

AUDITORÍA PÚBLICA

REVISTA DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE CONTROL EXTERNO • N.º 77



**Historia parcial sobre fiscalización
y descentralización en el 90 aniversario de la II República**

**Fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género
en los presupuestos públicos**

**Aplicación del modelo de gestión de riesgos del Consejo de Contas
para el control financiero de las entidades locales: un ejemplo práctico**

ASOCEX

ASOCIACIÓN DE ÓRGANOS
DE CONTROL EXTERNO AUTONÓMICOS

AUDITORÍA PÚBLICA

REVISTA DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE CONTROL EXTERNO ■ N.º 77

- CONSEJO EDITORIAL** Asun Olaechea Estanga / Jaume Amat i Reyeró / Vicent Cucarella Tormo / José Antonio Redondo López / Jose Luis Bilbao Eguren / Carmen Núñez García / Pedro Pacheco González / Carlos Salgado Pérez / Joan Rosselló Villalonga / Mario Amilivia González / Roberto Fernández Llera / Alfonso Peña Ochoa.
- CONSEJO DE REDACCIÓN** Fermín Erbiti - Cámara de Comptos de Navarra / Nafarroako Kontuen Ganbera / Rafael Morales - Sindicatura de Comptes de Catalunya / Edgar Thinner - Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana / Ulpiano Villanueva - Consello de Contas de Galicia / Ana Helguera - Herri-Kontuen Euskal Epaitegia / Tribunal Vasco de Cuentas Públicas / Francisco Socorro - Audiencia de Cuentas de Canarias / María Sonsoles Rodríguez - Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid / Catalina Crespi - Sindicatura de Comptes de les Illes Balears / José Ignacio Gil - Consejo de Cuentas de Castilla y León / Teresa Cembranos - Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias / Carmen Rivas - Cámara de Cuentas de Aragón.
- DIRECTOR-COORDINADOR** Carlos Castelló - Cámara de Cuentas de Andalucía
- EDITA** Asociación de Órganos Autonómicos de Control Externo - ASOCEX
- REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN** Cámara de Cuentas de Andalucía - c/. Don Fadrique, s/n. Hospital de las Cinco Llagas - 41009 Sevilla
Tel: 955 009 618 - Fax. 955 009 646 - <http://www.auditoriapublica.com> - e-mail: carlos.castello@ccuentas.es
- DISEÑO Y MAQUETACIÓN** 4tintas - Sevilla - 4tintas@4tintas.es
- IMPRESIÓN** EGONDI Artes Gráficas
- DEPÓSITO LEGAL** BI-954-95
- ISSN** 1136-517 X

Los originales recibidos en la redacción de esta revista son sometidos, para su publicación, a la evaluación de especialistas en cada una de las materias. *AUDITORÍA PÚBLICA* no se hace responsable de la opinión de sus colaboradores, ni se identifica necesariamente con los criterios expuestos en sus artículos o trabajos publicados. El Consejo Editorial se reserva el derecho de publicar los textos que le envíen, atendiendo a criterios de rigor y disponibilidad de espacio. Ningún artículo puede ser reproducido, total o parcialmente en cualquier forma o por cualquier medio, sin autorización escrita del autor.

La revista podrá incluir los originales enviados para su publicación en su edición electrónica www.auditoriapublica.com.

PRESENTACION	5
AUDITORÍA Y GESTIÓN DE LOS FONDOS PÚBLICOS	7
Historia parcial sobre fiscalización y descentralización en el 90 aniversario de la II República Roberto Fernández Llera	7
Fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en los presupuestos públicos Antonio M. López Hernández y Laura Romero Ramos	17
Auditores de algoritmos Enrique Benítez Palma	33
Aplicación del modelo de gestión de riesgos del Consello de Contas para el control financiero de las entidades locales: un ejemplo práctico Ulpiano L. Villanueva Rodríguez	47
Control de la Gestión Pública después de la pandemia. Un enfoque global de la auditoría postcovid Luis Barrio Tato	59
La implementación de los objetivos de desarrollo sostenible en las entidades locales. La clasificación del presupuesto por ODS y metas. Aplicación de la evaluación de programas y políticas públicas en materia de ODS por parte de las instituciones de control externo Inmaculada Grajal Caballero, Victoria del Río Casas y Eladio Ruíz de Navamuel Martín	73
La influencia de los factores emocionales en el control interno de las Administraciones Públicas Sandra Barrio Carvajal	87
LEGALIDAD	101
La función motivadora de los órganos colegiados en las resoluciones de ayudas y subvenciones en concurrencia competitiva José Antonio Arratibel Arrondo	101
Prácticas colusorias y ofertas coordinadas de empresas en la Ley de Contratos del Sector Público Rosario Paloma Rodríguez Pérez y Florencio Larrea Villaroya	123
El enriquecimiento sin causa en la Ley de Finanzas de Cantabria: un análisis crítico Alfonso Luis Blanco Higuera	137
El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva la Ley de Contratos del Sector Público M.ª José Santiago Fernández	145
BIBLIOTECA	158

Normas básicas para la preparación de originales para la Revista Auditoría Pública

1. Las personas que deseen colaborar en la revista Auditoría Pública deberán enviar sus artículos por correo electrónico a: carlos.castello@ccuentas.es
2. Los trabajos remitidos podrán estar redactados en castellano o en inglés y deberán contener material no publicado ni presentado para su publicación en ningún otro medio de difusión.
3. Los originales serán sometidos, para su publicación, a la evaluación de especialistas en cada una de las materias.
4. Los autores de originales aceptados deberán ceder antes de su publicación los derechos de explotación y copia de sus artículos. Esta cesión de derechos tiene por finalidad la protección del interés común de autores y editores.
5. Los originales deberán presentarse a doble espacio, cuerpo 12, con un máximo de 30.000 caracteres, incluyendo resumen, palabras claves y bibliografía. Se deberán ordenar de la siguiente manera: página con título y filiación, resumen de entre 150 y 250 palabras (en español y en inglés), 5 descriptores o palabras claves, texto, apéndices, notas enumeradas correlativamente y consignadas a pie de página, referencias, tablas y gráficos. Las páginas deberán numerarse correlativamente, ocupando cada uno de los cuadros y gráficos, cualquiera que sea su tamaño, una página independiente.
6. Las referencias bibliográficas aparecerán en el texto con el nombre del autor seguido del año de publicación entre paréntesis (distinguiendo a, b, etc., si hay varias que correspondan al mismo autor y año: por ejemplo, Arrow (1962a)). Las referencias completas se recogerán al final del trabajo de acuerdo con el formato establecido. Como referencia se aplicará los establecido en el sistema de Referencias Bibliográficas de la American Psychological Association.

Nota: Los originales que se publiquen en la Revista podrán incluirse también en la edición electrónica de la misma dentro de la página de Internet www.auditoriapublica.com

Más información sobre las normas de publicación en la página web de la revista www.auditoriapublica.com

PRESENTACIÓN

Como podrán observar, el número 77 de la revista tiene un nuevo diseño que esperamos sea del agrado de nuestros lectores.

La sección **AUDITORÍA Y GESTIÓN DE LOS FONDOS PÚBLICOS** se abre con un artículo de **Roberto F. Llera**, Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, que analiza el papel del Tribunal de Cuentas durante la II República, conectándolo con el actual período democrático y sus aspectos territoriales; desde la Cámara de Cuentas de Andalucía, **Antonio M. López y Laura Romero** analizan el cumplimiento de la perspectiva de género en los presupuestos públicos de la Cuenta General de la Junta de Andalucía; **Enrique Benítez**, economista, propone una revisión a la documentación disponible sobre la auditoría de algoritmos, y alerta sobre el papel secundario que puede corresponder al control externo si no da un paso adelante en este territorio; **Ulpiano Villanueva**, Consello de Contas de Galicia, nos muestra, desde un punto de vista práctico, cómo aplicar la metodología del modelo de gestión de riegos de esta institución para la elaboración de los planes de control financiero de las entidades del sector público local; el economista-auditor **Luis Barrio**, en un artículo de máxima actualidad, reflexiona sobre el control de la gestión pública después de la pandemia; **Inmaculada Grajal, Victoria del Río y Eladio Ruíz de Navamuel**, Diputación de Palencia, partiendo de la Agenda 2030 y la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2015, analizan la relevancia de implicar a los gobiernos locales en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible; desde la Cámara Cuentas de Andalucía nos llega el artículo de **Sandra Barrio** sobre la influencia de los factores emocionales en el control interno de las administraciones públicas.

El apartado de **LEGALIDAD** se abre con la colaboración de **José Antonio Arratibel**, Oficina de Control Económico del Gobierno Vasco, que analiza la función motivadora de los órganos colegiados en las resoluciones de ayudas y subvenciones en concurrencia competitiva; Rosario Paloma Rodríguez, Consejo de Cuentas de Castilla y León, y **Florencio Larrea**, Gobierno de La Rioja, exponen el marco normativo actual que en materia de defensa de la competencia y de contratación pública regula la prohibición de prácticas colusorias y el margen de maniobra de la mesa y el órgano de contratación en esta materia; el asesor jurídico del gobierno de Cantabria **Alfonso Luis Blanco** nos envía un análisis crítico referente al enriquecimiento sin causa en la ley de finanzas de Cantabria; terminamos con el artículo titulado “El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva ley de contratos del sector público”, escrito por **María José Santiago** del Grupo Tragsa.

Esperamos que todas estas colaboraciones les resulten de gran interés.



Historia parcial sobre fiscalización y descentralización en el 90 aniversario de la II República

Roberto Fernández Llera

Síndico mayor de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
Acreditado como profesor titular de universidad

Resumen: La Constitución republicana de 1931 consagró el control externo y la censura de las cuentas públicas al más alto nivel normativo, algo que no ocurría en España desde la Constitución de 1812. El articulado recogía con nitidez la institución del Tribunal de Cuentas de la República como órgano fiscalizador, dependiente de las Cortes y no del Gobierno. Entre sus funciones estaba la de conocer y aprobar "las cuentas del Estado". Sin embargo, esta institución adolecía de un adecuado encaje con el modelo territorial que se estaba construyendo, en especial con relación a las nacientes regiones autónomas. El Estatuto de Autonomía de Cataluña (1932) y la Ley relativa al Tribunal de Cuentas de la República (1934) clarificaron algo este diseño que, sin embargo, fue interrumpido por el golpe de Estado de 1936 y la Guerra Civil, para ser virado por completo durante la larga dictadura franquista. La Constitución de 1978 es deudora de aquella otra de 1931 en esta materia, así como de la Declaración de Lima (1977), norma fundamental de las instituciones fiscalizadoras superiores. Los retos persisten, pero la historia siempre es un excelente banco de pruebas y enseñanzas.

