionar los CI se convierte en nuclear para todas las entidades locales, y en obligatorio, como hemos expuesto en la introducción, en los expedientes de contratación pública y de subvenciones gestionados con fondos provenientes del PRTR; aprobación de procedimiento que no debería circunscribirse únicamente a este tipo de expedientes, sino extenderse a todos los procesos principales de la entidad local en cuestión, como así se sostiene por los órganos de control externo.



8 En el momento actual, está en tramitación el proyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés. El pasado 8 de noviembre de 2022, el Consejo de Ministros aprobó en primera vuelta el anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés, iniciando así su proceso de información al público. Esta norma, integrada en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y que forma parte de los compromisos adquiridos por España para la regulación de la actividad de “lobbies” ante la Comisión Europea, además de cumplir con otras peticiones del Consejo de Europa y recomendaciones de la OCDE, viene a clarificar las normas bajo las que se deberán producir las relaciones entre los que buscan ejercer una legítima actividad de influencia y los altos cargos, directivos o empleados de la Administración General del Estado implicados en la toma de decisiones. Además, el texto contempla, entre otras cuestiones, la creación de un Registro de Grupos de Interés de obligatoria inscripción y señala cuáles son los perfiles de la AGE que deberán tener en cuenta lo establecido en su articulado al contactar con determinados grupos o individuos. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2022/CONSEJO-DE-MINISTROS/08-11-22-NP-LEY-TRANSPARENCIA-SOBRE-ACTIVIDAD-DE-LOS-GRUPOS-DE-INTERES.pdf>.

Seguidamente, analizamos la importancia del control interno y externo en la vigilancia de los conflictos de intereses, así como sobre la relevancia de promover sistemas de integridad globales en los ayuntamientos.

## 4

# La importancia del control (interno y externo) para gestionar los conflictos de intereses.

### 4.1. El ciclo de mejora continua para prevenir los conflictos de interés: el control interno complementado con el control externo

Para prevenir la concurrencia de un CI en el ámbito local, la aprobación de un procedimiento para su tratamiento, como hemos analizado en el apartado precedente, así como el establecimiento de un control interno sólido, serán los primeros pasos para la consecución del principio de mejora continua e interna en los procesos de gestión pública. Los mismos deben caminar hacia la aprobación de sistemas de integridad institucional holísticos, la introducción de los planes preventivos de *compliance* y gestión de riesgos, entre los que se identifican los CI, así como en la implementación de canales de denuncia internos. Todos estos elementos como parte del sistema serán herramientas útiles en todos los procesos principales de la entidad local, que coadyuvarán, sin duda, a disminuir la fuerte desafección de la ciudadanía en las instituciones públicas.

Sin embargo, el sistema de control interno español “clásico” se encuentra muy anclado en la estructura del modelo tradicional continental o latino que descansa, aunque no de forma absoluta, en un control formal *a priori* ejercido por una Administración controladora especializada.<sup>9</sup> En este ámbito funcional aparecen una serie de instituciones plenamente consolidadas en la estructura administrativa española: las Abogacías o Servicios Jurídicos y las Inspecciones de Servicios en el campo administrativo general, y las Intervenciones Generales en materia económico-financiera en los diferentes niveles territoriales de la Administración: central, autonómica y local.

A *sensu contrario*, en los países de nuestro entorno se ha producido una notable confluencia entre los modelos anglosajón y latino de control público. Por un lado, la esfera anglosajona ha mantenido el criterio de control *a posteriori*, pero fortalecido con la creación de instituciones de auditoría interna y de evaluación de políticas públicas especializadas. Por otra parte, en el ámbito continental las instituciones especializadas han sustituido prácticamente en su totalidad los controles previos (formales) por la aplicación de técnicas de auditoría *a posteriori*. Asimismo, se ha originado una evolución del objeto del control interno (sistema COSO)<sup>10</sup> que si bien inicialmente se centraba en el cumplimiento normativo (legalidad), en este momento se refuerza con la evaluación de la eficacia y la eficiencia (economía) y, más actualmente, con la participación en la lucha contra las irregularidades y el fraude, y en última instancia la corrupción, esto es: la gestión de riesgos con su identificación y tratamiento, así como en la aprobación de sistemas de denuncia (interno y externos) como medio para alertar de la comisión de delitos, infracciones o incluso de conductas contrarias al código ético o de conducta.<sup>11</sup>



9 FERNÁNDEZ AJENJO. La gestión de los riesgos de fraude en las Entidades Locales DUSI para el Marco comunitario 2014-2020 El Consultor de los Ayuntamientos, N° IV, Sección Tribuna / Riesgos, Diciembre 2018, pág. 155, Editorial Wolters Kluwer.

