

Roger Folguera Fondevila

Jefe de Área Generalitat y Parlament de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Antifraude de Cataluña
 Funcionario del Cuerpo de Auditores de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña

La fiscalización de los conflictos de interés

RESUMEN/ABSTRACT:

Los conflictos de interés son un riesgo de corrupción presente en todas las organizaciones del sector público. El vigente marco normativo proporciona un conjunto de herramientas que, aunque con debilidades, permite gestionar los conflictos de interés. La recientemente aprobada Ley de contratos del sector público incide en la gestión de estas situaciones con un mandato específico a los órganos de contratación de prevenir, detectar y solucionar los conflictos de interés. La importancia de los órganos de control externo (OCEX) en la prevención y lucha contra la corrupción es ampliamente reconocida. Se propone que los OCEX incluyan en la planificación y ejecución de sus fiscalizaciones un trabajo específico y autónomo sobre el cumplimiento de la gestión de los conflictos de interés con el objetivo de reducir su riesgo de fiscalización y reducir, en definitiva, las oportunidades de corrupción.

Conflicts of interest are a risk of corruption present in all public sector organizations. The current regulatory framework provides a set of tools that, even though its weaknesses, allows management system of conflicts of interest. The recently approved regulation of Public Sector Procurement focuses on the management of these situations with a specific mandate for contracting authorities to prevent, detect and resolve conflicts of interest. The importance of external control bodies (OCEX) in preventing and fighting corruption is widely recognized. It is proposed that the OCEX include in the planning and execution of their activities a specific and autonomous compliance audit of the management of conflicts of interest, aiming to reduce their audit risk and eventually minimize the opportunities for corruption.

CONFLICTOS DE INTERÉS, DECLARACIÓN DE INTERESES, CORRUPCIÓN, MALA ADMINISTRACIÓN, FISCALIZACIÓN, INFORMACIÓN RELEVANTE
 CONFLICTS OF INTEREST, DECLARATION OF INTERESTS, CORRUPTION, MISMANAGEMENT, PUBLIC SECTOR AUDIT, RELEVANT INFORMATION

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

1. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS COMO RIESGO DE CORRUPCIÓN Y SU GESTIÓN¹

Los conflictos de interés son un riesgo de corrupción presente en todas las organizaciones públicas que deben ser gestionados para asegurar la imparcialidad de los servidores públicos y la objetividad en la consecución del interés general así como para preservar la confianza de la ciudadanía en las Instituciones. La ausencia o la inadecuación de la gestión de los conflictos de interés puede considerarse una manifestación de mala administración².

Nuestro ordenamiento no ofrece una definición transversal de conflicto de interés³ pero, a los efectos que aquí interesa, se puede considerar que una persona se encuentra en dicha situación cuando un interés particular legítimo (p. ej. una relación familiar o una participación accionarial) podría influir, o parecer que interfiere, en el ejercicio adecuado de su juicio profesional (p.ej. valorar una oferta en una licitación) en nombre de otra persona que legítimamente tiene el derecho a confiar en él (p. ej. la institución pública en la que presta servicios).

Esta definición incluye tanto los conflictos de interés reales en los que se puede encontrar un servidor público como los denominados potenciales y aparentes:

- a) El conflicto de interés real es la situación en la que un servidor tiene un interés particular en relación con un determinado juicio y se encuentra en la situación de tener que ofrecer dicho juicio (p. ej. el miembro de una mesa de contratación que debe valorar una oferta de una empresa en la que trabaja su hermano).
- b) El conflicto de interés potencial se da cuando el servidor tiene un interés particular que podría influir en su juicio profesional pero todavía no tiene que ofrecer dicho juicio (p. ej. el servidor público que, en ejercicio de su cargo, puede llegar a intervenir en decisiones que afecten a la empresa de la que es socio).
- c) El conflicto de interés aparente se da cuando, no existiendo un conflicto de interés ni real ni potencial, alguien podría concluir razonablemente que sí existe (p. ej. el miembro de la mesa de contratación que tiene los mismos apellidos que el administrador de la empresa adjudicataria sin mantener ninguna tipo de relación familiar).