Palabras Clave: España, II República, fiscalización, Tribunal de Cuentas, federalismo.

Abstract: The Republican Constitution of 1931 enshrined external control and censorship of public accounts at the highest regulatory level, something that has not happened in Spain since the Constitution of 1812. The articles clearly included the institution of the Court of Auditors of the Republic as a supreme audit institution, dependent on the Spanish Parliament and not on the Government. Among its functions was to know and approve "the accounts of the State". However, this institution was born without an adequate fit with the territorial model that was being built, especially in relation to the emerging autonomous regions. The Statute of Autonomy of Catalonia (1932) and the Law on the Court of Auditors of the Republic (1934) somewhat clarified this design, which, however, was interrupted by the 1936 coup d'état and the Civil War, to be reversed pro complete during the long Franco dictatorship. The 1978 Constitution is indebted to that of 1931 in this matter, as well as the Declaration of Lima (1977), a fundamental rule of the supreme audit institutions. Challenges persist, but history is always an excellent test bed and lesson.

Keywords: Spain, II Republic, public auditing, Supreme Audit Institution, federalism.



1. Introducción

Se acaban de cumplir 90 años de la proclamación de la II República, desafiada en 1936 por un golpe de Estado y derrotada tres años después, tras una cruenta Guerra Civil, a la que seguirían casi cuatro décadas de dictadura. Entre los logros democráticos de aquel periodo republicano debe anotarse el refuerzo institucional del Tribunal de Cuentas, mediante su reconocimiento constitucional, el fortalecimiento de su independencia técnica y la ampliación de sus competencias fiscalizadoras y jurisdiccionales.

Desde un enfoque territorial, el estado integral republicano esbozó un diseño inédito en la Historia de España para intentar encauzar una cuestión política de largo recorrido, tradicional fuente de disputas políticas, comerciales y financieras. Buscaba huir de fracasadas experiencias de fundamento jacobino o cantonalista, algunas de infausto recuerdo. La Constitución de 1931 desbrozaba la senda de una descentralización efectiva del poder político y de la gestión pública, si bien en un primer momento partía de un sustrato asimétrico, puesto que el modelo estaba concebido solo para unas pocas regiones autónomas, singularmente, Cataluña y el País Vasco.

El objetivo de este trabajo es analizar sucintamente el papel del Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador durante la II República, conectándolo con el actual periodo democrático que se inició tras el final de la dictadura franquista, pero, sobre todo, con sus aspectos territoriales. En la sección 2 se describe el periodo republicano, con especial detenimiento en uno de los episodios más decisivos -a estos efectos- del debate constitucional. La sección 3 enlaza el análisis con el actual periodo democrático. En la sección 4 se repasan los grandes desafíos que deben seguir afrontando las instituciones de control externo para su legitimación democrática. Una última sección cierra el trabajo con una breve reflexión.

2. Una crónica del debate

La Constitución de 1931 definía la República en su artículo primero como “un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones”. En materia de control externo, el Tribunal de Cuentas de la República (en adelante, TCR) se regulaba con carácter sucinto en el Título VIII, relativo a la Hacienda pública, principalmente en dos de sus artículos¹.

1. También en un tercero, el 119, pero exclusivamente sobre la censura de la Caja de amortización.

En primer lugar, el artículo 109 señalaba que “las cuentas del Estado se rendirán anualmente y, censuradas por el Tribunal de Cuentas de la República, éste, sin perjuicio de la efectividad de sus acuerdos, comunicará a las Cortes las infracciones o responsabilidades ministeriales en que a su juicio se hubiere incurrido”.

Por su parte, el artículo 120 configuraba la clave de bóveda del TCR, ya que consagraba su relevancia constitucional, y lo definía como el órgano fiscalizador de la gestión económica, establecía su dependencia directa de las Cortes y desplegaba el ejercicio de sus funciones por delegación de ellas en el conocimiento y aprobación final “de las cuentas del Estado”. La Constitución también remitía a una ley especial la regulación de la organización, la competencia y las funciones del TCR, al tiempo que se señalaba al Tribunal de Garantías Constitucionales como el árbitro supremo de eventuales conflictos con otros organismos de la República. Debe destacarse que la Constitución de 1931 es la primera desde la “Pepa” de 1812 (artículo 350) que eleva el supremo órgano fiscalizador a ese rango, con la creación en aquel momento de una Contaduría Mayor de Cuentas (Martínez Pérez, 2008).

La Constitución republicana, para lograr el consenso, no llegó finalmente a especificar nada sobre el alcance fiscalizador del TCR sobre las cuentas de las regiones autónomas y de los municipios, aunque para llegar a este resultado se sucedieron antes unos acalorados² debates en las Cortes, con el telón de fondo de la naturaleza delegada o sustantiva de la autonomía regional.

Unos pocos días antes de la solemne aprobación definitiva, el 9 de diciembre de 1931, el debate plenario del 25 de noviembre había comenzado en este punto con la propuesta elevada por la Comisión de Constitución, presidida a la sazón por el diputado socialista Luis Jiménez de Asúa³. Para el artículo 116 (que finalmente sería el mentado 120), dicha comisión proponía al Pleno que el TCR pudiese conocer y aprobar “las cuentas del Estado, regiones autónomas y demás organismos de la República”, aunque nada decía explícitamente de los municipios ni de las diputaciones provinciales. Este enfoque regional de la fiscalización era la única diferencia sustantiva con respecto al texto que después sería aprobado⁴.

El diputado Pere Coromines i Montanya, del grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Cataluña, defendió

una enmienda contraria porque entendía ese redactado propuesto como “un retroceso en ese camino de autonomía que han querido señalar los artículos primero y siguientes de la Constitución”. En nombre de la Comisión de Constitución le contestó el diputado Juan Castrillo Santos, del Partido de Derecha Liberal Republicana, afirmando que “no frena en poco ni en mucho la soberanía de Cataluña el hecho de que el Tribunal de Cuentas de la República corrija las posibles deficiencias de esas cuentas de Cataluña o de cualquier otra región, por la misma razón que va a corregir las cuentas de la Administración española, que es una zona más amplia, más extensa de la soberanía del Estado”. Y ante lo que Castrillo calificaba como argumento “sofístico” de Coromines respecto al supuesto “desorden” que era el trabajo del TCR (luego matizado por este para referirse solo a la fiscalización de los municipios), respondía como portavoz de la Comisión con la aspiración de que el TCR fuese “un organismo eficiente, eficaz, auténticamente fiscalizador”. El debate entre ambos oradores continuó sobre la naturaleza -delegada o no- de la gestión regional y la consecuente censura de sus cuentas por el TCR, incluso si merecían diferencias de trato los “países de fuero” y los “países de autonomía”, como llegó a decir el republicano catalán, respondiendo al diputado derechista. Tercieron otros diputados, caso de Mariano Ansó Zunzarren (Acción Republicana) y Emilio Azarola Gresillón (Partido Republicano Radical Socialista), preocupados por el fuero navarro. O el republicano independiente Ángel Ossorio y Gallardo, planteando incluso que el mismísimo parlamento también debería rendir sus cuentas al TCR. Jerónimo Gomáriz Latorre (Partido Republicano Radical Socialista) se interesaba por las empresas públicas, participadas o concesionarias de servicios públicos. El propio Luis Jiménez de Asúa, como presidente de la Comisión de Constitución, toma la palabra entonces para integrar todas esas aportaciones y ampliar el alcance fiscalizador del TCR a “las cuentas del Estado, regiones autónomas, régimen estatutario y demás organismos de la República que manejen fondos estatales”.

Volviendo sobre la autonomía regional, el diputado Martí Esteve i Guau (Partido Catalanista Republicano) se oponía frontalmente a la interpretación de Castrillo sobre la autonomía delegada para las regiones y resumía su oposición a la fiscalización de sus cuentas por el TCR diciendo que “si los municipios y diputaciones no han de rendirlas, con muchísima

2. Y con absoluta corrección y elevado decoro, aspectos que conviene hoy destacar.

3. Todas las referencias literales de esta sección están extraídas del *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, del 25 noviembre de 1931 (disponibles en www.congreso.es).

4. En realidad, había otra disimilitud técnico-nominal, aunque irrelevante en el fondo, ya que el proyecto refería a la dependencia “del Parlamento” y la Constitución recogió finalmente “de las Cortes”.

menos razón las deben rendir las regiones autónomas". Admitía este diputado catalán la futura competencia del TCR para fiscalizar los impuestos compartidos entre el Estado y la región autónoma, pero se oponía con fuerza a esa misma competencia fiscalizadora cuando se trata de impuestos que cobran las regiones autónomas, aunque los cobre el Estado en otras regiones con autonomía. El diputado Manuel Cordero Pérez (PSOE) le daría la razón luego en este mismo punto.

Ossorio y Gallardo retoma el uso de la palabra para afianzar su anterior reflexión general y concretar la fiscalización del TCR a "las cuentas del Estado" y -añade- las "de todos los organismos públicos en que el Estado tenga un interés económico, en cuanto estrictamente se refiera a este interés". De nuevo responde Castrillo, reiterando su interpretación sobre la autonomía regional, pero añadiendo un nuevo argumento nuclear: "el Tribunal de Cuentas que la Comisión ha ideado no es un Tribunal de Cuentas de tipo administrativo, no es una rueda más de la Administración; es un delegado del Parlamento, de la soberanía nacional, de la que depende; tiene una función fiscalizadora, no en nombre del Estado, sino del Parlamento, en nombre del pueblo, de la soberanía nacional". En esa línea definitoria, Manuel Cordero Pérez estima que "ha de ser organismo absolutamente independiente del Gobierno, capacitado para fiscalizar, hasta en lo más íntimo, la contabilidad de los departamentos ministeriales".

Acercándose ya a la votación, interviene el diputado Antonio Royo-Villanova Morales, de la Minoría Agraria, para exponer con contundencia que "el Tribunal de Cuentas es un Tribunal Supremo, porque siempre se ha considerado así, y más supremo porque es un delegado del Parlamento, y si se llama de la República y la República está por encima de todos los Estatutos, ¿cómo no va a estar el Tribunal de Cuentas por encima de todas las regiones y todas ellas obligadas al Tribunal de Cuentas?". Ossorio y Gallardo le pone dos ejemplos opuestos: "¿Hay cesión de un impuesto del Estado a una región autónoma? [...] Pues el Estado tiene el derecho y la obligación de saber cómo se administra y qué produce ese impuesto. Pero ¿hay una Escuela de Artes y Oficios, organizada por la región autónoma? Pues al Estado, en contra de lo que sucede con los organismos del Estado mismo, no le interesa nada, ni puede meterse en cómo se gobierna ni en el dinero que se gasta en aquella Escuela".