10 El sistema COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) es un sistema de gestión de riesgo y control interno para cualquier organización. Se basa en un marco cuyo objetivo es diagnosticar problemas, generar los cambios necesarios para gestionarlos y evaluar la efectividad de los mismos.

11 En la Ley 8/2015, de 7 de agosto, se le atribuye al Consello de Contas de Galicia la atribución de funciones de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma, con la responsabilidad de colaborar con las administraciones y hacerles propuestas para la elaboración de manuales de gestión de riesgos, comprobar los sistemas de prevención de la corrupción que se pongan en marcha, asesorar sobre los instrumentos normativos más adecuados para prevenir y reprimir la corrupción y fomentar en la sociedad civil, y particularmente en el ámbito empresarial, la transparencia y el comportamiento ético en sus relaciones con el sector público. <https://www.ccontasgalicia.es/es/menus-consello/consello/presentacion>.

De forma particular, cierto es que en el ámbito de las corporaciones locales el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local (RCIL) introdujo importantes novedades en el ámbito control interno de las entidades locales; ya que permite identificar las áreas donde es más probable que se produzcan incumplimientos, mala gestión o falta de fiabilidad de la información financiera y donde, de producirse estas circunstancias, su impacto es más importante. Otro ejemplo de un nuevo esquema de control interno, lo constituye el sistema de gestión y control PRTR. De este modo, se pueden orientar los esfuerzos de control hacia estas áreas de mayor riesgo, como la contratación pública, gestión de subvenciones, actividad económica financiera, gestión de recursos humanos o urbanismo; aumentando así la eficacia y la eficiencia de las actuaciones de control en las corporaciones locales.<sup>12</sup>

Por otro lado, en los últimos tiempos asistimos a una redefinición del rol de los OCEX como un elemento clave para disminuir la comisión de irregularidades, fraude en la gestión de las entidades locales, y que sin duda, van a programar fiscalizaciones que se centren en verificar si las entidades locales han implementado una política para prevenir, detectar y corregir los CI.

De la clásica función de vigilancia en torno a regularidad contable, la legalidad del gasto y el ingreso público, caminamos hacia una ampliación del ámbito de actuación en las OCEX centrada en las auditorías operativas con enfoque evaluador. Igualmente, como se ha anunciado, desde la aprobación de la ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección del informante, los órganos de control externo van a focalizar su intervención en el impulso de la aprobación de sistemas de integridad pública holísticos en las entidades locales, que incluyan como un elemento más integrador de dichos sistema, la implementación de los canales de alerta para denunciar las infracciones, irregularidades administrativas, infracciones y delitos que se comentan en todas las áreas de intervención de la entidad en cuestión.

Desde este punto de vista, también los OCEX asumen una función importante en el proceso mejora continua da la gestión los CI en las entidades locales. Aunque los órganos de control externo no son responsables del diseño y puesta en marcha del sistema de control interno y de la aprobación del procedimiento de los CI en los municipios, pueden contribuir en gran medida a que la organización pública alcance sus objetivos, mediante las recomendaciones contenidas en los informes de fiscalización, o incluso, pueden proveer de información útil para mejorar ese control interno mediante auditorías con enfoque de evaluación, y sobre todo exhortando al control interno (situando a gestor como primera línea de control) sobre de la necesidad de gestionar los riesgos en los procesos clave de una organización local.

