

Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antesala de la corrupción

AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE
AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA



Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antesala de corrupción

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

València, diciembre de 2020

Documento aprobado por resolución del director de la AVAF en fecha 3 de diciembre de 2020
La versión digital de este documento está accesible en el sitio web: <https://www.antifraucv.es>

Se emite la presente reflexión general, en cumplimiento de las funciones atribuidas en el artículo 4.f) de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana consistentes en asesorar y formular propuestas y recomendaciones en materia de integridad, ética pública y prevención de la corrupción en las entidades incluidas en su ámbito de actuación.

La Agencia

Nos encontramos en:

C/ Navellos, 14-3 | 46003 València

96.278.74.50

<https://antifraucv.es>

Solicitud de acceso a la información:

<https://www.antifraucv.es/es/portal-transparencia/acceso-a-la-informacion/>

Servicio de Prevención (servicio emisor del documento):

prevencio@antifraucv.es

Buzón de Denuncias:

<https://www.antifraucv.es/es/denuncia/buzon-de-denuncias/>

Gabinete de comunicación:

comunicacion@antifraucv.es

Síguenos:



Tabla de contenidos

1	Preámbulo	3
2	Concepto de conflictos de interés. La necesaria toma de conciencia	6
3	De la garantía del buen funcionamiento de los mecanismos de gestión de los conflictos de interés. El caso de la Comunitat Valenciana. Algunas propuestas	12
4	El Conflicto de interés como riesgo potencial de corrupción. Su necesaria identificación y gestión como herramienta eficaz de prevención	17
	4.1 Procesos de toma de decisiones: ejercicio del cargo y función pública	20
	4.2 Contratación del sector público	22
	4.3 Subvenciones y urbanismo	26
	Bibliografía	30



01

Preámbulo



Los gobiernos deben ser capaces de generar buenos rendimientos en forma de políticas, programas y servicios públicos al tiempo que construyen una relación de confianza con la sociedad.

La integridad y ética públicas son valores principales e imprescindibles para fortalecer la institución invisible de la “confianza” (*Pierre Rosanvallon*), cuya ausencia es una de las fuentes principales del deterioro institucional.

Para robustecer la integridad y éticas públicas, la gestión de lo que conocemos como situaciones de conflictos de interés es crucial. Si no se toma conciencia, se detectan y gestionan adecuadamente, los conflictos de interés pueden socavar la integridad de los servidores públicos, las decisiones, los organismos y los gobiernos y, en última instancia, conducir a que los intereses privados se apoderen del proceso político (OCDE, 2004 ⁱ).

La confianza en la integridad del servidor público y en la organización queda gravemente dañada sólo por la sospecha de que el ejercicio de sus responsabilidades públicas podría estar afectado por un conflicto de interés personal (OCDE, 2005) ⁱⁱ.

A su vez y muy a menudo, muchos de los casos de corrupción pública traen causa de una mala gestión del riesgo que conllevan las situaciones de conflictos de interés, y ello sucede cuando el interés particular acaba sesgando un juicio profesional para obtener un beneficio personal, abusando de la posición profesional. ⁱⁱⁱ

Desde los inicios de la actividad y puesta en funcionamiento de la Agencia Valenciana Antifraude (AVAF), hemos constatado que el riesgo de la situación de conflictos de interés como elemento precursor de la corrupción es una constante.

En este sentido, lo hemos podido detectar tanto en los casos denunciados objeto de análisis e investigación, en la formulación de recomendaciones generales en materia de integridad pública, planificación, abuso del enriquecimiento injusto, etc... como en el estudio de los casos de corrupción pública ya sentenciados.

Y es esta una circunstancia transversal que afecta a cualquier fenómeno de corrupción. Así, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y ratificada por España en julio de 2016, cuando describe las medidas preventivas para erradicar más eficaz y eficientemente la corrupción, las herramientas destinadas al tratamiento adecuado de las situaciones de conflictos de interés son frecuentemente citadas.

Sin embargo y aun cuando no cabe duda que la asiduidad de situaciones de conflictos de interés mal gestionadas persiste y propicia numerosos casos de corrupción, esta certeza no se corresponde con una toma de conciencia social real de este riesgo, siendo quizás esta fragilidad una de las causas que favorecen malas prácticas administrativas y, en última instancia, la reproducción de casos de corrupción pública.

Con ocasión de la celebración del día internacional contra la corrupción, nos proponemos reflexionar entorno a la importancia de la buena gestión de los conflictos de interés para luchar contra esta lacra y, para ello, nos gustaría dar a conocer los trabajos y propuestas que ya existen a este respecto, sin perjuicio de futuros trabajos de análisis más pormenorizados por parte de la AVAF, por sectores, tales como el ámbito sanitario o universitario, actores afectados y herramientas concretas de prevención y gestión.



En este sentido, creemos importante comprender qué entendemos por conflictos de interés, cómo podemos promover la toma de conciencia y la importancia de este riesgo, qué instrumentos organizativos y qué medidas nos pueden ayudar a garantizar un buen funcionamiento de las herramientas ya existentes para su gestión, prevención, detección y, en su caso, sanción.

Y, para ello, también puede contribuir dar a conocer una selección de casos de corrupción pública ya sentenciados o con resoluciones de organismos especializados, para evidenciar las situaciones de conflictos de interés que los anteceden e insistir en la importancia de su correcta gestión. En ese sentido, abordaremos las situaciones más frecuentes de conflictos de interés en las principales áreas de práctica: procesos de toma de decisiones; contratación del sector público; subvenciones y urbanismo.



02

Concepto de conflictos de interés. La necesaria toma de conciencia



Todo servidor público tiene, como cualquier otra persona, intereses legítimos, el conflicto surge cuando dicho interés legítimo personal se contrapone o puede contraponerse con sus obligaciones y deberes públicos, de manera tal que pueda influir en el correcto cumplimiento de los mismos.

Todo servidor público se encontrará en un momento u otro con una situación de conflicto de interés; lo importante es no minimizarlo, identificarlo y actuar alineados a los valores de servicio público, para que, además, no se convierta en un riesgo de fraude y corrupción.

La situación, en sí, no es un problema. Lo que sí es un problema es no reconocerla, no gestionarla adecuadamente para evitar sesgos en la decisión. Lo importante es que prevalezca siempre el interés general para no comprometer el ejercicio independiente, objetivo e imparcial del deber público. Este debe ser el punto de partida.

Junto con esta idea, cabe destacar que estamos ante nuevas formas de gobernar y gestionar. Se interactúa más con personas del tercer sector y del sector privado. Y a estos nuevos actores se les implica en la acción de gobierno, configurándose redes que coadyuvan y participan en la tarea de gobernar. Este contexto, junto con el incremento de los espacios discrecionales de decisión, incrementan las posibilidades de situaciones de conflictos de interés.

Proteger el interés general es la clave ante la complejidad de la gestión pública en el siglo XXI.

La definición de qué se entiende por conflictos de interés es esencial para comprender la cuestión y cómo identificarlo, gestionarlo y resolverlo.