El galleguista Antonio Rodríguez Pérez sugiere en nombre de la Comisión una alambicada transaccional sobre el futuro alcance fiscalizador del TCR, para que pueda llegar a "las cuentas del Estado; de las de las regiones autónomas en cuanto a la inversión de las contribuciones e impuestos que las haya cedido el Estado y de las de los demás organismos en que el Estado tenga un interés económico, en cuanto estrictamente se refiera a este interés".

Otro diputado de Esquerra Republicana de Cataluña, Joan Lluhí Vallesca, reitera lo dicho por varios de sus colegas catalanes, negando al TCR toda posibilidad de fiscalizar o censurar las cuentas de las regiones autónomas. En este punto, tras varias cuestiones de orden, se procede a votar la enmienda de Coromines, que se aprueba, quedando entonces fuera del alcance fiscalizador del TCR las cuentas de las regiones autónomas (y de municipios y provincias, que ni siquiera estaban en la propuesta inicial de la Comisión). No le parece bien a Rodríguez Pérez, que exhorta a modificar ese criterio y eliminar tal carencia de control, usando estas palabras: "tengo la esperanza de que una gran parte de la Cámara entenderá que es más útil para los intereses de España que la Constitución quede redactada en términos tales que las regiones autónomas no gocen del privilegio de no tener que rendir cuenta al Estado de la inversión de aquellos impuestos y contribuciones que el propio Estado les ceda". Se produce un pequeño revuelo general en el Pleno, hasta que toma la palabra el diputado Fernando Valera Aparicio (Partido Republicano Radical Socialista) y, apelando a razones morales, expone su particular noción de autonomía regional: "Si a la autonomía, en cuanto gobierno de sí propio, le hemos quitado [...] el aspecto de soberanía, el aspecto de legislación y le quitamos ahora por una definición en un artículo sobre materia de Hacienda, el sentido de administración, no queda nada de la palabra autonomía, o yo no entiendo lo que quiere significar esta palabra". En un singular argumento, termina diciendo que "si se le han de fiscalizar las cuentas a la región autónoma, entonces no es libre para administrarse".

Se suceden algunas intervenciones, ya reiterativas o de orden menor. Por fin, se vota y aprueba el artículo del proyecto de Constitución relativo al TCR. El diputado Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas (Agrupación al Servicio de la República) emite y explica un voto particular con este tenor: "las contribuciones directas que graven empresas que operen sobre más de una región española, pertenecerán siempre a la Hacienda de la República, no pudiendo ser cedidas ni concertadas". Le contesta Coromines que es una cuestión muy técnica y, por tanto, poco apropiada para un precepto de rango constitucional. Por sorpresa interviene el ministro de Hacienda, el socialista Indalecio Prieto Tuero, aunque manifiesta hacerlo como simple diputado y no en nombre del Gobierno. Defiende que el problema técnico aludido ya está resuelto de facto en el concierto vasco a la hora de delimitar bases impositivas y atribuir rendimientos. Además, en todo caso, aceptar la enmienda de García-Valdecasas equivaldría a "destruir la savia, la substancia, el nervio económico de todo régimen de autonomía". Sigue el intercambio de pareceres, pero en la votación, el voto particular sale ampliamente derrotado.

Artículo 116 de la propuesta de la Comisión de Constitución	Artículo 120 de la Constitución de 1931
<ul style="list-style-type: none"> - El Tribunal de Cuentas de la República es el órgano fiscalizador de la gestión económica. Dependerá directamente del Parlamento y ejercerá sus funciones, por delegación del mismo, en el conocimiento y aprobación final de las cuentas del Estado, regiones autónomas y demás organismos de la República. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Tribunal de Cuentas de la República es el órgano fiscalizador de la gestión económica. Dependerá directamente de las Cortes y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el conocimiento y aprobación final de las cuentas del Estado.
<ul style="list-style-type: none"> - Una ley especial regulará su organización, competencia y funciones. 	<ul style="list-style-type: none"> - Una ley especial regulará su organización, competencia y funciones.
<ul style="list-style-type: none"> - Sus conflictos con otros organismos serán sometidos a la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Sus conflictos con otros organismos serán sometidos a la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales.

El siguiente gran hito se registra en septiembre de 1932, cuando fue aprobado el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Su artículo 17 especificaba que el TCR “fiscalizará anualmente la gestión de la Generalidad en cuanto a la recaudación de impuestos que le sean atribuidos por delegación de la Hacienda de la República y la ejecución de servicios por encargo de esta, siempre que se trate de servicios que tengan su consignación especial en los presupuestos del Estado”. El matiz es clave, ya que se avanzaba en la fiscalización del TCR sobre la gestión autónoma de la Generalitat, pero quedaba circunscrita a los tributos cedidos y a las competencias encomendadas por el Estado. Igualmente, es importante recordar que este punto estaba ausente en el proyecto remitido por la Generalitat y, sin embargo, fue introducido exprofeso durante la tramitación del Estatuto de Autonomía de Cataluña en las Cortes, retomando -y en parte reconduciendo- el debate cerrado un año antes sobre el exacto alcance del TCR en la Constitución (Abelló Güell, 2007).

Se menciona aquí también el llamado Estatuto Interior de Cataluña, aprobado en mayo de 1933. Su artículo 81 remitía a una futura ley catalana de Administración y Contabilidad para regular, entre otros aspectos, el funcionamiento de un tribunal de cuentas propio e independiente del gobierno autónomo, así como establecer “las garantías, las normas y los procedimientos para asegurar la rendición de cuentas”.

Lo cierto es que ese tribunal o sindicatura de cuentas de ámbito regional tendría que esperar hasta la siguiente etapa democrática, tras la dictadura franquista.

En junio de 1934 se aprueba por fin la ley especial u orgánica para el TCR⁵, prevista en la Constitución de 1931 y dos años después del Estatuto catalán. En su artículo 11 se desplegaban las competencias del TCR, incluida la de “fiscalizar anualmente la gestión de los organismos de las regiones autónomas, con arreglo a sus respectivos Estatutos” y la de “censurar, calificar y reparar las cuentas de los ayuntamientos en los casos que determine la ley municipal”. Por primera vez, una ley estatal conjugaba el control externo del sector público con el modelo de estado descentralizado que se estaba construyendo.

El control externo de las cuentas públicas durante la II República fue un “paréntesis democrático” entre dos dictaduras, algo sin duda extensible al conjunto de instituciones del Estado (Mendizábal Allende, 2002; 2011).

Aquel embrión de federalismo asimétrico durante la II República -aunque nunca se llamase así de manera expresa- dejó como herencia un esbozo del actual Estado autonómico, incluidos los aspectos relativos a su financiación (Monasterio Escudero, 2016), pero también iba a ser el enlace histórico con un sistema de control externo, ahora sí, verdaderamente descentralizado.

5. *Gaceta de Madrid* del 1 de julio de 1934.

3. El largo viaje hasta el actual periodo democrático

En el periodo republicano el epítome territorial fue la autonomía catalana, sin olvidar el camino transitado por el Estatuto de Autonomía del País Vasco y el proyecto de Estatuto de Autonomía de Galicia, todos ellos interrumpidos por el golpe de Estado, la Guerra Civil y la larga dictadura. En todo caso, tuvieron notable influencia sobre los debates constituyentes de 1978 en materia territorial, a pesar de que -o justamente porque- habían transcurrido cuatro décadas de franquismo. La gran diferencia es que ahora se descartaba la autonomía para una o pocas regiones autónomas, quizás no tanto por convencimiento de las partes, como por la combinación del pragmatismo político del Gobierno de Suárez y de la Generalitat histórica que representaba Tarradellas. Se apostó así por el consabido “café para todos”, popularizado por el ministro para las Regiones (Clavero Arévalo, 1983), diseñando primero las preautonomías y luego las comunidades autónomas, con sus propias instituciones de autogobierno y administración, incluidos los respectivos órganos de control externo⁶.



En el ámbito internacional no se puede obviar la importancia de la *Declaración de Lima*, aprobada en octubre de 1977, en el marco del IX Congreso de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai) y considerada como la carta magna de la auditoría del sector público⁷. Este documento gira en torno a la independencia de las instituciones fiscalizadoras y de sus miembros, para lo cual deben regularse y garantizarse en la Constitución, aunque los aspectos concretos puedan ser regulados en las leyes.

En ese marco, la Constitución de 1978 trae al presente el planteamiento de su inmediata antecesora en la II República sobre el Tribunal de Cuentas y, a buen seguro espoleada por la referida *Declaración de Lima* (Muñoz Álvarez, 2003), va mucho más allá, al regular expresamente en el artículo 136 la condición de “supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público”. Reconoce también “su propia jurisdicción” (contable), garantiza la “independencia e inamovilidad” de sus miembros y remite a una ley orgánica la regulación de su “composición, organización y funciones”.

No hay duda de que el Tribunal de Cuentas puede fiscalizar el sector público autonómico (en ello insiste el artículo 153.d de la Constitución) y el sector público local, al tiempo que permite la coexistencia de órganos de control externo autonómicos, aunque sobre esto existieron algunas dudas al principio, resueltas hace tiempo por el Tribunal Constitucional (González Rivas, 2018).

4. Tres retos (como mínimo) de presente y futuro

Los retos que subsisten son múltiples, sintetizados en términos de independencia, organización y desempeño de las instituciones de control externo (ICEX).

- El primero, la dependencia del respectivo parlamento (Cortes Generales o parlamento autonómico), nacida casi por oposición a la dependencia del Poder Ejecutivo en otros tiempos, pero que sigue siendo una cuestión abierta al debate (Fernández-Victorio Camps, 1979). Hay un sector doctrinal que plantea abiertamente la necesidad de una modificación constitucional o estatutaria -según proceda- para eliminar cualquier “dependencia”, aunque esté asumido que esa relación es meramente electiva y formal, nunca orgánica ni funcional (Biglino Campos, 1996; 2016). En concreto, el tratamiento

6. El primero, la Cámara de Comptos de Navarra, se restableció formalmente el 28 de enero de 1980.

7. De hecho, es la primera de las normas internacionales de auditoría del sector público (ISSAI 1).

parlamentario de los informes de fiscalización sigue siendo un aspecto por impulsar para un control económico-financiero más útil y afinado (Durán Alba, 2008). De igual modo, en el marco del refuerzo institucional de las ICEX sería preciso proteger su independencia técnica, incluyendo a miembros y empleados públicos a su servicio, frente a inadecuadas intromisiones, limitaciones, presiones, injerencias, consignas u otras actuaciones homólogas por parte de cualesquiera entidades, personas o grupos de interés. También es crucial que no se menoscaben -ya sea de manera directa o indirecta- la autonomía organizativa ni los recursos presupuestarios de las ICEX⁸ y que, en la medida de lo posible, se pueda adecuar su política de personal a las exigencias de cualificación, flexibilidad, polivalencia y especificidad técnica requeridas en la auditoría pública.