En este sentido, y con un carácter innovador para el control externo, en el caso del Consello de Contas de Galicia, ha asumido una nueva función de colaboración en la primera fase del ciclo antifraude: la colaboración en la prevención del fraude, CI y el fomento de marcos de integridad pública en la gestión.<sup>13</sup> Función que, en el ámbito de los OCEX, estaba limitada hasta ahora, en la práctica, al Consello de Contas de Galicia y a la Audiencia de Cuentas de Canarias, pero que la recientemente aprobada Ley 2/2023, de 20 de febrero, acaba de incluir en la agenda ineludible del control externo, mediante la introducción de la obligación (también para los OCEX) del establecimiento de canales de denuncias en las entidades locales. Para lograr dicho objetivo, resulta preciso,



12 MIAJA FOL M, Análisis de riesgos en el control financiero de las Entidades Locales. El Consultor de los Ayuntamientos, N<sup>o</sup> IV, Sección Opiniones, Diciembre 2018, pág. 46, Wolters Kluwer.

13 En el último Informe del Consello de Contas de Galicia de evaluación de los sistemas y procedimientos de las entidades locales de Galicia para la implementación de los fondos NEXT GENERATION EU aprobado el 21 de julio de 2023, en el que se hace una recomendación general a todas las entidades locales de Galicia para que se doten de sistemas de integridad institucional que abarquen toda su actividad, ya que constituyen un mecanismo de control interno idóneo para la prevención y detección del fraude y de la corrupción. A estos efectos se pone a disposición de dichas entidades los Documentos Técnicos aprobados por la Sección de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas (<https://www.ccontasgalicia.es/es/menus-consello/Prev.corrupcion/Documentos>) que se verán completados en los próximos meses, como resultado de este trabajo, con la aprobación de una «Guía para la elaboración de Planes de Prevención de Riesgos de Gestión y de Medidas Antifraude», así como una herramienta web que permita efectuar una autoevaluación de los riesgos de gestión de las entidades. [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/documents/2023/20230720\\_Informe\\_1702022\\_10\\_Informe\\_avaliacion\\_PAF\\_Entidades\\_Locais\\_C.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2023/20230720_Informe_1702022_10_Informe_avaliacion_PAF_Entidades_Locais_C.pdf).

como primer paso, que se fomente desde los órganos de control externo la aprobación de sistemas de integridad pública institucional en las Entidades Locales, que pasamos a exponer seguidamente.

En definitiva, los órganos de control interno ejercen funciones de gestión y de inspección con capacidad sancionadora en materia de conflictos de interés, mientras que los órganos de control externo son competentes para revisar el cumplimiento de la legalidad en la gestión de los conflictos de interés aunque sin capacidad sancionadora. Finalmente, el régimen sancionador, como cierre de eficacia del sistema, supone la reacción administrativa o penal ante los incumplimientos legales en este ámbito.

Resulta ilustrativo considerar el conjunto de herramientas y medidas expuestas de forma coordinada y clasificada en atención a su finalidad, pues permite visualizar la existencia de un sistema para la gestión de conflictos de interés.

**Gráfico 1: Esquema del sistema de gestión de conflictos de interés**



Fuente obtenida: *La fiscalización de los conflictos de interés*. Revista de Auditoría pública. ISSN 1136-517X, Nº. 70, 2017.

## **4.2. Es nuclear que las entidades locales se doten de sistemas de integridad institucional, entre los que se encuentran la aprobación de procedimientos para gestionar los CI.**

Si entramos a analizar el concepto de integridad institucional, en palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) *“la integridad pública se refiere al constante alineamiento y apropiación de valores éticos, principios y normas compartidas, para proteger y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público.”* (OCDE, 2017).

Así, la integridad se configura así como un pilar de la actuación de las instituciones públicas, con un enfoque distinto al del mero cumplimiento legal (siempre más reactivo que preventivo) y que deberá ser abordada desde una perspectiva global que la sitúe como punto de partida para el desarrollo de una actuación enfocada a la generación de valor público. Además, en el campo público, la integridad se identifica con la observancia de los

valores y principios de buena administración. En un entorno íntegro, los servidores públicos locales cumplirán con sus responsabilidades, ejercerán sus atribuciones y utilizarán la información y los recursos públicos a su disposición en beneficio del interés general al que sirven por mandato constitucional (artículo 9.2 y 103 de la CE).