Para ello, según se desprende del Manual de la OCDE sobre Integridad Pública^{iv}, 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 ese sentido y desde este enfoque prescriptivo, poner ejemplos de estas situaciones en las que se puede entrar en conflicto con los deberes públicos puede ayudarnos a incentivar esa toma de conciencia:

ser contratado nuevamente por la administración pública, por ejemplo, como consultor, para realizar tareas similares a las que se llevaban a cabo en las antiguas funciones públicas,

la esposa de un funcionario responsable del órgano de contratación a cargo de la supervisión de un procedimiento de licitación trabaja para uno de los licitadores.

soy funcionario, ocupo un puesto de trabajo reservado en exclusiva al cuerpo de letrados, y ejerzo la abogacía en defensa de intereses privados o públicos frente a mi administración de origen, yo personalmente o el despacho profesional en el que colaboro con mis servicios.

un funcionario de un órgano de contratación y el presidente de una de las sociedades licitadoras tienen responsabilidades en el mismo partido político.



soy técnico de urbanismo indefinido no fijo de plantilla (llegué con contrato de servicios y pasó el tiempo y me quedé) y mantengo abierto mi despacho privado de arquitectura.

formo parte de un órgano de selección y me he dedicado o en el futuro me dedicaré a realizar tareas de formación de aspirantes a pruebas selectivas.

Son todas ellas situaciones en las que, de forma más diáfana en algunos casos y con ciertas dudas en otros, percibimos, notamos que quizás perseguir estos intereses privados, puede poner en duda la buena consecución del servicio público al que nos debemos.

Los matices en su consideración también han propiciado que doctrinalmente^v se distinga entre conflictos de interés potencial (riesgo futuro: cuando se tenga que tomar una decisión o emitir un juicio profesional), real (cuando ya debe emitirse el juicio profesional) y aparente (apariencia de riesgo: cuando no existe interés particular), y que se considere que, en las tres situaciones, es necesario prevenir y detectar los conflictos de interés, para no debilitar la confianza en las instituciones.

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.

Junto con este enfoque destinado a detectar las situaciones que pueden generarnos conflictos con nuestro deber público, también podemos abordar el fenómeno desde una perspectiva descriptiva de qué entendemos por conflictos de interés en términos generales.

Y cuando nos dirigimos a las definiciones normativas y doctrinales lo primero con lo que nos encontramos es con la ausencia de una definición uniforme, con la existencia de distintas acepciones del concepto, que incorporan a su vez alcances diversos para su consideración.

Así, por ejemplo:

Conflicto de interés es toda situación de riesgo en que el interés particular de una persona podría interferir en el ejercicio adecuado de su discernimiento profesional en nombre de otra, que, legítimamente, confía en aquel juicio.

Oficina Antifrau de Catalunya



Un conflicto de intereses constituye «cualquier situación de interferencia entre un interés público e intereses públicos o privados que pueda influir o parezca influir en el ejercicio independiente, imparcial y objetivo de una función»

(Agencia Francesa Antifraude. La Ley Nº 2013-907, de 11 de octubre de 2013, sobre la transparencia de la vida pública

“El conflicto de intereses de los responsables públicos es un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades”

(OCDE, 2004).

“existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas implicadas en la ejecución y gestión, incluidos los actos preparatorios al respecto, la auditoría o el control del presupuesto se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario.»

Artículo 57 del Reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión Europea

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. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014

“[...] 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.” (Art. 64 LCSP).

Artículo 64.2 de la Ley 9/2017. de 8 de noviembre. de Contratos del Sector



Se entiende que un alto cargo está incurrido 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.

Artículo 11.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado

Se entiende por conflicto de intereses aquella situación en que, por acción u omisión, incurrir 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”.

Artículo 1.3 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat Valenciana, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos

En consecuencia, consideramos que esta percepción de estar ante una definición heterogénea de qué pueda considerarse conflictos de interés, la imprecisión de los límites, no facilita la comprensión del término, ni ayuda a revertir lo que actualmente en algunas instituciones resulta habitual, como es:

- incitar a minusvalorar estas situaciones y permitir conductas que perjudican la consecución del interés público de que se trate, a menudo de forma muy difusa,
- propiciar que dichas conductas se sitúen dentro de lo tolerable, de lo habitual,
- fomentar el cumplimiento meramente formal, sin compromiso, de las obligaciones legales ya existentes para informar de actividades y bienes, por ejemplo, lo que determina que la información no tenga la calidad requerida.

Esta circunstancia, junto a la dispersión normativa de la regulación de los mecanismos para prevenir, detectar y corregir los conflictos de interés, puestas ambas de manifiesto por diversas entidades, como por ejemplo la Oficina Antifrau de Catalunya, en su estudio sobre la gestión de conflictos de interés de 2016, ya citado, dificulta también la imprescindible toma de consciencia por parte del servidor público.

Es por ello que, en ausencia de esta definición más transversal y unívoca de qué podamos considerar como situación de conflictos de interés, desde la AVAF apelamos a una interpretación lo más amplia posible de las definiciones contenidas en el marco normativo, en las tres dimensiones citadas, que se fundamente en lo que apreciamos son los pilares prioritarios para la consecución del interés general, por imperativo del artículo 103 de la CE.

- El empleado público debe servir a la Administración Pública, con plena dedicación.
- Ninguna situación debe menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales.
- Es imprescindible salvaguardar la imparcialidad e independencia del servidor público.

Junto a ello es necesario implicar al conjunto de la organización en la implantación de los mecanismos de gestión de los conflictos de interés, no minimizar su importancia y contar con la compli-



cidad de todos los servidores públicos implicados.

Y para ello, tal como recuerda el Manual de la OCDE para la integridad pública, consideramos que es 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 pública 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.

En este sentido, continua el citado Manual, las normas y descripciones claras ayudan a crear un entendimiento común de las situaciones de conflicto de intereses dentro del sector público, pero también con los interlocutores externos, lo que aumenta la transparencia y la integridad en los procesos de adopción de decisiones públicas.

Por otro lado, para asegurarse de que los empleados comprendan sus responsabilidades en el marco de las medidas relativas a los conflictos de intereses, es aconsejable hacer participar a los servidores públicos y a sus representantes en el examen de las políticas vigentes en materia de conflictos de intereses, consultándoles sobre las futuras medidas de prevención y proporcionándoles el desarrollo de capacidades para que adquieran conocimientos y habilidades y, así, hacer frente a los conflictos de intereses.

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 y sean accesibles.

Además, como la prevención y la gestión de los conflictos de intereses son responsabilidades compartidas con el sector privado, las organizaciones públicas pueden concienciar sobre las normas de conducta vigentes para evitar y atenuar los conflictos de intereses de los funcionarios públicos.

Son, todas ellas, propuestas, iniciativas útiles, para fomentar esta inaplazable toma de conciencia.



03

De la garantía del buen funcionamiento de los mecanismos de gestión de los conflictos de interés. El caso de la Comunitat Valenciana. Algunas propuestas



Fomentar un correcto funcionamiento de los mecanismos de gestión de los conflictos de interés demanda de medios materiales y recursos humanos suficientes y especializados. En ocasiones, estas funciones de garantía se asignan a organismos especializados para un mejor control, comprensión y asesoramiento de la materia.

La Comunidad Valenciana dispone ya de una arquitectura legislativa pionera, de unos fundamentos reguladores óptimos para asentar una estrategia de integridad pública. La propia Ley reguladora de la Agencia es ejemplo de esta voluntad.

El derecho a la buena administración y a gozar de unos servicios públicos de calidad que recoge el Estatuto de Autonomía, se contiene en la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana, desarrollado por el Decreto 56/2016, de 6 de mayo, que aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat.