A pesar de que en muchos casos de corrupción subyace previamente una situación de conflicto de interés, no deben confundirse ambos conceptos: mientras que el conflicto de interés es una situación en la que la mera existencia de un interés particular legítimo pone en riesgo la imparcialidad y la objetividad del profesional que ha de ofrecer el juicio (riesgo, por tanto, de corrupción), el acto de corrupción implica una acción u omisión voluntaria con el fin de obtener un beneficio particular ilegítimo mediante una decisión ya parcial o sesgada.

2. EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

El vigente marco normativo proporciona a las organizaciones públicas diversos instrumentos que permiten gestionar los conflictos de interés del personal a su servicio⁴. En atención a su finalidad principal, estos instrumentos o herramientas así como las medidas que, en ejercicio de la potestad de auto organización, puedan adoptar las organizaciones públicas, se pueden clasificar en herramientas de detección de intereses, herramientas para la gestión de intereses y herramientas para garantizar la eficacia de las anteriores:

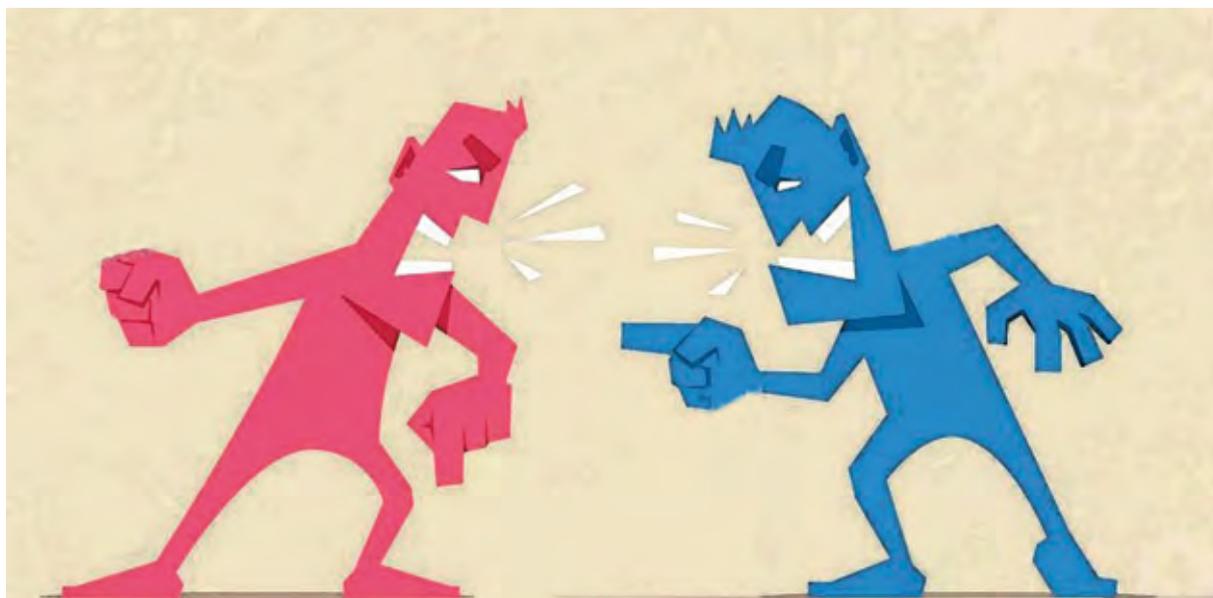
- a) Las herramientas de detección tienen por finalidad identificar intereses particulares que de manera efectiva, potencial o aparente están en conflicto con el deber profesional. Las declaraciones de intereses son la principal herramienta para la detección de intereses susceptibles de originar conflictos de interés para el relativamente reducido número de servidores públicos obligados a tales declaraciones. Con un alcance todavía menor, las comparencias parlamentarias previas al nombramiento (*hearings*) de determinados cargos públicos pueden utilizarse para revelar intereses particulares que potencialmente puedan generar conflictos en el ejercicio del cargo. Con carácter transversal, las medidas de transparencia y publicidad así como las acciones de sensibilización y formación ayudan a identificar y gestionar los intereses particulares de la forma más idónea. Por último, entre las medidas de tipo organizativo para la detección de intereses destacan las declaraciones responsables relativas a eventuales conflictos de interés en aquellos procedimientos específicos que así lo hayan establecido.

