

# Conflictos de interés y medidas de *self-cleaning*

Teresa Medina Arnáiz  
Universidad de Burgos

Formigal, 22 de septiembre de 2017



# SUMARIO

- **Consideraciones iniciales: la búsqueda de la integridad en la contratación pública**
- **Los conflictos de intereses**
  - La noción de «conflicto de intereses»
  - Identificación de los elementos que caracterizan un conflicto de intereses
  - La regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española
- **Las medidas de autocorrección**
  - Una excepción a la aplicación de las prohibiciones de contratar.
  - Las acciones del operador económico que posibilitan “su rehabilitación” en la participación en un procedimiento de adjudicación.
  - Su necesaria transposición al Derecho español.
  - Problemas que plantea su puesta en práctica.

# LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- La **integridad** en cada fase del proceso de contratación pública supone la abstención de cualquier práctica que conlleve quebrantar alguno de los principios cardinales en la adjudicación contractual, esto es la igualdad de trato, la objetividad y la no discriminación.
- En las Directivas no se reconoce expresamente como un principio, si bien se canaliza a través de una serie de mecanismos que tienen por finalidad evitar «*prácticas comerciales deshonestas*» como son el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción (Libro Verde, 2011).
- El artículo 1.1 del Proyecto de LCSP recoge el principio de integridad entre los objetivos de la Ley.

# LA INTEGRIDAD EN LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA



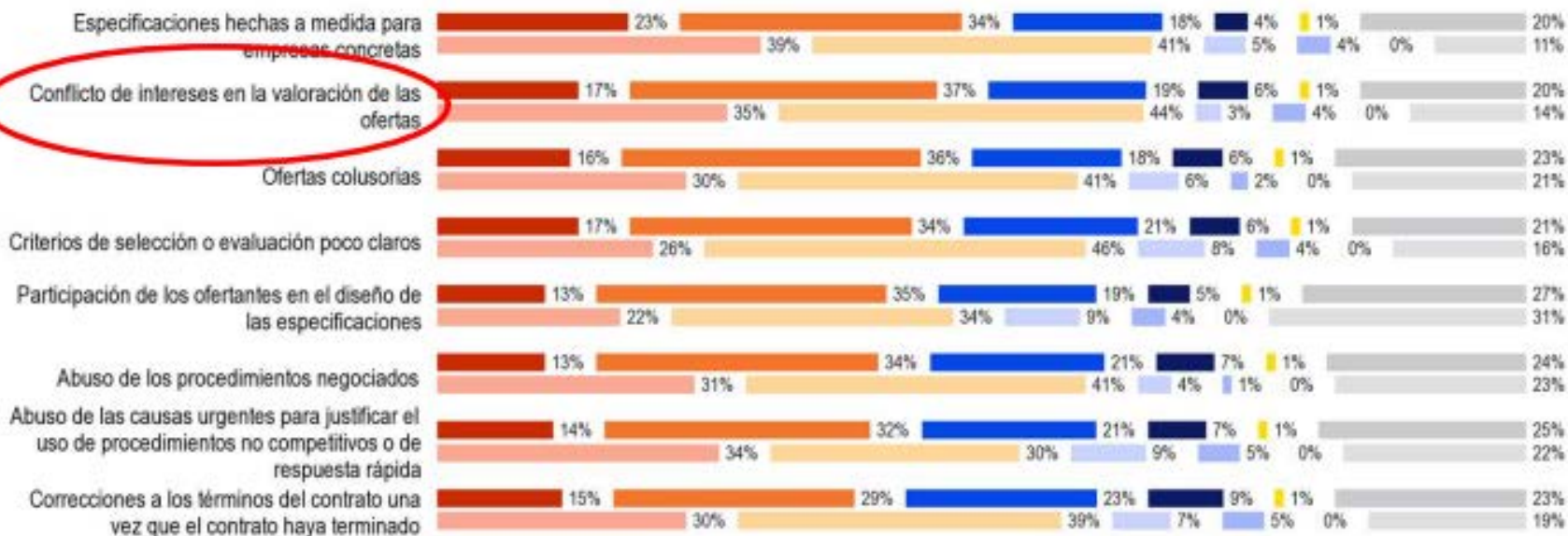
Integridad

- ✓ **Regulación de los conflictos de intereses** (Artículo 24) *“prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores”*.
- ✓ **Gobernanza:** Prevención, detección y notificación de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la adjudicación de contratos
- ✓ **Exclusión de los licitadores y candidatos deshonestos** (artículo 57) y la posibilidad de rehabilitar al operador económico en la fiabilidad perdida.