La cuestión que nos ocupa, garantizar el ejercicio ético del cargo pública, determina la aprobación de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de incompatibilidades de cargos públicos no electos para la Comunidad Valenciana, desarrollada por el Decreto 65/2018, de 18 de mayo, y es la Oficina de Control de Conflictos de Interés, quien gestiona el registro de control y el régimen de incompatibilidades de este colectivo, en el ámbito de la Generalitat Valenciana y su sector público instrumental.

La ley 22/2018, de 6 de noviembre, del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental nutre el sistema de integridad con una norma que pretende regular herramientas de gestión de malas prácticas, para detectarlas y prevenirlas. Por su parte la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de lobby en el ámbito de la Generalitat y de su sector público instrumental, persigue someter la capacidad de influencia a garantías de transparencia y a un código de conducta, consolidando también el concepto de buen gobierno.

Por tanto, disponemos ya de procedimientos que regulan y de órganos específicos que articulan el régimen de dedicación y actividades compatibles, los mecanismos de abstención, inhibición y recusación, los protocolos de prevención de los conflictos de interés, de las puertas giratorias, las declaraciones de actividades, de bienes, de derechos y obligaciones patrimoniales.

En este sentido, y por lo que respecta a la Oficina de Control y Conflictos de Intereses regulada por la Ley 8/2016, de 28 de octubre, destacar que está adscrita a la Conselleria competente en materia de transparencia, goza de autonomía funcional, el personal adscrito es, en todo caso, funcionario de carrera, mediante provisión por concurso público de méritos, y sus principales funciones son:

- gestionar el registro de control de conflictos de intereses y recibir y custodiar las declaraciones y la documentación de las personas sujetas a esta ley.
- Requerir a estas personas el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley.
- Instar a la incoación de procedimientos sancionadores, en su caso.
- Informar sobre la compatibilidad de actividades durante y después del ejercicio del cargo público.
- Gestionar las comunicaciones formales de abstención o inhibición de las personas sujetas a la Ley.

Son diversos los estudios y análisis de estos organismos especializados de supervisión de los conflictos de interés, tanto de entidades internacionales, como de la doctrina, al objeto de dar a



conocer buenas prácticas o iniciativas para mejorar su funcionamiento y, en definitiva, hacer más eficientes los mecanismos de gestión que están bajo su supervisión.

Así, por ejemplo, el GRECO, en su informe adoptado en junio de 2019, sobre la quinta ronda de evaluación a España^{vi}, en su análisis sobre la función de la OCCI estatal para garantizar el control de las puertas giratorias, destaca los problemas de credibilidad en su funcionamiento, con un índice del 98% de autorizaciones posteriores para reincorporación al sector privado y la imposición de muy pocas sanciones, haciéndose eco de las deficiencias también señaladas por el Tribunal de Cuentas, sobre esta concreta cuestión.

Es por ello que el GRECO recomienda reforzar el estatus, las competencias y los medios de estas oficinas, que se garantice su independencia, así como una mayor intervención en la cuestión de las puertas giratorias, tanto en el plano legislativo, como en la práctica. A su vez, también aprecia fundamental que los asesores, debido al tipo de gestión y el trabajo de toma de decisiones que realizan, están también sujetos a las máximas obligaciones de transparencia e integridad.

Por otro lado, también la OCDE, en el Manual sobre integridad pública, analiza otros aspectos de mejora, en base al estudio de organizaciones e instituciones con las mismas funciones en diversos países, como es la experiencia francesa, la canadiense o la estadounidense, entre otras.

En este sentido, el manual analiza aspectos vinculados a la interconexión y colaboración entre organismos con funciones vinculadas o homólogas, la transparencia de la información disponible o las formas más factibles para controlar y verificar aquello declarado.

Sin perjuicio de la existencia de avances sobre el control de los conflictos de interés, como la puesta en funcionamiento de organismos especializados como los citados, lo cierto es que en el caso de los registros de actividades, bienes e intereses continua su gestión atomizada. Cada administración o entidad pública, en su caso, dispone del correspondiente registro, como por ejemplo los ayuntamientos, por imperativo de la normativa en materia de régimen local.

Son diversas las propuestas^{vii} que formulan la necesidad de que los datos contenidos en estos registros sean lo máximo homogéneos posibles, de formatos reutilizables, que permitan su coordinación o incluso la integración de estos registros, a los efectos, como se insiste a lo largo de estas reflexiones, de potenciar al máximo su utilidad para mejorar el control de las situaciones de conflictos de interés.

A los efectos que nos ocupan, por ejemplo, cabe mencionar que la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares tiene, entre sus funciones, el registro de declaraciones patrimoniales y de actividades y, dentro de su ámbito subjetivo se incluyen, entre otros, los municipios y otros entes de la Administración Local.

En este sentido y como buena práctica, resaltar que recientemente esta Oficina ha formalizado un convenio con el Ayuntamiento de Palma, por el que las dos instituciones manifiestan su interés en establecer un único canal de presentación de las declaraciones y, con este objetivo, convenían que el registro de presentación de las obligaciones a las que hace referencia el artículo 75.7 y la disposición adicional 15 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, sea el de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares.

Otros mecanismos informales de cooperación son también factibles, como el relatado en el Manual de la OCDE sobre integridad pública sobre la experiencia canadiense. La Red Canadiense de Conflictos de Interés (*Canadian Conflict of Interest Network* o CCOIN) se creó en 1992 para



formalizar y fortalecer el contacto entre las distintas áreas del gobierno en relación con la política de conflictos de intereses. Los comisionados de cada una de las diez provincias y los tres territorios, junto con otros dos comisionados del gobierno federal que representan a los miembros del parlamento y el senado se reúnen anualmente para difundir políticas y materiales conexos, intercambiar las mejores prácticas y debatir ideas sobre cuestiones de ética y la viabilidad de las políticas.

En lo relativo a la necesaria transparencia, la publicidad de todas estas declaraciones es fundamental para detectar, con la participación ciudadana, el mayor número de situaciones de conflictos de interés, es disuasoria de determinadas conductas, y da credibilidad al sistema^{viii}. En este sentido, que la información disponible al respecto sea comprensible, fácilmente localizable y con formatos reutilizables que faciliten su análisis posterior es un objetivo al que no debemos renunciar.

Sin perjuicio de la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad también en esta materia, existe un interés legítimo de la ciudadanía a verificar que los cargos públicos son transparentes a contrastar la ejemplaridad en su actividad como tal.

En este sentido, es interesante la reciente sentencia de la Sección Séptima de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional, de 27 de mayo de 2020, cuando resuelve, en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información practicado ante la Oficina de Control de Conflictos de Interés del Estado, que el solicitante tiene derecho a acceder a la identidad del cargo que no ha cumplido con sus obligaciones en este ámbito, en los siguientes términos:

“(…) Nos encontramos que el alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, sólo puede ser ejercido por personas que respeten al marco jurídico que regula el desarrollo de su actividad y con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas. En estas condiciones, el acceso a la información pública, consistente en la identidad del alto cargo que no ha cumplido con las obligaciones relativas a las declaraciones de actividades económicas y declaración de bienes y derechos de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2015 de 30 de marzo reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, debe ceder ante su derecho a la protección de datos (…)”

Por lo que se refiere a las formas más eficientes para controlar y verificar lo declarado por los obligados, es indiscutible que el acceso a las bases de datos administrativas de la administración tributaria o de la seguridad social, registros mercantiles, propiedad, etc, permiten intercambiar información actualizada, reforzar los chequeos, cotejar los datos con el contenido de las declaraciones, detectar omisiones, por lo que el carácter interoperable de los mismos es indispensable.