La preocupación por la integridad en el ámbito internacional cobra su máxima relevancia con los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (2015)<sup>14</sup>, entre los que se encuentra el objetivo 16 “paz, justicia e instituciones sólidas”, que incorpora las metas: corrupción y sobornos, instituciones eficaces y transparentes, y participación ciudadana. Así, la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de combatir la corrupción en todas sus formas, y pide a los Estados que eliminen los flujos financieros ilícitos, el soborno y la corrupción y que construyan instituciones eficaces que rindan cuentas y sean transparentes. Recuerda que los flujos financieros ilícitos, que se calcula ascienden a 1 billón USD al año, constituyen un gran impedimento para la movilización de ingresos internos para el desarrollo y consumen recursos que deberían invertirse en los países en desarrollo. Continúa señalando que la corrupción tiene impactos negativos directos e indirectos sobre la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), dado que aumenta los costes del proyecto tanto para el sector privado como para el público.

Cierto es que, la integridad institucional, si lo comparamos con los avances en materia de publicidad y transparencia o en participación ciudadana, apenas ha tenido presencia en el ecosistema del gobierno abierto en nuestro país.

Ha sido el IV Plan de Gobierno Abierto, aprobado en 2020<sup>15</sup>, el que ha posicionado a la integridad como uno de los ejes centrales del gobierno abierto, a la altura de la transparencia, la participación ciudadana o la formación. En un tiempo en que la confianza en las instituciones públicas está en mínimos históricos, el fortalecimiento de los valores éticos actúa en la organización como punta de lanza de la integridad. Esta tarea, que ha de permear en toda administración pública, permitirá recobrar la confianza perdida de la ciudadanía, como detalla el documento Marco del IV Plan de Gobierno Abierto.

El tercer eje, el de Integridad, ha articulado dos compromisos:

1. Implantar sistemas de integridad pública en todas las instituciones públicas.
2. Protección a los denunciantes.

El primer compromiso, basado en los sistemas de integridad posee cuatro líneas de acción:

- Diagnóstico para conocer los mecanismos existentes en la actualidad y mejorar los sistemas preventivos de integridad pública, a través de la elaboración de mapas de riesgo, códigos de conducta y mejora de la formación y asesoramiento de las empleadas y los empleados públicos en la materia, entre otros.
- Regulación de un registro de lobbies obligatorio y de las relaciones de los grupos de interés con las y los responsables públicos.
- Modificación de la Ley 53/1985 de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.
- Refuerzo de la integridad en ámbitos específicos como la inteligencia artificial.

El segundo compromiso se centra en la protección de denunciantes. La Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de



14 Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

15 IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024, [https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html](https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html)

la UE es la hoja de ruta para la salvaguarda de los alertadores de riesgos de fraude y corrupción, que se ha materializado en la aprobación (tardía) de la ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección del informante y lucha contra la corrupción, cuyo despliegue práctico y utilidad en las entidades locales para disminuir la comisión de infracción y mejorar su gestión pública, veremos en los próximos años.

En el siguiente gráfico se muestran el compromiso en materia de integridad que se incluye en el IV plan de gobierno abierto de España que extenderá su vigencia hasta el 2024.



En la Recomendación sobre integridad pública de la OCDE<sup>16</sup> reconoce como herramientas para favorecer una cultura organizativa de la transparencia dentro del sector público las siguientes actuaciones:

- Proporcionar normas y procedimientos claros para la denuncia de sospechas relativas a infracciones de normas de integridad, y garantizando, de acuerdo con los principios fundamentales del derecho interno, la protección legal y en la práctica contra todo tipo de trato injustificado derivado de denuncias realizadas de buena fe y razonablemente motivadas;
- Ofrecer canales alternativos para la denuncia de sospechas de infracciones de normas de integridad, incluyéndose aquí, cuando proceda, la posibilidad de presentar denuncias a título confidencial ante un organismo facultado para llevar a cabo una investigación independiente.

De este modo, el diseño de un sistema de integridad global en la entidad local se articularía sobre los siguientes pilares:

- Mapa de riesgos en la actividad pública y su gestión
- Procedimientos para la toma de decisiones íntegras, entre las que se encuentra la aprobación de procedimientos para la gestión de los CI.
- Canales de denuncia y protección del denunciante
- Establecimiento de un sistema disciplinario frente al incumplimiento
- Verificación periódica del modelo y su eventual modificación.