## *Businesses' attitudes towards corruption in the EU (febrero 2014)*

### 3. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

¿Y cómo de extendidas cree que están las siguientes prácticas en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en (NUESTRO PAÍS)?



# La noción de «conflicto de intereses»

En el ámbito de la actuación administrativa, debe entenderse que existe un conflicto de intereses cuando concurren en un cargo o funcionario público dos intereses contrapuestos: uno de carácter público – en cuya defensa se ha de ejercitar la función pública – y otro de carácter privado que impide o puede impedir el estricto cumplimiento de sus deberes y que compromete o puede comprometer su imparcialidad.

De esta manera, el conflicto puede ser «**real**» si efectivamente se produce, o «**aparente**» y/o «**potencial**» si son susceptibles de convertirse en conflictos reales si llegan a darse ciertas circunstancias.

# La noción de «conflicto de intereses»

- ✓ Se incorpora al texto de las Directivas el concepto de conflicto de intereses y se instaura una regulación de mínimos;
- ✓ Se prevé que la normativa nacional que transponga estas disposiciones contemple, al menos, “(...) *cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador /entidad adjudicadora/ 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 particular/personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación*”.

# Identificación de los elementos que caracterizan un conflicto de intereses

Del nuevo marco normativo debemos destacar **cuatro aspectos**:

1. Delimita la categoría de personas que se hallan expuestas a un conflicto de intereses;
2. El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de las personas a las que se refiere. No se exige, por tanto, un “abuso de cargo o posición”.
3. No se requiere que el conflicto sea «real» en cuanto que el interés particular influya *de facto* en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser «percibido» como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación;
4. Los intereses que pueden comprometer la ejecución imparcial de las funciones públicas pueden ser directos o indirectos; esto es, referidas a la obtención de ventajas para uno mismo (directas) o para terceros (indirectas). En todo caso, comprende intereses financieros, económicos o particulares de cualquier otra índole.



# La regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española

El TRLCSP también recoge medidas con la misma finalidad preventiva

- ✓ La regulación sobre **incompatibilidades**
- ✓ Las técnicas de la **abstención** y **recusación** (artículo 319) “Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre” (**artículos 23 y 24 Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público**)

# La regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española

El **artículo 60 TRLCSP, apartado 1.g)** recoge la prohibición de contratar mediante una remisión genérica a las disposiciones que regulan el régimen de las incompatibilidades.

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos:

- ✓ De la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.
- ✓ De la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas.
- ✓ 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 regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española

- 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 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.** (Disposición final 9.1 de la Ley 40/2015)

# La regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española

- Para la aplicación de la incompatibilidad a los cargos electos municipales, la remisión legislativa nos lleva al artículo 178 LOREG que declara que son incompatibles con dicha actividad *«los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes»*.
- La participación en el capital social de las personas jurídicas, solo será relevante a efectos de determinar la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1 f) TRLCSP, si supera el diez por ciento de las participaciones de la entidad (Informe JCC Aragón 14/2014, de 25 de junio)

# La regulación de los conflictos de intereses en la normativa contractual española

- **Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la JCC Aragón.**  
Prohibiciones de contratar aplicables a los familiares de los miembros de un Ayuntamiento (hace la distinción cuando el órgano de contratación es el Pleno municipal o el Alcalde/alcaldesa).
- **Informe 5/2017, de 16 de mayo, JCC Cataluña.**  
Requisito de financiación pública del contrato a efectos de la concurrencia de la prohibición.
- **Informe 3/2017, de 12 de abril** (empresa del marido de una concejala) Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia “la prohibición solo se produciría si se diera conflicto de intereses”.



# REGULACIÓN FUTURA (casi presente)

## **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.

# MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

- Las nuevas Directivas de la Unión Europea se muestran favorables a la recuperación de la fiabilidad perdida en el operador económico tras la constatación de hallarse incurso en un supuesto de prohibición de contratar.
- La puesta en práctica de medidas autocorrectoras o de *self-cleaning* supone, por tanto, excepcionar la aplicación de una prohibición cuando los operadores económicos han adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que éste se vuelva a repetir.