Además, cuando los recursos son limitados, supervisar la totalidad de las declaraciones presentadas es un desafío no menor para la prevención eficaz de los conflictos de interés.

En este sentido, el Manual de la OCDE sobre integridad pública se hace eco de la experiencia al respecto de las últimas décadas, que sugiere que para garantizar una implementación efectiva resulta esencial una identificación adaptada de las categorías de funcionarios públicos que proporcionan las declaraciones, sujeta a mecanismos de verificación, una cobertura claramente definida de la información divulgada y la disponibilidad pública de información no confidencial.



Como buena práctica, el Manual destaca el trabajo de la Alta Autoridad para la Transparencia en la Vida Pública (*Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique* o HATVP).

Se trata de una autoridad administrativa independiente, de carácter estatal que, desde 2014, recoge las declaraciones y verifica la exactitud e integridad de los bienes e intereses declarados por los funcionarios públicos de alto rango, electos y no electos, que entran y salen de sus funciones; estos funcionarios son cerca de 16.000.

El plan de control anual de la Alta Autoridad se basa en la exposición a los riesgos, las funciones ocupadas y la antigüedad de las diferentes categorías de funcionarios públicos. También se rige por los plazos legales de publicación de los funcionarios públicos, cuyas declaraciones deben darse a conocer en el sitio web de la autoridad. Todas las declaraciones se comprueban, pero algunas se someten a un examen más minucioso.

La eficacia de los procedimientos de verificación se basa, en particular, en el acceso directo a algunas de las bases de datos de la administración tributaria y en la colaboración con la administración tributaria, el servicio de lucha contra el blanqueo de capitales, los magistrados de finanzas, etc., para recopilar y cotejar toda la información disponible.

En caso de posibles conflictos de interés, este sistema de verificación permite definir, caso por caso, las medidas proporcionales específicas que pueden adoptar los funcionarios públicos para resolver la situación. Para los 16 000 funcionarios públicos mencionados, no seguir la instrucción de la HATVP para resolver una situación de conflicto de interés puede dar lugar a una sentencia de un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

En todas las etapas, para aclarar cualquier paso o requisito en los procedimientos de declaración, se dispone de una línea telefónica dedicada a responder a las preguntas de los funcionarios públicos.

Más allá de las cuestiones sobre las obligaciones declarativas *per se*, los funcionarios públicos pueden beneficiarse también del papel de asesoramiento ético de la HATVP. La institución debe responder a cualquier pregunta en un plazo de 30 días.

Cabe destacar, en este sentido, que el plan de control y verificación de la Oficina de Control de Conflictos de Intereses de la Generalitat Valenciana, aprobado por Resolución de 9 de septiembre de 2020 (DOGV 8908, de 18.09.2020), destinado a ordenar las funciones de inspección y verificación que les son asignadas, da a conocer los criterios de ponderación para llevar a cabo estas actuaciones, que se realizarán de forma aleatoria pero con intención que afecte proporcionalmente a todas las consellerías, así como a los cargos en ejercicio y a los cesados.

La previsión es de llevar a cabo diez actuaciones anualmente, que deseamos se incrementen conforme la oficina esté dotada de los recursos suficientes, y que atienda también al criterio de exposición de riesgos, conforme se vaya consolidando la experiencia adquirida.



04

**El conflicto de interés
como riesgo potencial de
corrupción. Su necesaria
identificación y gestión
como herramienta eficaz
de prevención**



Desde los inicios de la actividad y puesta en funcionamiento de la Agencia Valenciana Antifraude (AVAF), hemos constatado que el riesgo de la situación de conflictos de interés como elemento precursor de la corrupción es una constante.

Y es esta una circunstancia transversal que afecta a cualquier fenómeno de corrupción. Así, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y ratificada por España en julio de 2016, cuando describe las medidas preventivas para erradicar más eficaz y eficientemente la corrupción, las herramientas destinadas al tratamiento adecuado de las situaciones de conflictos de interés son frecuentemente citadas.

Las consecuencias de no detectar ni medir los conflictos de interés (entre otras causas, por desconocer su concepto y manifestaciones), vemos que se traducen en riesgos potenciales de corrupción en la práctica de las instituciones públicas valencianas.

En el ámbito de la “corrupción penal”, el conflicto de interés tiene cabida en “**El delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos**” (art. 439 CP), que tipifica como actuación delictiva la del funcionario o autoridad que “*debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones*”. Por su parte, el art. 441 CP, prohíbe la realización de actividades profesionales o asesoramiento respecto de asuntos a los que pudiera verse vinculado por razón de su cargo.

Buena parte de las **sentencias condenatorias por delitos penales** a servidores/as públicos/as en nuestra Comunitat traen causa directa o indirectamente del conflicto de interés.

El informe del Observatori Ciutadà contra la Corrupció, “Radiografía de la corrupción pública. Jurisprudencia de los tribunales valencianos (1995-2018)”, que analiza las resoluciones judiciales en materia de corrupción pública, dictadas por los tribunales valencianos durante este período, y el “[Mapa de la Corrupción](#)” que permite localizar en el territorio estos casos, con una ficha informativa de los datos más significativos de cada uno de ellos, es una herramienta muy ilustrativa para comprobar la incidencia de situaciones de conflictos de interés mal gestionadas en estos casos de corrupción pública.

En esta ocasión, y a título enunciativo, desde la Agencia hemos realizado una **selección de ejemplos de situaciones que se dan en la práctica cuando no se ha identificado ni gestionado un conflicto de interés** en las principales áreas de práctica, como son los procesos de toma de decisiones; la contratación del sector público; o las subvenciones y urbanismo.

Y lo hacemos desde una doble perspectiva: i) ejemplos didácticos de mayor relevancia práctica; ii) Sentencias judiciales vinculados a casos de corrupción pública y resoluciones de organismos especializados que también destacan la importancia de los mecanismos de gestión de los conflictos de interés.



4.1. Procesos de toma de decisiones: ejercicio del cargo y función pública

Entre las principales obligaciones de los servidores públicos se encuentran la gestión de los intereses públicos que le estén encomendados, con imparcialidad respecto de los intereses privados afectados, debiendo:

- i) observar régimen de incompatibilidades y conflictos de interés, sin implicarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones;
- ii) abstenerse en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad e imparcialidad;
- iii) guardar la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo del ejercicio de sus competencias;
- iv) no aceptar regalos que sobrepasen los usos y costumbres de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones;
- v) afrontar sus dilemas éticos y conflictos entre sus intereses particulares y el interés general comprometiendo el ejercicio independiente, objetivo e imparcial del deber público.

Como vemos, el conflicto de interés supone un verdadero riesgo de que el interés particular de un servidor público pueda interferir en el ejercicio adecuado de su juicio profesional (durante el cargo), o un claro riesgo de puertas giratorias (actividades privadas posteriores al cese), incluso un riesgo de uso o transmisión de información privilegiada obtenida por razón de su cargo público.