■ En segundo lugar, con respecto al modelo territorial de control externo, no cabe discutir la supremacía del Tribunal de Cuentas, entendida en términos de coordinación y delimitación de competencias con los órganos de control externo autonómicos, como ya se hace en las comisiones de enlace constituidas al efecto⁹. Esta cuestión no llegó a estar en la agenda de la II República, por razones obvias, pero sí resulta esencial en el momento actual. Una excelente hoja de ruta la ofreció el Tribunal Constitucional hace ya muchos años en su sentencia 187/1988, cuando señaló que el Tribunal de Cuentas tiene a la actividad financiera del Estado y del sector público estatal como ámbito “principal y preferente”, de lo cual se puede inferir que ese podría ser el camino para iniciar una cierta reasignación de tareas que, por otra parte, ya se aplica de facto. Resulta mucho menos relevante que el mapa de órganos de control externo autonómicos permanezca incompleto (12 de 17), puesto que esta asimetría no es más que el reflejo de preferencias diferenciales en cada comunidad autónoma sobre sus propios órganos institucionales y auxiliares, como así ocurre, en otro ámbito, con el tamaño de los respectivos parlamentos¹⁰. Junto a esa técnica de coordinación, no es menos importante la de cooperación entre órganos de control externo autonómicos (ergo, sin el TCU), formalizada desde 2015 en torno a la Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos (Asocex). De igual modo, las ICEX deben estar perfectamente engarzadas, entre otras organizaciones, con el Tribunal de Cuentas Europeo, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, los órganos de control interno, el Ministerio (y las consejerías) de Hacienda, el Banco de

España (y las entidades financieras), la Seguridad Social y las agencias tributarias. La norma que podría acoger todo lo anterior podría ser una legislación general de control externo y, cómo no, la lealtad institucional (Fernández Llera, 2015).

■ En tercer lugar, como envolvente de todo lo anterior, la legitimación de ejercicio de las ICEX, sintetizada en informes de fiscalización técnicamente irreprochables, socialmente útiles y con la máxima calidad en cada momento (Fernández Llera, 2017). Es la contrapartida y la mejor garantía frente al demandado refuerzo institucional de las ICEX que, además, han de extremar su ética, su buen gobierno y su transparencia *ad intra* y *ad extra*, transitando desde lo estrictamente *legal* a lo *deseable*. Mención especial merece la transformación digital de la auditoría pública, con nuevas técnicas de análisis, interacción electrónica a todos los niveles, integridad, gestión compartida y segura de bases de datos interoperables y, todo ello, sin perjuicio de las debidas garantías de confidencialidad cuando se maneje información protegida (Benítez Palma, 2020), siendo este último un tema clásico y de crucial importancia desde tiempos remotos (Casado Robledo, 2020).

5. Reflexión final

Toda historia es parcial, en el doble sentido de la palabra: nunca completa y pocas veces -si es que alguna- neutral. Lo que se debe exigir en todo caso es que sea rigurosa. La historia de España y, en particular, la historia de la II República, encaja bien en esos parámetros. Más en concreto aún, la historia y la intrahistoria del TCR incluyen numerosos hechos bien conocidos y documentados, pero también otras circunstancias que aún hoy pueden permanecer ocultas bajo esos prismas oscuros de la doble parcialidad.

El aprendizaje del pasado, en particular, la experiencia de la II República, con sus luces y sombras, debe conducir al sistema de control externo a reforzar su músculo normativo, territorial y técnico en esta primera mitad del siglo XXI. Los parlamentos autonómicos y las Cortes Generales, cada uno en su sitio, tienen un papel ineludible y muy destacado en esta tarea, comenzada en 1931, retomada en 1978 y quizás necesitada de un cierto revulsivo cuando han transcurrido cuatro décadas de funcionamiento, sobre todo antes unos tiempos llenos de incertidumbres y desafíos en el sector público.

8. Por supuesto, descartando propuestas extremas y generalizadas de supresión, por un supuesto ahorro, como planteó en 2013 el Informe CORA (Ordoki Urdazi, 2014; Peña Ochoa, 2018).

9. Actualmente, de presidentes y presidentas, sobre el sector público autonómico, sobre el sector público local y sobre la administración electrónica.

10. No se puede dejar de mencionar que al cierre de este trabajo se encuentra felizmente en fase de anteproyecto la ley que regulará un nuevo órgano de control externo de Castilla-La Mancha (<https://bit.ly/2SsqfE5>; consultado el 30 de abril de 2021).

Referencias bibliográficas

- **Abelló Güell, T.** (2007): *El debat estatutari del 1932*, Barcelona: Parlament de Catalunya.
- **Benítez Palma, E.** (2020): "La transformación digital del control externo del gasto público", *Auditoría Pública*, 76, pp. 19-30.
- **Biglino Campos, P.** (1996): "Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas", *Revista de las Cortes Generales*, 37, pp. 9-42.
- **Biglino Campos, P.** (2016): "El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional", en Freixes Sanjuan, T.; Gavara de Cara, J. C. (coords.): *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, Madrid: BOE, pp. 151-172.
- **Casado Robledo, M. J.** (2020): "Proteger la información ha sido una constante a lo largo de la Historia", *Revista Española de Control Externo*, 64, pp. 88-101.
- **Clavero Arévalo, M.** (1983): *España, desde el centralismo a las autonomías*, Barcelona: Planeta.
- **Durán Alba, J. F.** (2008): "Vae Victis! La tramitación parlamentaria de los informes de los órganos de control externo de las cuentas públicas", *Corts / Anuario de Derecho Parlamentario*, 20, pp. 67-89.
- **Fernández Llera, R.** (2015): "Reflexiones federalistas para un nuevo modelo de control externo", *Auditoría Pública*, 65, pp. 59-70.
- **Fernández Llera, R.** (2017): "Fines y confines de la fiscalización en el sector público", *Auditoría Pública*, 70, pp. 17-26.
- **Fernández-Victorio Camps, S.** (1979): "El Tribunal de Cuentas en las constituciones españolas", *Presupuesto y Gasto Público*, 3, pp. 79-107.
- **González Rivas** (2018), J. J.: "Jurisprudencia constitucional en relación con el Tribunal de Cuentas", *Revista Española de Control Externo*, número especial, pp. 35-44.
- **Martínez Pérez, A.** (2008): *El Tribunal de Cuentas en España: análisis de sus memorias (1874-1934)*, Cizur Menor: Arazandi.
- **Mendizábal Allende, R.** (2002): "El Tribunal de Cuentas en el paréntesis democrático de la segunda República", *Actualidad Administrativa*, suplemento al número 1, pp. 9-103.
- **Mendizábal Allende, R.** (2011): *El Tribunal de Cuentas desde la Restauración a la República*, Las Rozas: La Ley.
- **Monasterio Escudero, C.** (2016): "Bajo el síndrome de la mujer de Lot: un ensayo sobre la descentralización en España", *Mediterráneo Económico*, 30, pp. 23-39.
- **Muñoz Álvarez, R.** (2003): "Constitución y Tribunal de Cuentas: anecdotario", *Revista Española de Control Externo*, 15, pp. 101-111.
- **Ordoki Urdazi, L.** (2014): "Requiem por la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha", *Auditoría Pública*, 64, pp. 35-40.
- **Peña Ochoa, A.** (2018): "Los órganos de control externo autonómicos y sus relaciones con el tribunal de cuentas en el marco de la Constitución Española de 1978", *Revista Española de Control Externo*, número especial, pp. 263-273.



XXIV PREMIO

AUDITORÍA PÚBLICA

REVISTA DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE CONTROL EXTERNO

www.auditoriapublica.com

La revista AUDITORÍA PÚBLICA, con el fin de estimular la realización de trabajos sobre temas relacionados con la fiscalización de los fondos públicos, convoca el **XXIV Premio Auditoría Pública** al que podrán optar todas las personas o grupos que envíen sus artículos para su publicación.

ASPIRANTES

Podrán optar a este premio personas individuales o grupos que envíen sus trabajos para su publicación.

Los artículos que publiquen en la revista los presidentes o consejeros de los órganos de control externo no podrán participar en la convocatoria. Tampoco serán tenidos en cuenta los trabajos de quienes hayan sido miembros del Consejo Editorial o del Consejo de Redacción de la revista Auditoría Pública en los dos últimos años anteriores al de la convocatoria del premio.

Las personas que deseen optar al premio deberán enviar los artículos a la sede de la Cámara de Cuentas de Andalucía, Hospital de las Cinco Llagas, calle Don Fadrique, s/n, 41009 Sevilla. En caso de enviarlos por correo electrónico deberán hacerlo a la siguiente dirección: **carlos.castello@ccuentas.es**

Optarán al premio los artículos publicados en los **dos** números que anualmente se publican de la revista.

CONTENIDOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deberán cumplir las normas básicas para la preparación de originales publicadas en la revista Auditoría Pública. Deberán ser inéditos y versarán sobre cualquier tema

relacionado con la auditoría del sector público: contabilidad, auditoría de gestión, legalidad, herramientas de auditoría, ...

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar los 30.000 caracteres.

PREMIOS

El premio AUDITORÍA PÚBLICA tiene una dotación económica bruta global de 4.000 euros y un posible accésit de **2.000 euros**.

Cualquiera de los premios podrá ser declarado desierto.

JURADO

Los trabajos presentados serán examinados y valorados por los miembros del Consejo Editorial de la revista AUDITORÍA PÚBLICA.

FALLO

El **XXIV Premio Auditoría Pública** se fallará y hará público antes del **28 de febrero de 2022**.

CONDICIONES

La participación en la convocatoria supone la aceptación íntegra de sus bases y de las decisiones del jurado, que está capacitado para solventar cuantas dudas y reclamaciones se presenten.

La revista AUDITORÍA PÚBLICA se reserva el derecho a publicar todos los artículos presentados al premio.



Fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en los presupuestos públicos

Antonio M. López Hernández

Consejero y Expresidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía
Catedrático de la Universidad de Granada

Laura Romero Ramos

Auditora-Jefa de Equipo de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía

Resumen: Los presupuestos con enfoque de género (PEG) pretenden un análisis del proceso presupuestario para conocer el alcance e impacto de las políticas públicas sobre hombres y mujeres. Desde la entrada en vigor de la Ley 18/2003, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido aplicando en los presupuestos la perspectiva de género y la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, exige, a partir de 2018, que la Cámara de Cuentas de Andalucía incorpore en el informe sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma la fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en el presupuesto de la Junta de Andalucía. Las fiscalizaciones realizadas en los ejercicios 2018 y 2019 concluyen que el grado de integración de la perspectiva de género no se ha alcanzado de forma satisfactoria, destacando la ausencia de evaluación del impacto de los programas en la igualdad, deficiencias en la fijación de los objetivos y en el desarrollo de indicadores, así como la escasez de auditorías de presupuesto y género realizadas por los órganos internos.

