

# LA INTEGRIDAD COMO ESTRATEGIA DE GOBERNANZA

Javier Miranzo Díaz

Profesor lector

Universitat Oberta de Catalunya

# Bases para una correcta aproximación

- Lucha contra la corrupción ≠ Gestión del riesgo de corrupción
- Gestión → Visibilización de las situaciones de riesgo
- 2 vías de visibilización:
  - Observación/análisis (entidad adjudicadora)
  - Denuncia de actores interesados/participantes (empleados, licitadores, sociedad civil)
- Reestructuración del sistema de distribución de responsabilidades e incentivos → La entidad adjudicadora como motor del cambio de paradigma

# El rol de la entidad adjudicadora

- La necesidad de convertir al órgano de contratación en un sujeto activo.
- El conflicto de interés como situación de riesgo principal vs otros indicadores.

# El rol de la entidad adjudicadora

- Obligación de tomar medidas para combatir la corrupción (art. 64 LCSP)
  - Obligación abstracta
  - Imposibilidad de revisión judicial
- Obligación de excluir por razón de corrupción (art. 57 Directiva y 71 LCSP)
  - Supuestos “tasados”
  - Exclusión automática
  - Alto grado de concreción
  - Función de comprobación
  - Posibilidad de revisión judicial

# Conflicto de interés como causa de exclusión


- 57.4.e) Directiva:
  - Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros [...] **cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos** un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24.
- Considerando 101:
  - *Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al **principio de proporcionalidad**. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión*

- *le corresponde [a la entidad adjudicadora] un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está **obligado**, en cualquier caso, a **comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses** y a **adoptar las medidas adecuadas** para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, e incumbe al mismo la obligación de 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.*
- STGUE Asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 102 y apartado 106.

# Posibilidad de indemnización por actuación deficiente ante un conflicto de interés

- Jurisprudencia del TJUE:
  - Que se acredite una **violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica** que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.
  - Perjuicio “real y cierto”, cuya demostración y prueba deberá corresponder al demandante
  - Relación causal directa entre el primero y el segundo requisito.

# El rol de la entidad adjudicadora



- Obligación de tomar medidas para prevenir y solucionar conflictos de interés (arts. 24 Directiva y 64 LCSP)

- Aparentemente abstracta

- Obligaciones de actuación ante un conflicto de interés (art. 57.4.e) Directiva)

- Supuestos no tasados (evaluación individual)
- Principio de proporcionalidad
- Importante margen de discrecionalidad para la entidad adjudicadora
- Función de ~~comprobación~~ investigación y evaluación del caso
- Posibilidad de revisión judicial



# Exclusión por conflicto de interés en España

- Art. 71.1.g):
- **No podrán contratar con...**
- *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 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*

# Implicaciones

- Las causas de exclusión tienen un carácter tasado (STS de 2 de octubre del 2000, RJ 2000\8598; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, informes 4/2009 y 6/2013 )
- Incompatibilidades vs conflicto de interés
  - Reducción del ámbito subjetivo
  - Reducción del ámbito objetivo: relaciones, actividades, etc.
- ~~Principio de proporcionalidad~~ → Obligatoriedad de exclusión
- Resultado:
  - Se anula el **poder de discrecionalidad** que impone la Directiva.
  - Se anula la **responsabilidad** de la entidad adjudicadora en su gestión.
  - Vuelta del poder adjudicador a una **posición pasiva**.

# Medidas a adoptar por la entidad adjudicadora

- Optimización de medios propios
  - Creación de un procedimiento de investigación de conflicto de interés (Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)
  - Creación de un procedimiento de actuación ante indicadores de corrupción
  - Dotación de herramientas (contratación electrónica, optimización de los datos, acceso a sistemas de análisis como ARACHNE)
  - Creación de un órgano o comité de integridad
  - Códigos éticos
- Instrumentalización de los actores intervinientes
  - Licitadores
  - Sociedad Civil
  - Empleados

# Licitadores

- Promover la concurrencia y perseguir la colusión
- Creación de canales de denuncia o comunicación con la entidad adjudicadora
- Buzones éticos que permitan anonimato
- Informar en los pliegos de los procedimientos de denuncia
- Pactos de integridad
- Correcta aplicación de las causas de exclusión, así como fijar condiciones de ejecución relacionadas con la integridad y la aplicación de penalidades

# Empleados (I)

- (40% de las actividades fraudulentas detectadas en procedimientos administrativos de contratación lo son a través de denuncias de empleados de la entidad adjudicadora)
- Declaraciones de ausencia de conflicto de interés:
  - Formación
    - Ámbito objetivo: intereses financiero, económico o personal (relaciones sociales)
    - Naturaleza objetiva: **irrelevancia de la intencionalidad** (apreciación externa al sujeto). No es corrupción. Anomalía situacional.
  - Sanciones por declaración falsa (no por conflicto de interés)

# Empleados II (Directiva 2019/1937)

- Aplicación tanto a sector público como a sector privado
- trabajadores en base al artículo 45, apartado 1 del TFUE, incluidos los funcionarios
- cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas, proveedores, autónomos económicamente dependientes.
- accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, gestión o supervisión de la entidad
- voluntarios y los becarios remunerados o no remunerados
- terceras personas que tengan alguna relación con un potencial informante

# Whistleblowers (Directiva Europea)

Sistema de denuncias a **tres niveles**:

- Nivel 1. **Divulgaciones internas** a los órganos de **recepción internos**;
- Nivel 2. **Divulgaciones externas reglamentarias** a los **organismos competentes** (por ejemplo, la autoridad de servicios financieros, de la competencia, o de integridad y buen gobierno) y;
- Nivel 3. **Divulgaciones más amplias** a la **policía**, los **medios** de comunicación, los miembros del **Parlamento** y los **reguladores** no prescritos.

# Whistleblowers (Directiva Europea)

- en el sector privado, están eximidas de crear dicho canal interno aquellas empresas y entidades **privadas que no alcancen los 50 empleados**,
- mientras que, por el contrario, en el caso del **sector público**, la Directiva deja **cierta libertad** a los Estados miembros, que podrán (o no) dispensar de la creación de dicho canal de denuncias a las municipalidades **de menos de 10.000 habitantes** y a aquellas **entidades públicas que no superen los 50 empleados**.



# Whistleblowers (Directiva Europea)

- **garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante** tanto en los sistemas de denuncia internos como externos (artículos 9.1.a y 12.1.a) –**no así el anonimato**, extremo que la norma europea deja al arbitrio de los Estados Miembros (artículo 5.2)–,
- **prohibir** cualquier forma de **represalia**,
- o medidas de **asistencia a los denunciantes** en lo relativo al acceso a la justicia y a la asesoría jurídica.

# Sociedad Civil

- Buzones éticos
  - Sistemas electrónicos (sencillez y rapidez)
  - Confidencialidad
  - Oficina Europea de Lucha contra el Fraude que ha desarrollado un mecanismo de denuncia en línea (Fraud Notification System)
- Ampliación de la legitimación activa del recurso especial
- Pactos de integridad (supervisores independientes)

# Conclusiones

- La integridad como estrategia de gobernanza precisa de una **arquitectura legal coherente** a todos los niveles.
- La entidad adjudicadora debe asumir la **gestión de los riesgos** para la integridad como parte fundamental del procedimiento de contratación.
- Se deben crear **entornos seguros** y con una correcta **distribución de incentivos** que fomenten el flujo de información entre actores intervinientes y la visibilización de anomalías.
- Las **nuevas tecnologías** (big data, IA, etc.) deben jugar un papel central en esta tarea