Hemos seleccionado algunos **ejemplos** didácticos de posibles situaciones de conflicto de interés en el servicio público:

- No asimilar el nombramiento como cargo electo con la necesaria perspectiva de integridad pública, realizando como un “mero trámite”, de forma sesgada o sin actualizaciones periódicas, las declaraciones de intereses previas a la toma de posesión;
- Ejercer actividades privadas por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, o ser miembro de consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, cuando sus actividades se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado (*Ejemplo: Ser concejal de urbanismo y administrador de una empresa promotora*), o se relacionen con los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público (*Ejemplo: ser concejala de medioambiente con delegación y colaborar con empresa privada en la gestión del ciclo integral del agua*).
- En caso de ostentar cargos con facultades y competencias decisorias, deberán estar atentos a:
 - Prohibición de participación en tribunales de procesos selectivos del personal
Ejemplo: Un alcalde o conseller Nunca puede estar en él ni asistir a sus sesiones.
 - Prohibiciones para contratar
Ejemplo: Un alcalde o conseller No podrá adjudicar un contrato a un familiar.
 - Causas de abstención



Ejemplo: No resolver si afecta a amigo íntimo, enemigo manifiesto o ha trabajado 2 años antes con él/ella.

- Otras causas de conflictos de interés y, en concreto, de incompatibilidad

Ejemplo: conseller o alcalde mantiene su despacho jurídico o de arquitectura abierto.

- No facilitar información sobre: los obsequios que reciban por razón del cargo; los viajes y desplazamientos fuera de la Comunitat Valenciana realizados en el desempeño de su función.

Los **empleados públicos** a los que también se les plantean situaciones de conflicto de interés son tanto funcionarios de carrera e interino como personal laboral, eventual y, dada la incidencia de la elevada tasa de temporalidad, en la figura del indefinido no fijo de plantilla.

Entre los principales incumplimientos de sus deberes que dan lugar al riesgo descontrolado de conflictos de interés, destacan:

- i) no actuar, en ejercicio de sus respectivas funciones, alineados con la misión de servicio público; primando sus intereses particulares sobre el interés general;
- ii) no comunicar a sus superiores en la organización y/o al responsable de supervisar las obligaciones del código ético aquellas circunstancias que puedan suponer un conflicto de interés;
- iii) no declarar el ejercicio de segunda actividad en el sector público o privado a efectos de solicitar su compatibilidad, en su caso;
- iv) no respetar su deber de sigilo y secreto respecto a la información a la que hubieran accedido en la Administración, durante los 2 años posteriores a su cese (evitar las puertas giratorias);
- v) aceptar regalos, más allá de los usos y costumbres;
- vi) no cumplir los principios y deberes del TREBEP así como cuantos se establezcan en cada organización (códigos éticos o de conducta).

Veamos algún ejemplo:

- Un técnico de urbanismo indefinido no fijo de plantilla que mantengo abierto despacho privado de arquitectura, o un técnico jurídico y mantiene mi bufete abierto. En ambos casos, no han solicitado compatibilidad.
- Informar expedientes de contratación y no haber declarado eventuales situaciones de conflictos de interés.
- Formar parte de un tribunal de selección o de un órgano de asistencia al órgano de contratación y no haberse abstenido concurriendo causa legal.
- Ser administrativo al que le constan determinadas relaciones de mis superiores con adjudicatarios de contratos menores y no comunicarlo ni denunciarlo.
- Ser empleado público y conocer determinada información; tras cesar de esa Administración, la cuento en el bar y/o público en prensa o redes. O la utilizo para mi próximo empleo en la privada.

En relación con algunos de los ejemplos indicados, puede apreciarse la aplicación del art. 439 CP – negociación y actividades prohibidas a los funcionarios públicos- en las resoluciones siguientes:

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (nº 71/2018), de 28 de junio de 2018:** En este caso, el acusado trabajaba como técnico en la Consellería de Medio



Ambiente, concretamente en el área de residuos, cuya función consistía en tramitar las solicitudes de autorización ambiental y por tanto la posibilidad de estudiar e informar sobre la concesión de licencia de actividad a las empresas dedicadas a la gestión de residuos sólidos. Además, el acusado era administrador solidario de la empresa I. S.L., dedicada a asesoramiento de servicios de ingeniería y arquitectura. Como queda probado en la sentencia, el acusado **utilizó su posición como funcionario público para procurarse un beneficio privado a partir de la empresa de la que era administrador solidario, dado que informó desfavorable una licencia hasta que la solicitante encargó el proyecto a la empresa del acusado.** Por este comportamiento, la STSJCV de 28-6-2018 le condenó a una pena de multa de 1.080€ e inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique facultades de informe o decisión durante 1 año;

- Un supuesto de mayor alcance mediático es el presentado en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (nº 85/2016), de 15 de abril de 2015, Caso Depuradora Borriol:** Son hechos probados que F. M. C., Vicepresidente Primero de la Diputación Provincial de Castellón, con competencias delegadas en materia de abastecimiento de aguas y ciclo integral del agua, pretendía obtener un beneficio patrimonial ilícito a través de personas interpuestas y de sociedades en la venta de los terrenos donde se proyectaba construir la estación depuradora de aguas residuales. En concreto, queda probado en esta resolución que una de las fincas donde se proyectaba la depuradora fue adquirida por la hija de F.M.C, para después aportarla a la empresa de la que era socia, junto con su padre que, en el ámbito de sus competencias como Vicepresidente de la Diputación, adoptó resoluciones y acuerdos ejecutivos vinculadas a esos terrenos. **La Audiencia considera la conducta de F. M.C. constitutiva de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, pues no puede desconocerse que el cargo político que ostentaba le obligaba a ser “muy cuidadoso” en cuanto a la posible actividad empresarial que podía deducirse de la participación en ciertas empresas que tenía y en sus propiedades.** Así, se limita la condena al art. 439 CP, imponiéndole una pena de 8 meses de prisión, multa de 12.600€ e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante dos años;

Respecto de la modalidad del delito recogida en el art. 441, puede hacerse referencia a:

- La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (nº 252/2001), de 8 de octubre de 2001,** en el supuesto del arquitecto técnico municipal que también actuaba como director técnico a título particular de obra en las que también informaba como arquitecto técnico municipal, a pesar de conocer que no podía realizar ambas actividades. El art. 441 no requiere, a diferencia del art. 439, la existencia de aprovechamiento, sino la actuación del funcionario público en actividades privadas que se solapan con su condición de funcionario. Así, la Audiencia Provincial considera la existencia de una colisión entre su función pública y su actividad particular imponiéndole, por el art. 441, una pena de multa de 540€.

En otro orden de cosas y evaluando los procesos de toma de decisiones desde otra perspectiva, no cabe duda que los procesos de participación ciudadana son un claro exponente del gobierno abierto y una buena práctica de transparencia y escucha activa a la ciudadanía al permitir que ésta se involucre en distintas políticas públicas o procesos decisorios (tales como los presupuestos públicos participativos o las consultas previas en la elaboración de normas).

Sin embargo, además de la transparencia y los datos abiertos, es esencial tomar medidas que permitan detectar y controlar que la injerencia de intereses privados no empañen la voz de la ciudadanía.

En efecto, una situación derivada de no detectar un conflicto de interés en un proceso de participación ciudadana sería aquel que vecinos y vecinas se involucran, forman parte del proceso



de toma de decisiones, pero de forma incompleta o con información insuficiente, por falta de previsión y control de mecanismos que detecten potenciales conflictos de interés.