Palabras Clave: Fiscalización, género, presupuestos, políticas públicas, Andalucía.

Abstract: Budgets with a gender perspective (GB) seek an analysis of the budget process to know the scope and impact of public policies on men and women. Since the entry into force of Law 18/2003, the Autonomous Community of Andalusia has been applying the gender perspective in budgets and Law 12/2007, of November 26, for the promotion of gender equality in Andalusia, requires, as of 2018, that the Andalusian Chamber of Accounts include in the report on the General Account of the Autonomous Community the control of compliance with the gender perspective in the budget of the Andalusian Government. The audits carried out in 2018 and 2019 conclude that the degree of integration of the gender perspective has not been satisfactorily achieved, highlighting the absence of evaluation of the impact of the programs on equality, deficiencies in the setting of objectives and in the development of indicators, as well as the scarcity of budget and gender audits carried out by internal bodies.

Keywords: Auditing, Gender, budgets, public policies, Andalusia.



1. Introducción

Desde hace varias décadas diversos gobiernos y organismos internacionales están impulsando estrategias que pretenden insertar la perspectiva de las desigualdades ente hombres y mujeres en la planificación y análisis de los presupuestos públicos, lo que ha venido a denominarse presupuestos con enfoque de género (PEG). Así, las Conferencias Internacionales de las Mujeres promovidas por la Organización de Naciones Unidas (ONU) a partir de 1975, especialmente la cuarta celebrada en Beijing en 1995 (United Nations 1995), han puesto de manifiesto la necesidad de integrar el objetivo de igualdad de género en todas las políticas públicas, lo que se conoce como “gender mainstreaming” (Lombardo, 2006). Y el motivo principal que ha impulsado el análisis de las políticas públicas desde la perspectiva de la equidad de género ha sido la constatación de las desigualdades existentes en las condiciones de vida entre mujeres y hombres en todas las sociedades del mundo, aunque con grandes diferencias entre ellas (WB, 2011; EIGE, 2016; Stotsky, 2016).

Para O’Hagan (2018), el objetivo del PEG es hacer visibles las diversas realidades vividas de las vidas de mujeres y hombres e integrar ese análisis en el proceso político y dar expresión a las medidas para eliminar la desigualdad y promover la

igualdad. Con ello se persigue superar la “ceguera de género” presupuestaria, construyendo en cada área, departamento o ministerio una conciencia clara de que el gasto público tiene un impacto sobre las mujeres, con frecuencia diferente al que tiene para los hombres, por la distinta situación que ocupan en la organización social (Sharp y Broomhill, 2002; Budlender and Hewitt, 2002; Budlender, 2004).

El Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) han ido incrementando paulatinamente su interés y compromiso con el PEG. Así, el FMI publicó en 2016 una encuesta mundial sobre PEG, en la que lo consideraba como un buen presupuesto, sobre la base de que, diseñado adecuadamente, el PEG mejora el presupuesto gubernamental (Stotsky 2016). Además, en una reunión de Ministros de Finanzas del G7 en mayo de 2017, se presentó un documento del FMI sobre PEG en los países del G7 a solicitud de Italia (IMF, 2017). Por su parte, la OCDE, de un lado, recomienda a los estados que incorporen la igualdad de género en el diseño, desarrollo, implementación y evaluación de políticas públicas y presupuestos relevantes y, de otro, que consideren establecer o fortalecer la capacidad de las instituciones independientes (como las Entidades Fiscalizadoras Superiores) para supervisar la implementación de estrategias de igualdad de género, integrar las cuestiones de género en la formulación de políticas y facilitar informes regulares, auditorías y mediciones (OECD, 2016). Y, en 2016 publicó una encuesta sobre PEG en los países de la OCDE (Downes et al. 2016).

En el ámbito de la Unión Europea (UE), a partir de la Conferencia Internacional on “Strengthening economic and financial governance through gender responsive budgeting”, impulsada por la presidencia Belga de la UE en 2001, tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo propusieron que los Estados miembros incorporaran el análisis de género en el proceso presupuestario, y el Consejo Europeo encargó algunos análisis para conocer mejor los PEG como instrumento para transversalizar el género en la política pública (Council of Europe, 2005a, 2005b) y ofreció una definición de presupuesto de género: “El presupuesto de género es una aplicación de la transversalización de género en el proceso presupuestario. Significa una evaluación de los presupuestos con enfoque de género, incorporando una perspectiva de género en todos los niveles del proceso presupuestario y reestructurando los ingresos y gastos para promover la igualdad de género”. (Council of Europe, 2005b, 10).

Después de este llamamiento, varios Estados miembros, como Suecia, Finlandia, Noruega, Austria, Bélgica, Francia, Italia, España y el Reino Unido, comenzaron o intensificaron procesos de incorporación de la perspectiva de género en sus presupuestos (Budlender and Hewitt, 2002; O’Hagan and Klatzer, 2018; Klatzer et al. 2018). Sin embargo, hasta ahora, no ha habido ninguna encuesta completa de PEG

en Europa. La encuesta del IMF sobre Europa (Quinn 2016) proporciona una imagen parcial. Incluye estudios de caso de PEG dentro de la administración pública en varios países y regiones europeas (incluye Andalucía, en España), así como grupos seleccionados de la sociedad civil trabajando en PEG. La encuesta de 2016 para los países de la OCDE antes referida, menciona los trabajos gubernamentales en PEG de los Países Bajos, Noruega y España. No obstante, hay muchos más países en toda Europa que participan en diferentes etapas del trabajo de PEG, no capturados por estas encuestas (Klatzer et al. 2018).

En este contexto, el objetivo de este trabajo se centra en presentar la experiencia de la Cámara de Cuentas de Andalucía (CCA), como órgano regional de control externo de las finanzas públicas, en el control y supervisión de la implantación del PEG en la Junta de Andalucía sobre la base de los informes de fiscalización realizados en los ejercicios 2018 y 2019. Los trabajos previos que han abordado la experiencia andaluza en PEG, que ha sido considerada como pionera y ha recibido un considerable reconocimiento internacional, lo han sido desde dentro del gobierno regional, presentando una perspectiva muy institucional (Aguilera-Díaz et al. 2011; Aguilera-Díaz and Cirujano-Campano 2011; Gualda-Romero et al. 2015). Nuestra mirada, sin embargo, es la de una autoridad competente, distinta de la autoridad presupuestaria, que realiza un análisis independiente y objetivo para determinar si las políticas financiadas con el

presupuesto anual promocionan y contribuyen a alcanzar la igualdad de género (OECD, 2017).

El trabajo se estructura en los siguientes apartados. Tras esta introducción, en la sección 2, analizamos el modelo de PEG aplicado en Andalucía. La sección 3 la dedicamos al trabajo desarrollado por la CCA para verificar el cumplimiento de la perspectiva de género en el presupuesto regional. Finalizamos con un apartado de conclusiones.

2. Características del modelo de PEG de la Junta de Andalucía

Para Sharp & Broomhill (2002), los experimentos con PEG en todo el mundo se dividen en dos modelos generales: ya sea “dentro del gobierno” o “basados en la comunidad” en términos de su ubicación y arreglos institucionales primarios. Cada modelo tiene diferentes fortalezas y debilidades. Así, mientras los primeros tienen la ventaja de poder acceder a una variedad de información y datos sobre presupuestos y políticas gubernamentales, esencial para una evaluación informada del impacto de género en el presupuesto, los segundos pueden favorecer más el debate democrático sobre el presupuesto y para hacer críticas más sustantivas sobre el sesgo de género de las políticas económicas y sociales del gobierno (Sharp, 2001).



Los principales enfoques para el desarrollo de los PEG podríamos resumirlos en cuatro propuestas metodológicas: modelo australiano (Klatzer & Stiegler, 2011; Sharp & Broombill, 2013), iniciativa sudafricana (Budlender, 2003; Rubin & Bartle, 2005; Jubeto, 2017), análisis de la estrategia macroeconómica agregada (Elson, 2002) y método de las 3R (representación, recursos, realidad), desarrollado en Suecia para las administraciones locales (ASAL, 2002). Precisamente esta última propuesta ha sido una de las bases conceptuales utilizadas por la Junta de Andalucía en sus análisis del PEG. Consiste en el análisis de las estructuras de representación social, económica y política del territorio, junto con el análisis de los recursos económicos utilizados en las políticas públicas y el de las normas y valores culturales existentes, que contribuyen al mantenimiento de las desigualdades entre mujeres y hombres (Aguilera-Díaz et al., 2011; Jubeto, 2017). Posteriormente, se le ha añadido la cuarta R (realización/resultados), que intenta incorporar mejoras en la situación detectada, para que incorpore el objetivo

de igualdad de género. El método 3R se compone de tres partes diferenciadas, en las que cada una de las “R” consiste en una fase del análisis. Las dos primeras proveen la base estadística para poder analizar la realidad correspondiente al área susceptible de análisis (Jubeto, 2008).

Andalucía es la Comunidad Autónoma española con mayor población, superando los 8,4 millones de habitantes. El presupuesto ejecutado por la Junta de Andalucía, como gobierno regional, ascendió a 33.718 y 35.462 millones de euros en 2018 y 2019, respectivamente. En esta Comunidad los PEG constituyen una estrategia integrada que abarca las diferentes fases del ciclo presupuestario elaboración-ejecución-evaluación. Los PEG se fundamentan principalmente en tres ejes fundamentales: un órgano impulsor, un informe de referencia y una estrategia de ejecución y evaluación de la integración de la igualdad de género en el presupuesto. En Andalucía esta estrategia se basa en una metodología denominada Programa G+ (figura nº 1).

Figura nº 1. Marco normativo



Fuente: Elaboración propia, a partir de Consejería de Hacienda, Industria y Energía (2019).

En relación con el órgano responsable de la elaboración del presupuesto, las competencias están divididas en varios estamentos. Por un lado, a la Secretaría General de Hacienda le compete la definición, seguimiento y evaluación de la inclusión de la perspectiva de género en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma; y a la Dirección General de Presupuestos, el desarrollo y la implementación de la dimensión de género en el presupuesto en el marco de sus competencias. En esta Dirección General se encuentra la

Comisión de Impacto de Género, a la que nos referiremos a posteriormente.

Los principales elementos que configuran el modelo andaluz de PEG son: el Plan Estratégico para la Igualdad, la Comisión de Impacto de Género, el Informe de Evaluación de Impacto de Género, el Programa G+ y las Auditorías de Presupuesto y Género. En la tabla nº 1 se puede ver un resumen de los conceptos y características que los definen.