¹ Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en los *XII Encuentros técnicos de los OCEX* (Barcelona, septiembre 2017) como resultado de una adaptación parcial al ámbito de actuación de los OCEX del informe de la Oficina Antifraude de Cataluña sobre "La gestión de los conflictos de interés en el Sector Público de Cataluña".

² Cerrillo Martínez, A. (2013).

³ La vigente normativa tampoco ofrece una definición de corrupción ni de fraude.

⁴ Este conjunto de instrumentos normativos parece equivalente al de países de nuestro entorno pero, en general, estos tienen un mayor alcance cuanto a sujetos obligados, más incidencia en la detección de intereses pre cargo y control de los intereses post cargo y un régimen sancionador más severo, tal como se desprende del informe sobre "La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña".



- b) Las herramientas de gestión de intereses tienen la finalidad de eliminar el interés detectado que origina la situación de conflicto de interés cuando esto sea posible (p. ej. prohibición de determinadas actividades) o de evitar la influencia de este interés cuando no se puede eliminar (p.ej. relaciones personales). El deber de abstención es la única herramienta para la gestión de los conflictos de interés reales y, de hecho, es la última barrera para preservar la imparcialidad, que opera apartando la persona del proceso decisorio en un *numerus clausus* de supuestos. El control de segundas ocupaciones y otras fuentes de ingresos, regulado primordialmente a través del régimen de incompatibilidades, es la principal herramienta para la gestión de los conflictos de interés potenciales. Las políticas de regalos y otros beneficios tienen por objetivo establecer las obligaciones de los servidores públicos cuando estos se producen así como los procedimientos que deben seguir al respecto. El control de intereses post cargo de determinados servidores se refiere a las prohibiciones o limitaciones en las actividades posteriores al cese para evitar influencias indebidas en sus decisiones ante determinadas expectativas profesionales después de dejar el cargo público. Entre las medidas organizativas para la gestión preventiva de conflictos destaca la segregación de funciones para evitar conflictos de intereses originados en el ámbito profesional (p. ej. el servidor que define la necesidad de contratar y participa en la valoración de las ofertas) y la rotación del personal en posiciones de trato habitual con
- contratistas, perceptores de subvenciones u otras ayudas públicas, e incluso con patrocinadores.
- c) Las herramientas de garantía del eficaz cumplimiento de las herramientas de detección y de gestión, actúan mediante la detección, comunicación y sanción de los incumplimientos. El derecho de recusación permite a los interesados en un procedimiento la posibilidad de apartar a una persona que interviene en dicho procedimiento cuando está afectada por uno de los conflictos de intereses reales previstos en el régimen de abstención. Los canales de denuncia (de *whistleblowing*) permiten vehicular eventuales alertas de actos o conductas que supongan incumplimientos de las herramientas de detección y de gestión. Los órganos de control interno ejercen funciones de gestión y de inspección con capacidad sancionadora en materia de conflictos de interés, mientras que los órganos de control externo son competentes para revisar el cumplimiento de la legalidad en la gestión de los conflictos de interés aunque sin capacidad sancionadora. Finalmente, el régimen sancionador, como cierre de eficacia del sistema, supone la reacción administrativa o penal ante los incumplimientos legales en este ámbito.
- Resulta ilustrativo considerar el conjunto de herramientas y medidas expuestas de forma coordinada y clasificadas en atención a su finalidad, pues permite visualizar la existencia de un sistema para la gestión de conflictos de interés (véase el esquema del sistema en el Gráfico 1).

Gráfico 1: Esquema del sistema de gestión de conflictos de interés



3. LA LEY DE CONTRATOS Y LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Merece especial mención la introducción en la Ley de contratos del sector público⁵ de un aparentemente novedoso mandato a los órganos de contratación relativo a la lucha contra la corrupción y en la prevención de los conflictos cuasi reflejo del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE. Se establece que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. A estos efectos, el concepto de conflicto de interés 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.