Analizamos continuación, el cómo van a fiscalizar los OCEX los conflictos de intereses.



16 Recomendación sobre integridad pública de la OCDE <https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>.

## 5 ¿Cómo van a fiscalizar los órganos de control externo los conflictos de intereses?

La necesidad de que los OCEX participen en el control del cumplimiento del sistema de gestión de conflictos de interés, entendidos éstos como un riesgo de irregularidades, fraude o corrupción, parece incuestionable en atención a su reconocida importancia en la prevención y lucha contra la corrupción.<sup>17</sup>

De ahí, que en el contexto actual los OCEX junto con el Tribunal de Cuentas (TCu) ya hayan incluido en su planificación y ejecución de las fiscalizaciones la revisión global del sistema de gestión de conflictos de interés de las entidades fiscalizadas vinculadas a la gestión del PRTR, superando, de este modo, la aplicación de procedimientos de auditoría específicamente dirigidos a determinar de forma puntual las circunstancias y posibles efectos en los estados financieros así como los eventuales incumplimientos normativos ante la detección de un caso particular de conflicto de interés.

Estos trabajos de fiscalización han requerido que la planificación y el diseño de procedimientos específicos de fiscalización tenga muy en cuenta tanto los factores de riesgo inherentes y de control interno de las entidades fiscalizadas como las debilidades normativas del sistema antes expuestas, con el objetivo de minimizar el riesgo de detección y, en definitiva, el riesgo de fiscalización.<sup>18</sup>

Entre los factores de riesgo de entidad inherentes cabe destacar la misma actividad de las entidades fiscalizadas en las áreas clásicas de riesgo como son la contratación pública, las subvenciones y el urbanismo, en las que el riesgo de incumplimiento de las herramientas de gestión de los conflictos de interés es más elevado<sup>19</sup>. El incentivo para ocultar un interés particular que podría interferir en el juicio profesional es superior en estas áreas debido a la gran cantidad de recursos que movilizan y, en el caso particular del urbanismo, a las elevadas plusvalías que se pueden generar.

Según el último informe de fiscalización TCu aprobado el 27 de julio de 2023 sobre la gestión del PRTR por las entidades locales y la aprobación de planes de medidas antifraude, se ha constatado que el 83% de las entidades locales analizadas aprobaron un plan de medidas antifraude destinado a garantizar la correcta gestión de los fondos Next Generation.

Si bien se constata por el TCu, que la adaptación a estos requerimientos ha entrañado un importante esfuerzo para la mayoría de las entidades locales, agravado por las dificultades iniciales a las que se enfrentaron las entidades del sector público local para determinar si estaban o no obligadas a aprobar un plan de medidas antifraude. Sin embargo, la fiscalización realizada por el TCu en colaboración con los órganos de control externo de las comunidades autónomas revela, a partir del análisis de 214 entidades del sector público local de toda España, que los avances en esta materia no han finalizado, ya que debe ser “un proceso no un producto”. Sin



17 El Consejo de Contas de Galicia incluye entre sus funciones institucionales una Sección de prevención de la corrupción. La Estrategia aprobada por la Sección estableció como objetivo que todas las entidades públicas desarrollen una estrategia integrada que permita la implantación de modelos de organización y gestión que contemplen: - El establecimiento de una política de integridad institucional; - La identificación, evaluación y análisis de riesgos de corrupción; - La adopción de medidas de supervisión y control. <https://www.ccontasgalicia.es/es/menus-consello/corrupcion/organizacion/seccion>.

18 FOLGUERA FONDEVILA R. La fiscalización de los conflictos de interés. Revista de Auditoría pública. ISSN 1136-517X, N.º. 70, 2017.