En ese sentido, la AVAF realizó un decálogo de buenas prácticas y aspectos susceptibles de mejora del sistema de presupuestos participativos *Decidim Valencia*, destacando la de incluir en sus bases reguladoras algún mecanismo (como declaraciones responsables con compromiso de actualización) que permita la detección y ulterior control de la posible existencia de un conflicto de interés en las fases decisorias de selección de proyectos de inversión (referidos a sus autores y a los servidores/as públicos/as encargados/as de evaluar su viabilidad técnica y jurídica, por ejemplo).

4.2. Contratación del sector público

La OCDE considera que la contratación pública sigue siendo una fuente desaprovechada de prosperidad económica y social. Representa el 13% del PIB en países de la OCDE 1/3 de los gastos gubernamentales generales. Sin embargo, sigue siendo en gran medida burocrática, ineficiente y altamente vulnerable a la corrupción.

La reciente positivación del conflicto de interés en la contratación del sector público es clara muestra de la vulnerabilidad de la misma a la corrupción. No en vano, el artículo 64.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público lo configura abarcando un espectro de situaciones vinculadas al proceso de licitación.

Extractamos a continuación, ejemplos de riesgos en el proceso de contratación que pueden derivar o propiciar situaciones de conflictos de interés:

- i)** no publicar los anuncios de información previa, de convocatoria de licitaciones, de las adjudicaciones, o las actas, los informes de valoración;
- ii)** falsear la negociación;
- iii)** diseñar pliegos “a medida” de algún licitador;
- iv)** proporcionar información sesgada a los licitadores;
- v)** excluir licitadores injustificadamente;
- vi)** ausencia de medidas de detección y control de posibles situaciones de conflictos de interés de los servidores/as públicos/as proponentes del contrato o miembros de los órganos de asistencia al órgano de contratación;
- vii)** participación de un determinado operador económico en las actuaciones preparatorias;
- viii)** modificación indebida del contrato;
- ix)** inexecución total o parcial de una mejora o autorizar prórrogas no previstas;
- x)** no identificar una causa de resolución del contrato o no liquidarlo correctamente.

Por parte de los contratistas o concesionarios del Sector Público:



- i) Influir en la documentación preparatoria de licitaciones de contratos con el fin de ser adjudicatarios.
- ii) Relaciones de negocio o personales con altos cargos y/ empleados públicos responsables o partícipes en la gestión y reparto de los fondos.
- iii) Riesgos vinculados al enriquecimiento injusto.

Hemos seleccionado algunos **ejemplos** de estas situaciones:

- El responsable de negocios de una empresa privada que quiere que un Ayuntamiento le adjudique un contrato; le entrega los pliegos redactados al alcalde;
- Como gerente de una empresa, se reúne con responsables políticos, les hace regalos y ofrece mejoras a cambio de adjudicaciones directas o negociados sin publicidad;
- Postularse a una licitación ofreciendo mejoras que sabe que no podrá cumplir;
- Participar en la documentación preparatoria hacerse un “traje a medida”, contrario a las reglas de libre concurrencia competitiva.
- Dar uso privado a los bienes afectos a un contrato público, vigente el mismo (por ejemplo, destinar ambulancias a servicios privados mientras estaban contratadas por la Conselleria de Sanidad).

Por su parte, la vigente LCSP contiene dos medidas firmes y novedosas para evitar y censurar los conflictos de interés en la contratación del sector público: de un lado, la posibilidad de excluir a los licitadores que realicen prácticas contrarias a la competencia y, de otro, la prohibición de contratar con licitadores que cometan infracciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Veamos algunos casos enjuiciados, u objeto de resolución por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con las situaciones y riesgos apuntados, en materia de contratación pública:

- Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-292/15, de 28 de febrero de 2018, tiene por objeto una demanda basada, entre otros extremos, en una supuesta ilegalidad a causa de la insuficiencia de supervisión de un procedimiento de licitación por parte de la entidad respectiva y la inexistencia de investigación relativa a un conflicto de intereses en favor de una de las sociedades miembro de un consorcio licitador, al haber participado un experto de la misma en la redacción de los términos de referencia de la licitación.

En particular, señala que existe un riesgo de conflicto de intereses en el supuesto de que se haya encargado a una persona la realización de trabajos preparatorios en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, el TGUE indica que hay que tener en cuenta que sólo 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, para lo cual 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.

Así mismo afirma que, aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, 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.



También, el TGUE recuerda que, dado que el poder adjudicador debe dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia 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 mismos.

En este sentido, la obligación de diligencia se impone necesariamente al poder adjudicador cuando dispone de información relativa a un riesgo de conflicto de intereses y debe, por lo tanto, determinar si ese riesgo es real o no. Por lo tanto, este Tribunal afirma que, dado 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 sólo puede adoptarse si el poder adjudicador puede tener la certeza de que el candidato no se encuentra en tal situación.

En efecto, el TGUE declara -sin pronunciarse sobre si en el caso concreto se produjo un conflicto de interés- que, dado que la entidad competente no examinó con cuidado, prudencia e imparcialidad todos los elementos que hubiesen permitido excluir con certeza la existencia de un conflicto de intereses en favor de una de las sociedades miembro de un consorcio licitador y cuestionar la existencia de un riesgo manifiesto de conflicto de intereses generado por la implicación de un experto de dicha sociedad en la redacción de los términos de referencia de la licitación, no podía tratar del mismo modo a todos los licitadores. En consecuencia, determina que constituye una violación del principio de igualdad y, por tanto, una violación de normas jurídicas que tienen por objeto conferir derechos a los particulares, habida cuenta de la gravedad de las consecuencias que un eventual conflicto de intereses puede tener para el resultado de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

- **Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 14/03/2019**, que sanciona a 15 empresas, así como a los directivos responsables, por formar varios cárteles para repartirse concursos públicos de infraestructura ferroviaria de ADIF. Junto con esta sanción, la CNMC activó por primera vez el procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración, por ilícitos contrarios a la competencia, prevista en el artículo 71.1.b LCSP, que se puede imponer tras una sanción firme, siendo la Junta Consultiva de Contratación Pública, la que establecería el período de prohibición para contratar en concursos públicos.

En este caso, **se ejecutaron varios cárteles para repartirse concursos públicos (bid rigging) convocados por ADIF** para adjudicar obras de infraestructuras ferroviarias. La Comisión excluyó de la prohibición a las empresas que se acogieron al programa de clemencia.

- **Sentencia 87/2019, de 20 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia**. Este caso forma parte de lo que se conoce como “trama de las asesorías” y afectó al “Consortio de Museos de la Generalitat Valenciana”. En esa ocasión, los acusados idearon un sistema para obtener de forma continuada el dinero público de esta entidad, adjudicándose servicios de asesoría mediante otras entidades que gestionan y controlan, sin seguir el procedimiento administrativo legalmente previsto, con la finalidad de eludir las exigencias derivadas de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2015**: En la práctica actual de los tribunales, el mero hecho de **vulnerar las reglas formales del procedimiento** de contratación ya puede constituir el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal:

“El alcalde, (...) el concejal de deportes (...) y el concejal de Urbanismo del mismo ayuntamiento procedieron, durante los años 2005, 2006 y 2007, a efectuar las adjudicaciones de contratos



consistentes en proyectos técnicos de arquitectura a la mercantil "P. SL", siendo su administrador único y representante legal el arquitecto, efectuándose dichas adjudicaciones inicialmente de forma verbal. De este modo, los citados tres acusados, en lugar de emplear alguna de las modalidades de adjudicación previstas en dicho Texto Refundido, procedían en todos los proyectos a adjudicarlos directamente al referido Arquitecto, y ello, dejando como única constancia documental del expediente la emisión de las facturas que elaboraba este último, los documentos contables para el pago y la aprobación de dicho pago en Junta de Gobierno, de forma similar a la prevista legalmente para el llamado "contrato menor".