Es fundamental destacar que la definición de conflictos de interés a los efectos de la ley de contratos incluye de forma amplia tanto los conflictos de interés reales como los potenciales y los aparentes, quedando así desbordada la clásica regulación del deber de abstención

que, como ya se ha dicho, se circunscribe a determinados supuestos de situaciones de conflictos de interés reales y cuya interpretación jurisprudencial ha sido siempre restrictiva.

Paradójicamente, dicha definición ha excluido a los proveedores de servicios de contratación que actúen en nombre del poder adjudicador, expresamente incluidos en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, los cuales no son inmunes a los conflictos de interés y merecen, como mínimo, un artículo específico a tenor de las debilidades identificadas en este tipo de externalizaciones.

En cualquier caso, el nuevo mandato de prevención de los conflictos de interés, que va más allá de la prohibición de contratar, va a comportar necesariamente un mayor rigor en el cumplimiento de las distintas herramientas que configuran el vigente sistema de gestión de conflictos así como una mayor exigencia en el control de su cumplimiento.

4. DEBILIDADES NORMATIVAS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS

Antes de abordar el papel de los OCEX en el control de la gestión de los conflictos de interés, por su particular incidencia tanto en el ámbito de la gestión como en el del control, resulta pertinente detenerse brevemente ante tres de las mayores debilidades de su regulación: la elevada fragmentación y dispersión normativa, la falta de respuesta sancionadora ante determinados incumplimientos y las lagunas en su ámbito subjetivo de aplicación.

⁵ No publicada en el Boletín Oficial del Estado a fecha de cierre del presente artículo.

a) La normativa reguladora de los conflictos de interés presenta tal nivel de fragmentación y dispersión que resulta difícil su conocimiento y aplicación; casi todas las herramientas antes expuestas están reguladas por leyes distintas, a las que se deben sumar las leyes que establecen excepciones y referencias cruzadas. Esta característica se puede ejemplarizar con el caso estudiado del sector público en Cataluña (Generalitat, Entes locales y Universidades públicas) en el que existen no menos de 15 leyes (7 estatales y 8 autonómicas) que de un modo u

otro inciden en la gestión de los conflictos de interés, situación que se reproduce, con toda probabilidad, en otras comunidades autónomas. Destaca, en este ejemplo, el caso de los cargos electos locales los cuales, para gestionar sus eventuales conflictos de interés, deben tener en cuenta hasta 9 leyes (6 estatales y 3 autonómicas) todas ellas de aplicación parcial en este ámbito (véase la relación de estas leyes en la Tabla 1, en la que se incluye, además, la situación del resto de colectivos al servicio de la corporación).

Tabla 1: Leyes relacionadas con la regulación de los conflictos de interés en el ámbito local de Cataluña

Leyes estatales y autonómicas	Cargos electos	Personal directivo local	Habilitados estatales (libre designación)	Personal al servicio
Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público	● Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	● Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	● Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	● Arts. 23 y 24 Abstención y recusación
Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general	● Arts. 6, 171 i 178 Incompatibilitats i incompatibilitats			
Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local	● Art. 15.1 Declaraciones	● Art. 15.1 Declaraciones	● Art. 15.1 Declaraciones	
Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado	● Arts. 11 Actividades post cargo	● Arts. 11 Actividades post cargo		
Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas	● Art. 3 Incompatibilitats		●	●
Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público		● Arts. 22 a 24 Còdigi conductes	● Arts. 22 a 24 Còdigi conductes	● Arts. 22 a 24 Còdigi conductes
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno	● Arts. 22 a 27 Bona govern	● Arts. 22 a 27 Bona govern		
Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya	● Art. 163 Registru de interessos			
Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat	● Art. 1 Incompatibilitats		●	●
Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern	● Arts. 24 a 27 Bona govern	● Arts. 24 a 27 Bona govern		

Nota: respecto a cada uno de los colectivos y en relación a la gestión de los conflictos de interés: ● significa que toda la ley es aplicable y ● significa que solo los artículos señalados son de aplicación.
Fuente: Elaboración propia.