Tabla nº 1. Elementos que configuran el modelo de PEG en Andalucía

Plan Estratégico para la Igualdad

El Plan Estratégico incluirá las líneas de intervención y directrices que orientarán las actividades de los poderes públicos en Andalucía en materia de igualdad entre mujeres y hombres. En el desarrollo de las líneas de intervención y directrices del Plan Estratégico, cada consejería de la Administración de la Junta de Andalucía elaborará y aprobará sus propios planes de igualdad, de ámbito específico, que contemplarán las medidas y el presupuesto en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de sus competencias, que serán evaluados anualmente para incluir las medidas correctoras oportunas.

El órgano responsable de la coordinación y de la elaboración del Plan es el Instituto Andaluz de la Mujer, con la participación de todas las consejerías. Esta agencia gubernamental elabora un documento base del Plan, de acuerdo con el análisis de la situación de partida y el diagnóstico que identifique los problemas, retos y necesidades.

Comisión de Impacto de Género

Es el órgano impulsor de la estrategia de perspectiva de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su finalidad es impulsar que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía sea un elemento activo en la consecución de forma efectiva del objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres. Entre las funciones de la Comisión se encuentran: la emisión del informe de evaluación de impacto de género del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía de cada ejercicio, promover el objetivo de igualdad de género en las políticas públicas de ingresos y gastos de la Junta de Andalucía, así como fomentar la realización de auditorías de género en las consejerías y las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía.

Informe de evaluación de impacto de género

Pretende analizar cuál va a ser el impacto que la inversión de los recursos públicos va a tener en los hombres y mujeres andaluces para el próximo ejercicio. Se trata de una evaluación ex ante de los gastos destinados a las medidas de política ideadas para corregir las desigualdades que persisten en la realidad. Este documento se consolida como parte de la documentación presupuestaria. La información se estructura en torno a un esquema, denominado modelo de las 3R/3T, inspirado, como ya se ha mencionado, en una metodología de trabajo sueca, que sirve de marco analítico general para aplicar la transversalidad al presupuesto anual. Así, el informe se organiza en torno a tres elementos principales: Realidad, Representación y Recursos-Resultados, los cuales se analizan de manera paralela a tres dimensiones temporales (las 3T), pasado, presente y futuro.

Programa G+

Es una herramienta que permite identificar la capacidad de cada programa para incidir en la igualdad. Mediante la utilización de dicha escala, que contempla un rango de entre cuatro posibilidades (G+, G, g1 y g0), se le asigna a cada uno de los programas presupuestarios una clasificación.

Según esta metodología, los programas se clasifican, en primer lugar, según su pertinencia de género, es decir, si tienen o no incidencia sobre personas. Posteriormente, los programas con incidencia sobre personas son agrupados según cuatro criterios objetivos: su poder transformador, en función de si el programa tiene competencias para actuar y son relevantes en relación con la igualdad de género; su capacidad de impacto, según el número de personas que se ven afectadas por las actuaciones del programa; su relevancia funcional, si el ámbito en el que actúa el programa es reconocido como “palanca de cambio” en igualdad de género; y por último, si tiene efectos sobre la gestión del personal de los centros de trabajo de la Junta de Andalucía.

Esta clasificación es dinámica, sujeta a revisiones anuales debidas a reorganizaciones administrativas y competenciales y a los avances producidos por los programas presupuestarios (en el anexo 1 se recogen los criterios empleados para esta clasificación y su parametrización).

Auditorías de presupuesto y género

Tienen como objetivo valorar el grado de integración de género en la planificación y ejecución del presupuesto de los programas presupuestarios y entidades instrumentales de la Junta de Andalucía. Dicha revisión concluye con la emisión de un informe de auditoría, que se pronuncia sobre el grado de inclusión de la perspectiva de género en su planificación presupuestaria, la incorporación de tal perspectiva en la ejecución de las actuaciones financiadas con cargo a los créditos asignados y el empleo de la metodología que posibilita la presupuestación con tal enfoque en los programas o entidades auditadas.

Dentro del procedimiento establecido, una vez recibido el informe de auditoría por parte del órgano gestor correspondiente se debe elaborar un Documento de Orientaciones Estratégicas (DOE.G+), que debe integrar las actuaciones que se van a desarrollar y compromisos que se van a adquirir para dar cumplimiento a las recomendaciones del informe de auditoría.

3. Fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en el presupuesto de la Junta de Andalucía

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, exige que la Cámara de Cuentas de Andalucía incorpore en el informe sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma la fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en el presupuesto de la Junta de Andalucía.

En este trabajo nos vamos a referir a las fiscalizaciones realizadas en 2018 y 2019. El análisis se va a centrar en los programas incluidos en la escala G+, al ser mayor su relevancia e impacto en la sociedad.

Para cumplir con esta finalidad, la CCA trata de dar respuesta a tres preguntas de auditoría:

- ¿La elaboración presupuestaria se orienta al objetivo de reducir las desigualdades entre hombres y mujeres en su ámbito de competencias? (Representación).

- ¿Los créditos han sido ejecutados con perspectiva de género? (Recursos).
- ¿Se ha aplicado la metodología de presupuesto con perspectiva de género en la elaboración, ejecución y seguimiento presupuestario? (Realidad).

De forma particular, el documento de planificación de esta área de trabajo de la Cuenta General, para los ejercicios 2018 y 2019, contiene los siguientes procedimientos de auditoría:

- Verificación del cumplimiento de la legalidad en relación con las exigencias de género en el presupuesto.
- Análisis desde la perspectiva de género de los programas presupuestarios de 2018 y 2019, así como su ejecución.
- Evaluación de la idoneidad de los objetivos e indicadores de género definidos en los programas presupuestarios.
- Determinación y evaluación de los grados de consecución de los indicadores de género.
- Verificación de los trámites del proceso de las auditorías de género realizadas por la Dirección General de Presupuestos, según los procedimientos internos establecidos, así como análisis global de los resultados obtenidos.



3.1 Resultados del trabajo de fiscalización

Sobre el Plan Estratégico para la Igualdad

El I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013 fue aprobado en 2010. Posteriormente, en 2018 se aprobó la formulación del II Plan de Igualdad, pero no se llegó a dar cumplimiento a este mandato. Así, en el ejercicio 2018, que es sobre el primero que se realiza la auditoría externa, no se encontraba vigente ningún Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres, ni tampoco se elaboraron los planes de igualdad en todas las consejerías. Únicamente disponían de tal plan una consejería y una agencia administrativa, de un total de 13 consejerías y 15 agencias administrativas y de régimen especial. En 2019, se retomó esta iniciativa, mediante la aprobación de la formulación del nuevo Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2020-2026 (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de junio de 2019); no obstante, no se llegó a elaborar tal documento. Por otro lado, al igual que en el ejercicio anterior, solamente algunas consejerías y agencias, en este caso tres, contaban con planes de igualdad.

Sobre la Comisión de Impacto de Género

Aunque dicha Comisión se constituyó, en 2018 y 2019 todavía no se habían aprobado normas que reglamentaran su funcionamiento, tal y como estaba previsto en la legislación. No es hasta 2020 cuando se aprueba su Reglamento de Régimen Interior. Asimismo, tampoco se habían dictado las disposiciones generales de desarrollo y ejecución, también previstas en la misma normativa.

En 2018 y 2019, la Comisión se reunió en tres ocasiones. En las reuniones de 2018, según las actas, se observan ausencias que suponen el 30%, 38% y 42% de sus miembros; y en las de 2019, el 8%, 19% y 15%. En ocasiones no acuden a la reunión ningún representante de alguno de los centros directivos. Estas ausencias se pueden considerar significativas.

Sobre del Informe de Evaluación de Impacto de Género

A lo largo del informe se recogen multitud de indicadores referidos a ejercicios anteriores, 2016 y/o 2017 y/o 2018, pero que no se conectan ni relacionan con los programas presupuestarios incluidos en los presupuestos de 2018 y de 2019. Se trata, pues, de un análisis basado en numerosos indicadores, del que no se desprende claramente la tendencia de la posible brecha que pudiera existir entre hombres y mujeres.

Por otro lado, el apartado relativo a recursos-resultados no evalúa ni concluye sobre el impacto de los distintos programas del presupuesto en la igualdad, sino que realiza una descripción de los programas, similar a la recogida en las memorias de los programas que acompañan al presupuesto. Asimismo, tampoco se deduce fácilmente el grado de consecución de los objetivos de género y la aplicación y seguimiento, en su caso, de las recomendaciones derivadas de los informes de auditoría de presupuesto y género realizadas por la Dirección General de Presupuestos.

A pesar de lo anterior, en el ejercicio 2019 se observa cierta mejora respecto al ejercicio anterior ya que se incluye como novedad dentro de este apartado una valoración del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el marco del proceso de auditorías de presupuesto y género realizadas a un total de 30 programas presupuestarios y entidades instrumentales. Esta valoración consiste en comentar brevemente determinadas medidas adoptadas o previstas para implantar alguna de las recomendaciones, asimismo se ofrece una conclusión global del cumplimiento (si se cumple con carácter general o parcialmente),

pero no recoge de forma clara cuál ha sido el total de recomendaciones, las implantadas, las no aplicadas y el porcentaje de implantación.

En definitiva, el informe de evaluación de impacto de género que acompaña al presupuesto resulta extenso y voluminoso y de su contenido no se desprende que se dé cumplimiento a la finalidad última prevista en la normativa, que es evaluar el impacto que los recursos previstos en el presupuesto anual tendrán en la evolución de la igualdad entre mujeres y hombres en la Comunidad Autónoma.

Sobre la clasificación de los programas presupuestarios del Programa G+

Del total de programas clasificados en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 2018, 44 tienen rango "G+", 46 tienen categoría "G", 25 son "g1" y 7, "g0". En 2019 se mantiene esta clasificación de forma similar, 45 tienen rango "G+", 44 categoría "G", 22 son "g1" y 6, "g0" (Tabla nº 2).

Presupuestariamente los programas con la máxima relevancia desde el punto de vista de la igualdad de género presentan en 2019 un incremento del 3,7% (707 M€); los programas con un impacto medio-alto en la corrección de los desequilibrios de género, clasificados como "G", aumentan un 8,4% (450 M€) y los programas g1 un 24,9% (293 M€).

Tabla nº 2. Clasificación G+ Programas Presupuestarios. 2019 (M€)

Clasificación G+	Número de programas	Crédito inicial	%
G+	45	19.603,20	72,45%
G	44	5.774,06	21,34%
g1	22	1.471,19	5,44%
g0	6	210,52	0,78%
Total	117	27.058,99	100,00%

Fuente: Informe de evaluación impacto de género del Presupuesto de la CAA 2019. Cuenta General 2019.