- **Sentencia del Tribunal Supremo nº606/2016, de 7 de julio:** según los hechos probados, desde la consejería de una comunidad autónoma **se adjudica un empresario (que es compañero de partido) el suministro de miles de sillas** destinadas a varios ayuntamientos, mediante **contratos negociados sin publicidad, sin que la necesidad de compra hubiese sido suscitada por dichos organismos.** Además de condenarse por **prevaricación** (art. 404 del Código penal), la sentencia de instancia también condena por el delito de **fraudes** del art. 436 del Código penal. Por tanto, se habían cometido irregularidades "esenciales" en el procedimiento de contratación, para dar entrada a la arbitrariedad, el amiguismo y el clientelismo político, vulnerando el principio de concurrencia.

Seleccionamos asimismo jurisprudencia relevante en el ámbito de la Comunidad Valenciana (Extraída de "Radiografía de la Corrupción Pública (Jurisprudencia de los tribunales valencianos 1995-2018)")

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (nº 349/2018), de 19 de junio de 2018, Caso Emarsa.** a Entidad Metropolitana de Aguas Residuales, Sociedad Anónima (Emarsa) era una empresa pública creada por el Ayuntamiento de Valencia y 17 municipios del área metropolitana para gestionar la depuradora de Pinedo (Valencia) y el saneamiento de aguas residuales. El servicio prestado suponía más de 300.000 metros cúbicos que la ciudadanía costeaba en su factura del agua. Era propiedad el 46% del Ayuntamiento de Valencia, el 54% de otros consistorios vecinos, los cuales inyectaron 10 millones de euros en seis años. De igual modo, también aportaba fondos a su presupuesto la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas (Epsar), dependiente de la Generalitat Valenciana.

Como queda reflejado en la resolución analizada, **los condenados, prevaliéndose de su posición de dominio y control sobre las empresas públicas, diseñaron y ejecutaron de manera continuada un plan consistente en incrementar el precio unitario con el que Epsar financiaba el coste de la gestión agrícola de los lodos producidos en la estación depuradora.** Queda probado en la sentencia que **los condenados utilizaron los fondos obtenidos ilícitamente para su beneficio personal o de terceros cercanos,** plasmándose en la sentencia un extenso catálogo de viajes, compras lujosas, gastos de restauración, e incluso contratación de servicios de prostitutas. De acuerdo con la resolución, el desvío de los fondos era realizado de tres formas distintas: La primera, consistente en la **simulación de expedientes de contratación,** cuya resolución culminaba mediante la firma de un contrato que, posteriormente, les daría la cobertura para obtener un beneficio propio; la segunda, consistente en el **cobro de comisiones a través de la adjudicación de contratos a empresas constituidas por familiares** también acusados (por ej., el hermano de C.); finalmente, la tercera vía fue el **desvío de fondos por la retirada de lodo y desbaste, gracias a la connivencia entre los responsables de Epsar y Emarsa.** Toda esta trama no habría sido posible sin el apoyo de J.R, empresario encargado de emitir a Emarsa facturas simulando la prestación del servicio de lodos y desbaste al precio previamente aprobado por los responsables de las empresas públicas.



Se castiga a las personas mencionadas por un **concurso entre un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP y un delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP**. En este caso, queda probada la existencia de una actuación arbitraria por parte de los condenados, la cual servía en última instancia para obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito, a costa de bienes integrados en el erario público. El Tribunal Supremo, en octubre de 2020, ha ratificado las condenas de los acusados.

Téngase en cuenta que el impacto económico del Caso Emarsa está cifrado en **23.600.000€**, teniendo como consecuencia la privatización de la empresa, así como el aumento del recibo del agua para la ciudadanía que dependía de su suministro.

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (nº 2/2017), de 8 de febrero de 2017, Caso Fitur**. El presente caso constituye una de las piezas de la trama Gürtel, relativa a la adjudicación de contratos por parte de la Generalitat Valenciana, concretamente desde la Agencia Valencia de Turismo, a la mercantil O.M, S.L., constituida por los principales dirigentes de la trama, F C, P C, Á P, así como otras personas interpuestas en la mercantil. De acuerdo con la resolución, los hechos probados relatan las irregularidades cometidas por directivos y empresas de la trama Gürtel, de un lado, y por la Consejera de Turismo y otros funcionarios y técnicos pertenecientes a la Agencia Valenciana de Turismo, de otro, para **adjudicar los contratos para la concurrencia en ferias de turismo en las anualidades que van de 2005 a 2009 (ambas inclusive). Así, constituyeron la empresa O.M, que se relacionaba directamente con la Consejería y con las otras sociedades del entramado, y a quien se hacían las adjudicaciones**. La sentencia expone que las relaciones del grupo de empresas con la administración eran tan fluidas, antes y durante la adjudicación de los contratos, que **se produjo una “sustitución” de la Administración por las empresas de Gürtel, pues eran ellas las que confeccionaban y redactaban los contratos**, siempre admitidos por la Administración, realizaban los planos, e incluso diseñaban los criterios de valoración de las propuestas. Para todas las personas mencionadas se aprecia un delito de **prevaricación del art. 404 CP en concurso con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP**.

4.3. Subvenciones y urbanismo

En el ámbito de la **actividad de fomento**, la Comisión Europea ha señalado que: *“Existe un conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de una persona se ve comprometido por motivos relacionados con su familia, su vida sentimental, sus afinidades políticas o nacionales, sus intereses económicos o cualquier otro tipo de interés compartido con, por ejemplo, un solicitante de fondos de la UE”* [Comisión europea- Evaluación del Riesgo de Fraude y medidas contra el fraude eficaces y proporcionales – EGESIF_14-0021-00 16/06/2014]

En este campo los riesgos que pueden estar vinculados a situaciones de conflictos de interés son:

- i. abuso de concesión directa por interés público o social, fuera de los límites legales;



- ii. elevada permisividad al modificar las condiciones de resolución de concesión; Riesgo elevados porcentajes de subcontratación, que puede desvirtuar la idoneidad de los beneficiarios de las ayudas;
- iii. abusos en la fijación de sueldos excesivos con motivo de la financiación con fondos públicos de las ayudas;
- iv. subvencionar porcentajes muy elevados de los proyectos, sin la exigencia de un mínimo esfuerzo a los beneficiarios mediante aportaciones de recursos propios;
- v. financiación estructural de distintas organizaciones sin una definición de las actuaciones a desarrollar y de los objetivos a conseguir;
- vi. mantenimiento de las ayudas reiteradas en sucesivos ejercicios sin cumplimiento y/o acreditación de los objetivos, finalidad, utilidad o impacto de las actuaciones financiadas; no requerir reintegro en caso de insuficiente o falta de justificación de las subvenciones en caso de pagos anticipados.