19 Por ejemplo, en el documento técnico aprobado por el Consejo de Contas de Galicia por el que se aprueba el Catálogo de riesgos por actividad, que se elabora como complemento al documento nº 4 Metodología para la administración de riesgos, y tiene por finalidad recoger una relación de los riesgos que de acuerdo con la experiencia fiscalizadora del Consejo de Contas son recurrentes en el sector público autonómico, así como de las medidas específicas que se proponen para dar respuesta a aquéllos. En particular, presta especial atención a aquellas actividades que por su propia naturaleza son más susceptibles de dar lugar a riesgos de gestión, incluidos riesgos de corrupción, como la gestión de personal, concesión de subvenciones públicas, la contratación o el urbanismo. [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/static\\_content/corrupcion/Catalogo\\_riscos\\_C.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Catalogo_riscos_C.pdf).

embargo, se evidencia por el TCu que los planes de medidas antifraude y, por ende la exigencia de DACI y la aprobación de procedimientos para su gestión se han limitado, con carácter general, a la aprobación formal de los planes para expedientes financiados con el PRTR, quedando pendiente la implantación efectiva de algunas de las medidas en ellos contenidas, así como el desarrollo de una cultura de lucha contra el fraude que impregne toda la gestión local.

Como desarrolla el informe del TCu esto se ha debido, en parte, a la premura con la que las entidades tuvieron que aprobar los planes, no habiendo transcurrido, todavía, tiempo suficiente para interiorizar un cambio de "cultura" tan sustancial en las organizaciones. Para la consecución de un éxito de resultados, va a ser imprescindible que las entidades locales aprueben sistemas o marcos de integridad institucional holísticos y sólidos que se extienda a todos los procesos nucleares de cada ayuntamiento. Esta cuestión se abordará en el apartado cuarto de este capítulo. A continuación, analizamos el papel protagonista que tienen que jugar los órganos de control, interno y externo, para prevenir, detectar y corregir los CI.

Por ejemplo, los cuestionarios son la herramienta válida para obtener información sobre el funcionamiento y los procedimientos de la entidad así como de las debilidades que puedan existir en el control interno sobre la gestión de los CI. Algunos ejemplos de preguntas para un posible cuestionario: ¿El Pleno de la corporación ha aprobado modelos de declaración sobre causas de posibles incompatibilidades y sobre cualquier actividad que proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos? ¿Se requiere a los sujetos obligados la presentación de declaraciones no presentadas en los plazos legales? ¿Se realiza algún tipo de comprobación de veracidad y completitud de la información contenida en las declaraciones presentadas? ¿Se verifica si los empleados de la entidad desarrollan actividades privadas no autorizadas cuando así sea necesario? ¿Qué tipo de comprobaciones se realizan al respecto?

Con esta información y los antecedentes conocidos, el diseño y aplicación de pruebas específicas para cada una de las herramientas del sistema de gestión permitirá obtener las mejores evidencias sobre la regularidad de la gestión de los conflictos de interés en la entidad fiscalizada.

Cualquier tipo de control que se programe sobre la observancia de la gestión de los conflictos de interés requiere la mayor disponibilidad de información relevante. En este sentido, es clave normalizar el acceso no solo a la información de los registros administrativos (fundaciones, asociaciones, cooperativas, etc.), civiles, mercantiles y de la propiedad, y a la de sus equivalentes internacionales, sino también a la información tributaria y la de la seguridad social. Poner a disposición de los OCEX toda esa relevante información es una utopía que pasa, en algunos casos, por modificaciones legales que se pueden justificar en el marco de una decidida política de lucha contra la corrupción.

## 6 Ideas fuerza recopilatorias del capítulo.

**Primera.** Las políticas de conflictos de interés constituyen un instrumento transcendental para fortalecer la integridad y buen gobierno en las entidades locales, y en definitiva, para defender y promover la democracia y el acercamiento de las políticas públicas a los destinatarios finales de los servicios públicos locales.

**Segunda.** Los conflictos de intereses y su gestión están de plena actualidad, por las obligaciones impuestas en la gestión del PRTR, y deberemos aprovechar esta circunstancia para divulgar, sensibilizar y conceptualizar sobre qué son y qué no son, así cómo se deben tratar. La gestión de los conflictos de intereses se ha situado en el centro de la diana de la gestión diaria de las entidades locales.

**Tercera.** Para prevenir los CI es fundamental delimitar su concepto y formar y sensibilizar a todos los actores servidores públicos que intervienen en los procesos de gestión municipal. La definición de qué se entiende por conflictos de interés es esencial para comprender la cuestión y cómo identificarlo, gestionarlo y resolverlo. Ya

que no será suficiente que identifiquemos el conflicto de interés, sino que se debe aprobar un procediendo para gestionarlos, minimizar o evitar el riesgo de su comisión, así como resolverlo en caso de concurrencia.