# LA REGULACIÓN LAS MEDIDAS DE *SELF CLEANING*

- Son viejas conocidas de la legislación contractual
  - El Comité de las Regiones ya aludía a ellas en el 2000;
  - Algunos Estados miembros ya las aplicaban (Austria, Alemania e Italia);
  - Ya se contemplaban en el Reglamento Financiero (Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, de 25 de octubre (artículo 106, apartado 1 *in fine*))
- El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE («clásica») y el artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»)



# MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

## JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN

- Forzar una **cultura empresarial a favor del cumplimiento** y contribuir con ello al objetivo de mantener la integridad y evitar distorsiones de la competencia en los procedimientos de adjudicación
- Garantizar la **apertura de la contratación** pública al no limitar la concurrencia
- Garantizar el cumplimiento del **principio de proporcionalidad** tomando en consideración las medidas correctivas puestas en práctica por el operador económico, demostrando así su fiabilidad.

# LA “REHABILITACIÓN” DEL OPERADOR ECONÓMICO

Las acciones que tiene que llevar a cabo el operador económico para recuperar la fiabilidad son:

1. Pago o compromiso de indemnización por los daños causados.
2. Colaboración con el esclarecimiento de los hechos.
3. Adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal (*Compliance*)

Las medidas adoptadas por los operadores económicos **se evaluarán** teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

# LA “REHABILITACIÓN” DEL OPERADOR ECONÓMICO

**¿Se trata de un derecho del operador económico?**

**SI**, ..... un derecho a que se examinen las medidas de cumplimiento por él adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de adjudicación, pero....

No podemos considerar que la mera formalización de estas medidas constituye un salvoconducto para eludir la exclusión del procedimiento de contratación, cuando en realidad no es así. Será preciso el desarrollo de un procedimiento administrativo, al final del cual se dicta el acuerdo que declara o deniega la “rehabilitación” del operador económico, y por tanto, se le admite o no a tomar parte en un procedimiento de contratación.

# LA “REHABILITACIÓN” DEL OPERADOR ECONÓMICO

- Las Directivas no contienen previsiones expresas ordenadoras de ningún procedimiento. Son los Estados miembros los que tienen que determinar las condiciones de aplicación de estos preceptos. Éstos han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.

# DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

<p>En caso de condena, ¿ha adoptado el operador económico medidas para demostrar su credibilidad pese a la existencia de un motivo pertinente de exclusión («autocorrección»)?</p>	<p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p>
<p>En caso afirmativo, describáanse las medidas adoptadas <sup>(23)</sup>:</p>	<p>[ ..... ]</p>
<p>¿Se ha declarado al operador económico culpable de una <b>falta profesional grave</b> <sup>(29)</sup>?</p> <p>En caso afirmativo, especifíquese:</p>	<p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p>[ ..... ]</p>
	<p><b>En caso afirmativo, ¿ha adoptado el operador económico medidas autocorrectoras?</b></p> <p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p><b>Si lo ha hecho, describáanse las medidas adoptadas:</b></p> <p>[ ..... ]</p>
<p>¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia?</p> <p>En caso afirmativo, especifíquese.</p>	<p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p>[ ..... ]</p>
	<p><b>En caso afirmativo, ¿ha adoptado el operador económico medidas autocorrectoras?</b></p> <p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p><b>Si lo ha hecho, describáanse las medidas adoptadas:</b></p> <p>[ ..... ]</p>



# REGULACIÓN FUTURA (casi presente)

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley.




# REGULACIÓN FUTURA (casi presente)

## Artículo 72.5

**No procederá**, sin embargo, **declarar la prohibición de contratar** cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición **1)** acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y **2)** la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al **programa de clemencia** en materia de falseamiento de la competencia.

Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a).

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

... POR LO QUE NO HEMOS LOGRADO HALLAR NEXO ENTRE LAS DONACIONES ILEGALES Y LAS MILES DE ADJUDICACIONES DE OBRAS SIN SEGUIR LO ESTIPULADO EN LA LEY 5-1/13 B 1983 DE CONTRATOS DEL ESTADO Y LA CORRESPONDIENTE LEY DE ACOMPAÑAMIENTO AC 652/1984 - RDE, PARA LA PERTINENTE ADECUACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA NEU-26/CF 72.968/302 - NC, SEGÚN EL TRATADO DE LISBOA ANTIGUA  REFOSA LLENA DE ENCANTO Y BELLEZA, QUE FUÍS...



YA LE HA VUELTO A DAR

...QUÉ INSTRUCCIÓN



¡ARUA, SÍ!





Muchas gracias [tmedina@ubu.es](mailto:tmedina@ubu.es)