De los programas G+, que son aquellos con un mayor impacto y capacidad transformadora desde el enfoque de género, llama la atención el bajo grado de ejecución de algunos de ellos, incluso aquellos que tienen todos sus objetivos presupuestarios en temas de género, como es el caso del 31T (Tabla nº 3).

Tabla nº 3. Grado de ejecución de determinados Programas G+. 2019

Programa G+	Sección	Grado de ejecución
32D- Formación profesional para el empleo	Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo	17,15%
72A- Empresa, emprendimiento innovador y economía digital	Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad	31,38%
72C- Trabajo autónomo y economía social	Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo	63,87%
31C- Seguridad, salud y relaciones laborales	Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo	65,48%
54C- Innovación y evaluación educativa	Consejería de Educación y Deporte	62,76%
61K- Coordinación de fondos europeos	Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad	36,18%
71H- Desarrollo rural	Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible	19,86%
75D- Calidad, innovación y fomento del turismo	Vicepresidencia de la Junta de Andalucía y Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local	58,83%
31J- Coordinación de políticas migratorias	Vicepresidencia de la Junta de Andalucía y Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local	68,07%
31T- Protección contra la violencia de género	Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación	68,12%

Fuente: Consejería de Hacienda, Industria y Energía/ Cuenta General 2019. Elaboración propia CCA.

La norma para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para los años 2018 y 2019, establece entre sus prioridades incorporar, desde una perspectiva integral, el enfoque de género en la definición de los programas y la documentación presupuestaria. En este sentido, la orden prevé que las secciones presupuestarias correspondientes a consejerías y agencias administrativas y de régimen especial deberán incorporar al menos un objetivo específico en materia de igualdad de género y sus indicadores asociados, así como las actuaciones que se implementarán para su consecución, en aquellos programas presupuestarios que por su mayor impacto positivo en la reducción de desigualdades entre hombres y mujeres haya establecido la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, para otras entidades

instrumentales, la orden contempla que la documentación presupuestaria deberá contener explícitamente identificado, al menos, un objetivo en esta materia, y sus indicadores asociados, así como las actuaciones y proyectos que se implementarán para su ejecución.

Del análisis realizado de las fichas de cumplimiento de objetivos de los programas incluidos en los Presupuestos de 2018, se observa que el 20,45% (9) de los programas G+ (44) no tienen definido de forma clara un objetivo relacionado con la perspectiva de género (Tabla nº 4), por el contrario, el 79,55% (35) sí lo tienen determinado en sus fichas presupuestarias. En el ejercicio 2019 se observa una mejora en esta definición ya que todos los programas G+ tienen identificado algún objetivo o actuación de género.



Tabla nº 4. Programas G+ sin objetivo de género. 2018

Programa G+	Sección
42D - Educación secundaria y formación profesional	Consejería de Educación
42C - Educación infantil y primaria	Consejería de Educación
32L - Empleabilidad, intermediación y fomento del empleo	SAE
42F - Educación compensatoria	Consejería de Educación
72A - Energía e infraestructuras y servicios tecnológicos	Consejería de Empleo, Empresa y Comercio
42G - Educación de personas adultas	Consejería de Educación
31F - Pensiones asistenciales	Pensiones Asistenciales
31P - Servicio de apoyo a las familias	Consejería Igualdad y Políticas Sociales
31P - Servicio de apoyo a las familias	Consejería de Salud

Fuente: Consejería de Hacienda, Industria y Energía. Elaboración propia CCA.

Nota: Para la clasificación de los programas se tienen en cuenta los distintos órganos gestores, es decir, si un mismo programa tiene distintos órganos gestores se clasifica tantas veces como órganos gestores tenga, de ahí que en el cuadro aparezca el programa 31P varias veces.

En ambos ejercicios se observa que, con carácter general, para la definición de los objetivos de los distintos programas no se utiliza como referencia los mandatos recogidos en la normativa para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. En más del 50% de los programas presupuestarios estos objetivos resultan genéricos. Asimismo, si bien la mayoría de los programas tienen asociados algún indicador de medición, en el 60% de los casos, los indicadores no resultan coherentes y precisos y no responden directamente a la consecución del objetivo de género.

Respecto al grado de consecución alcanzado por los indicadores de género definidos en los programas G+ de 2018, en el 17% de los programas (6 de los 35 programas con indicadores de género) alcanzan todos sus indicadores las cuantías previsionales, mientras que en el 83% no se

cumplen tales previsiones, lo que resulta insuficiente. En el ejercicio 2019 sigue dándose tal circunstancia, el 54% de indicadores de género no alcanzan el valor esperado.

Sobre las auditorías de presupuesto y género de la Dirección General de Presupuestos

Hasta diciembre de 2020, se han concluido y analizado por la Comisión de Impacto de Género (CIGP), auditorías de presupuesto y género que afectan a un total de 33 programas presupuestarios o entidades instrumentales (Tabla nº 5). En el anexo 2 se recoge la relación de éstos junto con el plan de auditoría en el que se enmarcan, el periodo auditado y la fecha de consideración por parte de la CIGP.

Tabla nº 5. Auditorías de presupuesto y género. 2020

Plan de auditoría	Nº de auditorías	Alcance temporal	Finalizadas y tomadas en consideración por el CIGP	Fecha fin ejecución plan de auditoría
2013	5	2010-2012	5	2014
2015	26	2010-2013	26	2019
2018 (prorrogado a 2019)	4	2016	2	No finalizado

Fuente: DGP. Elaboración propia CCA.

Del plan de auditoría de 2018, que fue prorrogado a 2019, y que contempla cuatro trabajos a desarrollar, solamente dos auditorías han finalizado y han sido tomadas en consideración por la CIGP en mayo y en diciembre de 2020, respectivamente. Se constata un descenso en el número de auditorías de presupuesto y género planificadas y finalizadas.

Por otro lado, se observa con carácter general que existe una diferencia temporal significativa entre la fecha de realización y el alcance temporal auditado lo que provoca falta de oportunidad de los resultados obtenidos. Por ejemplo, los informes del plan de auditoría de 2015 referidos a los ejercicios 2010-2013 se han concluido durante 2018 y 2019.

De las auditorías de programas planificadas, 20 son G+, 8 son G y 7 entidades instrumentales. De esta forma, en relación con los programas presupuestarios, se han auditado desde la perspectiva de género el 44% de los programas G+ y el 18% de los G.

Dentro del procedimiento establecido para tales auditorías de presupuesto y género, una vez recibido el informe de auditoría por parte del órgano gestor correspondiente, como ya se

indicó, se debe elaborar un Documento de Orientaciones Estratégicas (DOE.G+). De los 33 programas y entidades instrumentales auditados, un total de 19 han elaborado los correspondientes DOE.G+, siendo 14 los programas que no lo han hecho.

Según la tramitación que se contempla en el plan de auditoría de 2018-2019, una vez que el programa presupuestario/entidad instrumental auditada haya elaborado su DOE.G+ y tras su revisión por la Dirección General de Presupuestos, será presentado por el personal responsable del programa o entidad, en el seno de la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos. El DOE.G+ se publicará y se someterá a seguimiento en el informe de evaluación de impacto de género sobre el anteproyecto de Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía de cada ejercicio. La no elaboración del DOE.G+ lleva aparejada la publicación del informe de auditoría.

Cabe señalar que no consta que los DOE.G+ elaborados se hayan presentado en la CIGP ni que en el caso de aquellos programas o entidades que no lo han elaborado, se hayan publicado los correspondientes informes de auditoría.

Tal como se ha comentado, en el ejercicio 2019 se incluye como novedad en el informe de evaluación de impacto de género el seguimiento de las recomendaciones de los informes de auditoría incluidas en los DOE.G+. El 56,7% de programas presupuestarios y entidades instrumentales cumplieron de forma general con las recomendaciones en el proceso de auditoría de presupuesto y género, mientras que el 43,3% cumplieron de forma parcial.

Por último, la CCA ha analizado las principales conclusiones y recomendaciones de los informes de auditoría tomados en consideración por la CIGP de 2017 a 2020 (un total de 19). Todos los informes se refieren al periodo auditado 2010-2013 excepto dos a 2016; tal como se ha comentado anteriormente, se entiende que la diferencia temporal entre la finalización del informe y el periodo auditado hace que dichos informes no resulten oportunos en el tiempo y, por tanto, sus conclusiones y recomendaciones puedan perder vigencia.

Algunas de las conclusiones que de forma generalizada se recogen en estos informes son las siguientes:

- La planificación no se basa suficientemente en el conocimiento de la realidad de hombres y mujeres.
- No consta la elaboración de diagnósticos de género.
- Hay una desconexión entre la documentación presupuestaria y otros documentos de planificación.
- Se da una escasa formación de género del personal gestor.
- Los objetivos de género no aparecen reflejados en la documentación presupuestaria y las actuaciones no incorporan suficientemente la perspectiva de género.
- Se observa una escasez de indicadores presupuestarios de género que superen la desagregación por sexo.

4. Conclusiones

La integración de la perspectiva de género en el proceso presupuestario debe abarcar todas las fases del ciclo presupuestario elaboración-ejecución-evaluación. Del trabajo realizado se evidencia que, la dificultad práctica de implementar nuevos procedimientos derivados de la estrategia por parte de los órganos gestores hace fundamental la existencia de un soporte normativo de las obligaciones de los diversos agentes participantes, su implicación y el fomento de la formación específica en la materia del personal encargado de tales funciones.

En los ejercicios fiscalizados se ha constatado la inexistencia de normas internas de la Comisión de Impacto de Género, así como porcentajes de ausencias de sus componentes en las distintas reuniones llevadas a cabo, por lo que no se está aprovechando adecuadamente el papel de esta Comisión como mecanismo institucional impulsor de la estrategia de perspectiva de género.

La fiscalización realizada evidencia que la normativa reguladora de la perspectiva de género se encuentra dispersa y en ocasiones resulta difícil llevarla a la práctica o las indicaciones no resultan claras. A este respecto, entre las recomendaciones formuladas, se encuentra el que la normativa relacionada con la perspectiva de género debiera afectar al proceso completo de presupuestación y que se delimite de forma precisa las competencias, funciones y responsabilidades atribuidas a los distintos órganos de gobierno. Asimismo, dicha normativa también debe incorporar, al menos, con un carácter interno, procedimientos que permitiesen estandarizar y especificar las tareas a desarrollar.