**Cuarta.** Es necesario que los OCEX participen en el control del cumplimiento del sistema de gestión de conflictos de interés, entendidos éstos como un riesgo de irregularidades, fraude o corrupción, parece incuestionable en atención a su reconocida importancia en la prevención y lucha contra la corrupción.

## Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, M.C., "Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes", El Consultor de los Ayuntamientos, n. 2, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), Guía práctica de compliance en el sector público, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), Compliance e integridad en el sector público, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»", Actualidad Administrativa, n. Extra 1, Sección Actualidad, 2019.
- LÓPEZ DONAIRE, B. Y GIMENO BEVIÁ, J. (dirs.), La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- IGLESIAS REY, P., "La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses", Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, n. 22, 2022, pp. 70-87.
- IGLESIAS REY P, El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia. Núm. 64 Revista Gallega de Administración pública (2022).
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional", www.rafaeljimenezasensio.com, 2020.
- LÓPEZ DONAIRE, M<sup>a</sup>. B., "Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración", La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LOZANO CUTANDA, B., "La directiva de protección del denunciante", Diario La Ley, n. 950, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E. y REYES RICO, L.I., "La protección del Whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 53, 2019, pp. 24-68.
- MIRANZO DÍAZ J., "El proyecto de Ley de protección de protección del denunciante y su incidencia en la contratación pública", El Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es), 13 de octubre de 2022.
- NIETO MARTÍN, A., "Las agencias anticorrupción", CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), Guía práctica de compliance en el sector público, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- NIETO ROJAS, P., "Whistleblowers. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE", El Foro de Labos, 17 de octubre de 2019.
- PAJARÓ CALVO M., El establecimiento de sistemas preventivos. Especial referencia a los planes antifraude. El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer (2022).
- SÁEZ HIDALGO, I., "Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas", Actualidad Administrativa, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (También en: Diario La Ley, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).





## Hoja de ruta para la Gestión de los Conflictos de Intereses en la Contratación Pública

La gestión de los conflictos de intereses constituye un reto en el marco de las políticas de integridad en la contratación pública, con especial impacto en el ámbito local, por su dimensión de proximidad. Por eso, el Grupo de Trabajo de Integridad en la Contratación Pública de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Contratación Pública ha decidido ofrecer al conjunto de los operadores jurídicos, tanto públicos como privados, una publicación centrada en las principales dificultades y puntos de interés. Se da continuidad así a la labor iniciada con el Decálogo de Integridad, y que se ha ido reforzando con la publicación de la “Guía de Integridad en la Contratación Pública Local” y el “Código de Buenas Prácticas en materia de contratación pública”.

De la mano de personas expertas en la contratación y con un enfoque práctico, se analizan los aspectos conceptuales y características del conflicto de interés, con las demás figuras existentes en nuestro ordenamiento, la utilización de medidas de prevención como las DACI, la utilidad de los instrumentos de soft law y el papel de la tecnología, entre otras cuestiones, revisando experiencias prácticas de data mining como MINERVA. Al tiempo que se analiza su conexión con temas de máxima actualidad como los canales de denuncia como medidas de detección de los conflictos en la Ley 2/2023 y el papel de los órganos de control externo.

Con esta publicación, se ofrece una herramienta de utilidad no sólo en el ámbito de la contratación pública, pues los conflictos de intereses son un riesgo de corrupción y fraude en todos los ámbitos de gestión pública, sino que también se apoya a aquellas entidades que gestionan fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, a los que se presta especial atención. Una obra elaborada por profesionales para profesionales, para mejorar la integridad y la transparencia de la gestión pública, alienada con un modelo de Administración del SXXI.

©Federación Española de Municipios y Provincias

Se permite compartir, copiar y redistribuir la obra en cualquier formato.

Depósito Legal: M-32817-2023



FEDERACION ESPAÑOLA DE  
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS



RED DE ENTIDADES LOCALES  
POR LA TRANSPARENCIA Y  
PARTICIPACIÓN CIUDADANA