b) La falta de respuesta sancionadora o la sanción no proporcional ante determinados incumplimientos, tanto en la esfera administrativa como en la penal, es otra de las grandes debilidades del sistema (p. ej. la escasa sanción de la ocultación de un interés en las declaraciones de intereses, o ante la falta de solicitud de autorización de una segunda actividad). Esta situación provoca una percepción de impunidad que conlleva una escasa capacidad disuasoria del sistema y reduce drásticamente su eficacia preventiva.

c) Finalmente, se constata la existencia de cargos con una relevante intervención en los procesos decisivos públicos que quedan al margen del régimen de gestión de conflictos de interés, ya que la vinculación a dicha normativa se establece estrictamente en relación al cargo o puesto de trabajo público que se ocupa; por ejemplo, no están sometidos a ningún régimen administrativo de conflictos de interés, por no ocupar cargo o puesto de trabajo público, las personas que ejercen funciones de

arquitectos “municipales” mediante contrato de servicios⁶ o los consejeros independientes de sociedades públicas sin ninguna relación de servicio administrativa o laboral con el sector público⁷. También existen relevantes funciones públicas al margen del régimen de gestión de conflictos de interés como es el caso de los ya señalados proveedores de servicios de contratación.

5. LOS OCEX ANTE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

La necesidad de que los OCEX participen en el control del cumplimiento del sistema de gestión de conflictos de interés, entendidos éstos como un riesgo de corrupción, parece incuestionable en atención a su reconocida importancia en la prevención y lucha contra la corrupción⁸.

De aquí, la propuesta de que los OCEX incluyan ordinariamente en la planificación y ejecución de las fiscalizaciones la revisión global del sistema de gestión de conflictos de interés de las entidades fiscalizadas, superando, de este modo, la aplicación de procedimientos de auditoría específicamente dirigidos a determinar de forma puntual las circunstancias y posibles efectos en los estados financieros así como los eventuales incumplimientos normativos ante la detección de un caso particular de conflicto de interés.

El trabajo de fiscalización que se propone requiere que la planificación y el diseño de procedimientos específicos de fiscalización tenga muy en cuenta tanto los factores de riesgo inherentes y de control interno de las entidades fiscalizadas como las debilidades normativas del sistema antes expuestas, con el objetivo de minimizar el riesgo de detección y, en definitiva, el riesgo de fiscalización.

Entre los factores de riesgo de entidad inherentes cabe destacar la misma actividad de las entidades fiscalizadas en las áreas clásicas de riesgo como son la contratación pública, las subvenciones y el urbanismo, en las que el riesgo de incumplimiento de las herramientas de gestión de los conflictos de interés es más elevado. El incentivo para ocultar un interés particular que podría interferir en el juicio profesional es superior en estas áreas debido a la gran cantidad de recursos que movilizan y, en el caso particular del urbanismo, a las elevadas plusvalías que se pueden generar.

Son también factores de riesgo inherente, de tipo organizativo y procedimental, la inadecuada segrega-

ción de funciones, la discrecionalidad injustificada en la toma de decisiones, el bajo grado de rendición de cuentas y de transparencia en la gestión. Así mismo, el factor humano es un factor de riesgo muy relevante debido a la escasa sensibilización de las personas para reconocer y responder adecuadamente ante el conflicto entre un interés particular legítimo y el deber profesional.

En lo que se refiere a los factores de riesgo de control interno, la ausencia o ineficacia de los controles internos en la detección y gestión de los conflictos de interés es el más grave pero también el de más fácil comprobación en una fiscalización. La percepción de un bajo clima de control conecta con la falta de respuesta sancionadora ante los incumplimientos normativos en este ámbito y con la consecuente percepción de impunidad en caso de infracción.

El resultado de todos estos factores es un bajo compromiso en el cumplimiento de las distintas herramientas del sistema de gestión de conflictos de interés (p.ej. bajo nivel de presentación de declaraciones de intereses por cese o bajo nivel de solicitud de autorización de segundas ocupaciones) que aumenta, en definitiva, el riesgo de entidad en todos sus ámbitos de actividad.