Seleccionamos algunos **ejemplos**:

- Ser redactora de las bases reguladoras de la subvención o gestor/tramitador de la misma y tener un familiar directo que opta a ser beneficiario de dicha subvención;
- Informar favorablemente el pago de una subvención a un conocido sin verificar su efectiva justificación.
- Ser cargo electo (alcalde o conseller) y conceder subvenciones directas a las asociaciones benéficas que preside él o un familiar suyo.
- Falsear declaraciones responsables de cumplimiento de los requisitos exigidos a los proyectos para optar a ser subvencionados por fondos de la Unión europea.

En un caso muy recientemente analizado por la AVAF, que afecta al otorgamiento de una subvención directa a una entidad musical destinada a financiar parte de las obras de un auditorio se constata, entre otras irregularidades, la circunstancia que el presidente de esta asociación sin ánimo de lucro, es administrador solidario, junto con su hijo de la empresa a la que se adjudica parte de los trabajos de saneamiento del auditorio, por lo que la situación de conflictos de interés es evidente.

Es por ello que la AVAF, sin perjuicio de otras consideraciones, recomienda a la Conselleria que tramita las subvenciones que incluya en las bases de la convocatoria una cláusula que prohíba o module el conflicto de interés de la entidad beneficiaria con las personas que ejercen cargos directivos en la misma, y entidades participadas de manera directa o por familiares, siguiendo los procedimientos legalmente establecidos en la norma.

El conocido “caso Blasco”, es también un ejemplo claro de situación de obtención de lucro privado a costa de los fondos destinados a una materia tan sensible como son los proyectos de cooperación internacional, a través de una gestión arbitraria de la actividad de fomento.

Así, **la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (nº 4/2014), de 27 de mayo de 2014**, estudia la primera de las piezas de este caso. En este supuesto se estudia la conducta de una serie de funcionarios públicos y autoridades políticas ligados a la Conselleria de Inmigración y Ciudadanía de la Generalitat Valenciana, a la cabeza de éstos el Conseller de dicho ente público, R.B, acusados de un delito de malversación, un delito de prevaricación administrativa y un delito de tráfico de influencias.



Los hechos parten de la convocatoria por esta Conselleria de proyectos de cooperación internacional al desarrollo en red para organizaciones no gubernamentales. En el proceso de concesión de estos proyectos, se produce una manipulación en el procedimiento administrativo por parte del Conseller y destacados miembros de su gabinete, con la finalidad de otorgar los proyectos a una fundación concreta (C.), pese a las manifiestas deficiencias técnicas del proyecto presentado. Asimismo, no únicamente se conceden las ayudas a un proyecto deficiente, sino que para conceder dichas ayudas se altera la documentación presentada por la entidad proponente que no cumplía los requisitos para acceder a la convocatoria. Dicha entidad, beneficiaria de la simpatía de destacados miembros de la Conselleria investigados en este caso, quienes posteriormente también aceptan determinadas facturas aportadas en la fase de justificación del proyecto; todo ello con el objetivo de favorecer directamente a los miembros de la fundación a la cual se le otorga la subvención, quienes utilizan en beneficio propio caudales públicos destinados a los proyectos de cooperación internacional. A partir de este concurso de delitos, se le impone a R. B. una pena de 8 años de prisión y 20 años de inhabilitación absoluta. No obstante, cabe remarcar que dicha condena fue recurrida al Tribunal Supremo, reduciéndose la pena de prisión a 6 años y 6 meses de prisión, manteniéndose la inhabilitación absoluta.

En el ámbito urbanístico, destacan principalmente los siguientes riesgos de corrupción relacionados con el conflicto de interés:

- i. modificaciones legalizadoras de actuaciones ilegales en conflicto de interés;
- ii. reclasificaciones sin motivación suficiente de las necesidades públicas o sociales, sino atendiendo a intereses particulares de políticos o empleados con propiedades objeto de las mismas;
- iii. flexibilizar los controles previos y que no se produzcan inspecciones posteriores; “el caso de las actividades ilegales consentidas”;
- iv. elaboración de los informes técnicos “a dedo” a través de consultorías externas que “teledirijan la potestad de planeamiento hacia intereses particulares”;
- v. que se legalicen edificaciones/obras/actuaciones contrarias al planeamiento;
- vi. no atender los mecanismos de denuncia y acción popular cuando afecten a intereses propios o de conocidos del receptor de la denuncia;
- vii. no imposición y ejecución de las sanciones urbanísticas.

Veamos algunos ejemplos:

- Servidor público impulsa/aprueba la modificación de la edificabilidad y parámetros edificatorios “ad hoc” para legalizar la construcción de un ático de un conocido en sexta altura cuando ya había sido declarado ilegal por sentencia judicial firme por ser la altura máxima permitida de tres plantas en toda la manzana;
- Administrativo adscrito al área de urbanismo de Conselleria guarda en el cajón las sanciones hasta que prescriban para mantener en pie el chalet de su primo en la huerta;
- El caso del hotel en primera línea de playa
- El caso del Restaurante en medio de un paraje protegido

Algunos supuestos enjuiciados son:

-Sentencia 32/2017, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia, que condena al alcalde de una localidad por delito de prevaricación urbanística del artículo 320 CP.



El alcalde que, a su vez, es administrador único de una empresa de edificación, transmite las participaciones de esta mercantil a su hijo. Posteriormente esta mercantil construye viviendas en polígonos con la calificación de suelo no urbanizable común, amparándose en licencias otorgadas por el pleno del Ayuntamiento. Aún conociendo dicha prohibición, el alcalde votó favorablemente la concesión de dichas licencias.

- la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (nº304/2013) de 23 de mayo de 2013**; presenta el caso del concejal de urbanismo y contratación de un municipio alicantino, propietario de parte de una parcela que iba a ser urbanizada por el ayuntamiento. En el proceso de licitación para la presentación de proyectos por empresas mercantiles con el fin de explotar dicho terreno, **el concejal desarrolla diversas negociaciones con las empresas licitadoras, con el objetivo de aumentar el precio de venta de los terrenos**, para posteriormente vender la parcela de su propiedad ubicada en dichos terrenos. La SAP de Alicante de 23-5-2013 condena al imputado por el **delito de negociaciones prohibidas**, en la medida en que el propio concejal confiesa la realización de los hechos probados por la resolución. La condena se limita a una pena de multa 1.080€.

València, diciembre de 2020



Bibliografía



i OCDE (2004), “OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service”, in *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD Guidelines and Country Experiences*, OECD Publishing, París, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264104938-2-en>.

ii OCDE. «Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A Comparative Review». SIGMA Papers, num. 36. OCDE Publishing, 2005

iii Baena García, L., Folguera Fondevila, R., Garcia Muñoz, O., Miralles Higón, M. y Roca Safont, O. (2016) La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña. Colección Testimonis Parlamentaris, 39.

iv OECD (2020), *Manual de la OCDE sobre Integridad Pública*, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/8a2fac21-es>.

v Ver nota iii

vi Consejo de Europa. Informe de Evaluación de España. Quinta Ronda de evaluación. Adoptado por el GRECO en su 83ª sesión plenaria (Estrasburgo, 17-21 de junio de 2019).

vii Cerrillo Martínez, Agustín. El Registro de intereses de Cataluña. Medidas para la optimización de los registros de actividades y los registros de bienes patrimoniales. Oficina Antifrau de Catalunya.

viii Ver nota vii