Habida cuenta de todo lo anterior, el riesgo de detección debe minimizarse no solo diseñando procedimientos específicos para la revisión de la regularidad del sistema de gestión sobre la base de la valoración de los distintos factores de riesgo de entidad sino asignando también a ese trabajo personal cualificado con formación suficiente y, por supuesto, disponer y trabajar con información relevante y veraz.

Los cuestionarios son la herramienta válida para obtener información sobre el funcionamiento y los procedimientos de la entidad así como de las debilidades que puedan existir en el control interno. Algunos ejemplos de preguntas para un posible cuestionario: ¿El Pleno de la corporación ha aprobado modelos de declaración sobre causas de posibles incompatibilidades y sobre cualquier actividad que proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos? ¿Se requiere a los sujetos obligados la presentación de declaraciones no presentadas en los plazos legales? ¿Se realiza algún tipo de comprobación de veracidad y completitud de la información contenida en las declaraciones presentadas? ¿Se verifica si los empleados de la entidad desarrollan actividades privadas no autorizadas cuando así sea necesario? ¿Qué tipo de comprobaciones se realizan al respecto?

⁶ La asignación de funciones reservadas a funcionarios públicos a personal externo y ajeno a la función pública supone eludir el control del poder público reservado al derecho administrativo y puede constituir delito de usurpación de funciones públicas.

⁷ En este caso, al margen de eventuales remisiones estatutarias, se debe recurrir a la normativa mercantil para encontrar alguna regulación sobre conflictos de interés la cual persigue objetivos no perfectamente coincidentes con los públicos.

⁸ Importancia ya reconocida legalmente en los casos del Consello de Contas de Galicia y de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

Con esta información y los antecedentes conocidos, el diseño y aplicación de pruebas específicas para cada una de las herramientas del sistema de gestión permitiría obtener las mejores evidencias sobre la regularidad de la gestión de los conflictos de interés en la entidad fiscalizada (p. ej. cotejar la veracidad y completitud de la información contenida en todas o algunas de la declaraciones presentadas por los sujetos obligados, o rastrear las posibles pluriocupaciones de las personas al servicio de la entidad así como examinar sus eventuales autorizaciones).

6. DISPONIBILIDAD DE INFORMACIÓN RELEVANTE

Cualquier tipo de control que se proyecte sobre el regular cumplimiento de la gestión de los conflictos de interés requiere la mayor disponibilidad de información relevante. Esta disponibilidad es especialmente importante cuando ha mediado ánimo de ocultación del interés particular en conflicto.

En este sentido, es clave normalizar el acceso no solo a la información de los registros administrativos (fundaciones, asociaciones, cooperativas, etc.), civiles, mercantiles y de la propiedad, y a la de sus equivalentes internacionales, sino también a la información tributaria y la de la seguridad social. Interesa especialmente el

BIBLIOGRAFÍA

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

Cerrillo Martínez A. (2013) Aproximación a la integridad en la contratación pública. Aranzadi Insignis, BIB 2013\16146

acceso a la información contenida en el Índice Único Informatizado Notarial pues puede facilitar datos altamente relevantes sobre operaciones que no son de obligada inscripción en los registros antes relacionados (p. ej. compraventa de acciones o participaciones sociales).

Poner a disposición de los órganos de control no jurisdiccionales toda esa relevante información es un desiderátum que pasa, en algunos casos, por importantes modificaciones legales que se pueden justificar en el marco de una decidida política de lucha contra la corrupción.

7. REFLEXIÓN FINAL

Por todo lo expuesto, defendiendo la necesidad de que las fiscalizaciones de los OCEX incluyan la revisión del cumplimiento del sistema de gestión conflictos de interés, instando, en su caso, las modificaciones normativas necesarias para acceder a todo tipo de información relevante, con el doble objetivo de evaluar si la entidad examinada gestiona conforme a norma dichos conflictos y reducir, consecuentemente, el riesgo de fiscalización; así como contribuir a la eficacia del sistema de gestión reduciendo, en definitiva, las oportunidades de corrupción.