Del trabajo realizado se desprende que, la planificación presupuestaria desde la perspectiva de género no se basa suficientemente en el conocimiento de la realidad de hombres y mujeres. El punto de partida de cualquier estrategia de presupuestación desde la perspectiva de género debe ser el conocimiento de esta realidad, es decir, contar con diagnósticos de género reales y soportados, que permitan dirigir las políticas públicas, a través de los programas presupuestarios, hacia la corrección de las desigualdades, así como fijar objetivos y establecer indicadores de género, lo que servirá para mejorar el contenido del informe de evaluación de impacto de género.

Se ha detectado que, con carácter general, para la definición de los objetivos de los distintos programas no se utiliza como referencia los mandatos recogidos en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía y en la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Además, tales objetivos resultan genéricos y en ocasiones no tienen asociadas actividades que permitan su consecución. Asimismo, a veces estos objetivos de género no se traducen en indicadores precisos y claros, limitándose la mayoría de los indicadores definidos de género a desagregar por sexo.

Del contenido del informe de evaluación de impacto de género que acompaña al presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía no se desprende que se dé cumplimiento a la finalidad última prevista en la normativa, que es evaluar el impacto que los recursos previstos tendrán en la evolución de la igualdad. En este sentido, en el informe se recomienda valorar la reducción de su extensión, así como la mejora de la calidad de los análisis contenidos en el mismo, en el marco de la estrategia y metodología establecida.

La información presupuestaria en relación con la perspectiva de género de los programas, así como la incluida en el informe de impacto de género no permite de forma clara realizar un seguimiento de las recomendaciones derivadas de los informes de auditoría de presupuesto y género. Por otro lado, existen programas presupuestarios con un gran impacto de género que aún no han sido auditados por la Dirección General de Presupuestos y los realizados presentan un alcance temporal revisado que dista en ocasiones hasta 6 años con la fecha de elaboración del informe.

A la vista de lo anterior, el informe destaca que la realización de auditorías de presupuesto y género tanto por parte de los órganos internos, como por parte de los órganos de control externo, resulta fundamental para evaluar la implementación y aplicación efectiva de dicha estrategia. El resultado de tales auditorías debe poner de manifiesto sus debilidades, así como las propuestas de mejora que permita a los órganos gestores identificar los retos pendientes y las posibles acciones a desarrollar. Además, el alcance temporal de estas auditorías debe acercarse lo máximo posible a la fecha de realización de los informes, de tal forma que sus resultados sean oportunos en el tiempo.

5. Bibliografía

- Aguilera-Díaz, B. & Cirujano-Campano, P. (2011). Género, Presupuesto y Políticas Públicas: Una alianza estratégica para la igualdad (Gender, Budget and Public Policies: A Strategic Alliance to Ensure Equality). In *La cambiante situación de la mujer en Andalucía* (The Changing Situation of Women in Andalusia), ed. Óscar Marcenaro, XX–XX. Seville: Fundación Centro de Estudios Andaluces [Central Foundation for Andalusian Studies].
- Aguilera-Díaz, B. Olmo-Garrudo, A. & Escobar-Arroyo, A. I. (2011). La experiencia de presupuestación con perspectiva de género en la Junta de Andalucía: análisis de las diferentes fases del proceso (The Andalusian Government Experience of Gender-Responsive Budgeting: Analysis of the Different Stages of the Process). *Presupuesto y gasto público* (Budget and Public Expenditure) 64 (3): 59–80. Retrieved from: http://www.chap.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/planif_presup_genero/documentacion/64_Aguilera.pdf
- ASAL (2002). Active work for gender equality. Gender mainstreaming and the 3R-method in local government. Asociación Sueca de Autoridades Locales (Svenska Kommunförbundet). Retrieved from: www.svekom.se/jamstalldhet.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Acuerdo de 26 de junio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2020-2026. *BOJA n° 125 de 02/07/2019*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Acuerdo de 5 de junio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Formulación del II Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía. *BOJA n° 112 de 12/06/2018*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Decreto 20/2010, de 2 de febrero, por el que se regula la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. *BOJA n° 38 de 24/02/2010*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. *BOJA n° 247 de 18/12/2007*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. *BOJA n° 247 de 18/12/2007*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. *BOJA n° 199 de 15/10/2018*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Orden de 26 de mayo de 2017, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2018. *BOJA n° 104 de 02/06/2017*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía). Orden de 27 de febrero de 2019, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2019. *BOJA n° 42 de 04/03/2019*. Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Budlender, D. & Hewitt, G. (2002). *Gender budgets make more cents. Country studies and good practice*. Commonwealth Secretariat.
- Budlender, D. (2003). *Review of Budget Initiatives*. Cape Town, South Africa: Community Agency for Social Enquiry

- **Budlender, D.** (2004). *Expectations Versus Realities in Gender-Responsive Budget Initiatives*. New York: United Nations Research Institute for Social Development.
- **Council of Europe** (2005a). Rapport sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire. *Project de rapport final du Groupe de Spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire* (EG-SGB). EG-GB (2004) RAP FIN prov 2. Division Egalité. Direction Generale des droits de l'homme. DGII. Retrieved from: www.coe.int/equality/fr.
- **Council of Europe** (2005b). *Council of Europe Final Report of Group of Specialists on Gender Budgeting*. Strasbourg: Directorate of Human Rights, Council of Europe. Retrieved from: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1215219&Site=C_M&BackColorInternet=C3C-3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorOrLogged=F5D383.asp.
- **Downes, R. Von Trapp, L. & Nicol, S.** (2016). Gender Budgeting in OECD Countries. *OECD Journal on Budgeting*, 16(3), 71–107.
- **Elson, D.** (2002). Integrating gender into government budgets within a context of economic reform. *D. Budlender et al. (2002): Gender budgets make cents: understanding gender responsive budgets. Commonwealth Secretariat*.
- **Elson, D.** (2017). Financing for Gender Equality: How to Budget in Compliance with Human Rights Standards. *In Financing for Gender Equality* (25–48). London: Palgrave Macmillan.
- **European Institute for Gender Equality (EIGE)** (2016). *Poverty, gender and intersecting inequalities in the European Union*.
- **Gualda-Romero, M. J. Aguilera-Díaz, B. & Cirujano-Campano, P.** (2015). Progress in the Andalusian GRB Practice. *Journal of Economic Policy*, XXXI(2), 253–272.
- **International Monetary Fund (IMF)** (2017). *Gender Budgeting in G7 Countries*. Retrieved from: <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2017/05/12/pp041917gender-budgeting-in-g7-countries>.
- **Jubeto, Y.** (2008). Los presupuestos con enfoque de género: una apuesta feminista a favor de la equidad en las políticas públicas. *Cuadernos de Trabajo de Hegoa*, nº 43: 5-32
- **Jubeto, Y.** (2017). El análisis presupuestario con enfoque de género: un instrumento feminista clave para avanzar en la equidad socioeconómica. *Economiaz*, 91, 1º semestre: 300-329.
- **Junta de Andalucía Consejería de Hacienda, Industria y Energía** (2018). Informe de evaluación de impacto de género del presupuesto de la comunidad autónoma de Andalucía para 2018. Retrieved from: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/cehap_informe2018_informe.pdf
- **Junta de Andalucía**, Informe de evaluación de impacto de género del presupuesto de la comunidad autónoma de Andalucía para 2019. Retrieved from: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informe_0.pdf.
- **Klatzer E., O'Hagan, A. & Mader, K.** (2018). A Brief Overview of Gender Budgeting in Europe. In *Gender Budgeting in Europe. Developments and Challenges*. Palgrave Macmillan: 43-56
- **Klatzer, E. & Stiegler, B.** (2011). Gender Budgeting – An Equality Policy Strategy. *Briefing Paper Shanghai*, November, No. 12
- **Lombardo, E.** (2006). Mainstreaming, evaluación de impacto y presupuesto de género. Conceptos y criterios. En de la Fuente, M y Ortiz, L. *Els pressupostos amb perspectiva de gènere, reptes per als governs locals*. ICPS: Barcelona: 85-116.
- **O'Hagan, A. & Klatzer, E. (Ed)** (2018). *Gender Budgeting in Europe. Developments and Challenges*. Palgrave Macmillan. Springer.
- **O'Hagan, A.** (2018). Conceptual and Institutional Origins of Gender Budgeting. *In Gender Budgeting in Europe. Developments and Challenges*. Palgrave Macmillan: 19-42.
- **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (2017). Gender Budgeting in OECD Countries. *OECD Journal of Budgeting*, 16(3), 71-107.
- **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (2016). 2015 *OECD Recommendation of the Council on Gender Equality in Public Life*, OECD, Paris. Retrieved from: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252820-en>
- **Quinn, S.** (2016). *Europe: A Survey of Gender Budgeting Efforts*. IMF Working Paper 16/155. Washington, DC: International Monetary Fund.

- Rubin, M. M. & Bartle J.R. (2005). Integrating Gender into Government Budgets: A New Perspective, *Public Administration Review*, 65(3), 259-272.
- Sharp, R. & Broomhill, R. (2002). Budgeting for equality: The Australian experience. *Feminist Economics* 8(1), 25-47.
- Sharp, R. & Broomhill, R. (2013). *A Case Study of Gender Responsive Budgeting in Australia*. Commonwealth Secretariat.
- Sharp, R. (2001). The Economics and Politics of Auditing Government Budgets for their Gender Impacts. *Investigacion Economica*, 236, 45-76.
- Stotsky, M. J. G. (2016). Gender budgeting: Fiscal context and current outcomes. International Monetary Fund.
- United Nations (1995). *Platform for Action*. Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development and Peace. Beijing, September 1995. Retrieved from: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform>
- World Bank (WB) (2011). *Gender equality and development*. *World Development Report*, 2012. Washington DC.

Anexo 1. La Escala G+, ponderación de criterios

PERTINENCIA		
Aquellos con incidencia sobre personas y aquellos que no		
RELEVANCIA	Poder transformador	El programa tiene competencias para actuar y son relevantes en relación con la igualdad de género.
Criterios	Capacidad de impacto	Número de personas que se ven afectadas por las actuaciones del programa (importancia cualitativa/cuantitativa).
	Relevancia funcional	El ámbito en el que actúa el programa es reconocido como “palanca de cambio” en igualdad de género.
	Gestión de personal	El programa tiene efectos sobre la gestión del personal de los centros de trabajo de la Junta de Andalucía.

Fuente: Consejería de Hacienda, Industria y Energía.

RELEVANCIA	PERTINENCIA	
	SI	NO
Baja	g1 Programas con incidencia sobre personas fundamentalmente de carácter interno o instrumental.	g0 Programas sin incidencia directa sobre personas e incidencia indirecta nula o baja.
Media	G Programas con incidencia sobre personas, con un menor impacto ya sea por el número de personas destinatarias o por el nivel y el contenido de la competencia.	
Alta	G+ Programas con incidencia sobre personas, con un gran impacto y capacidad transformadora desde el enfoque de género.	

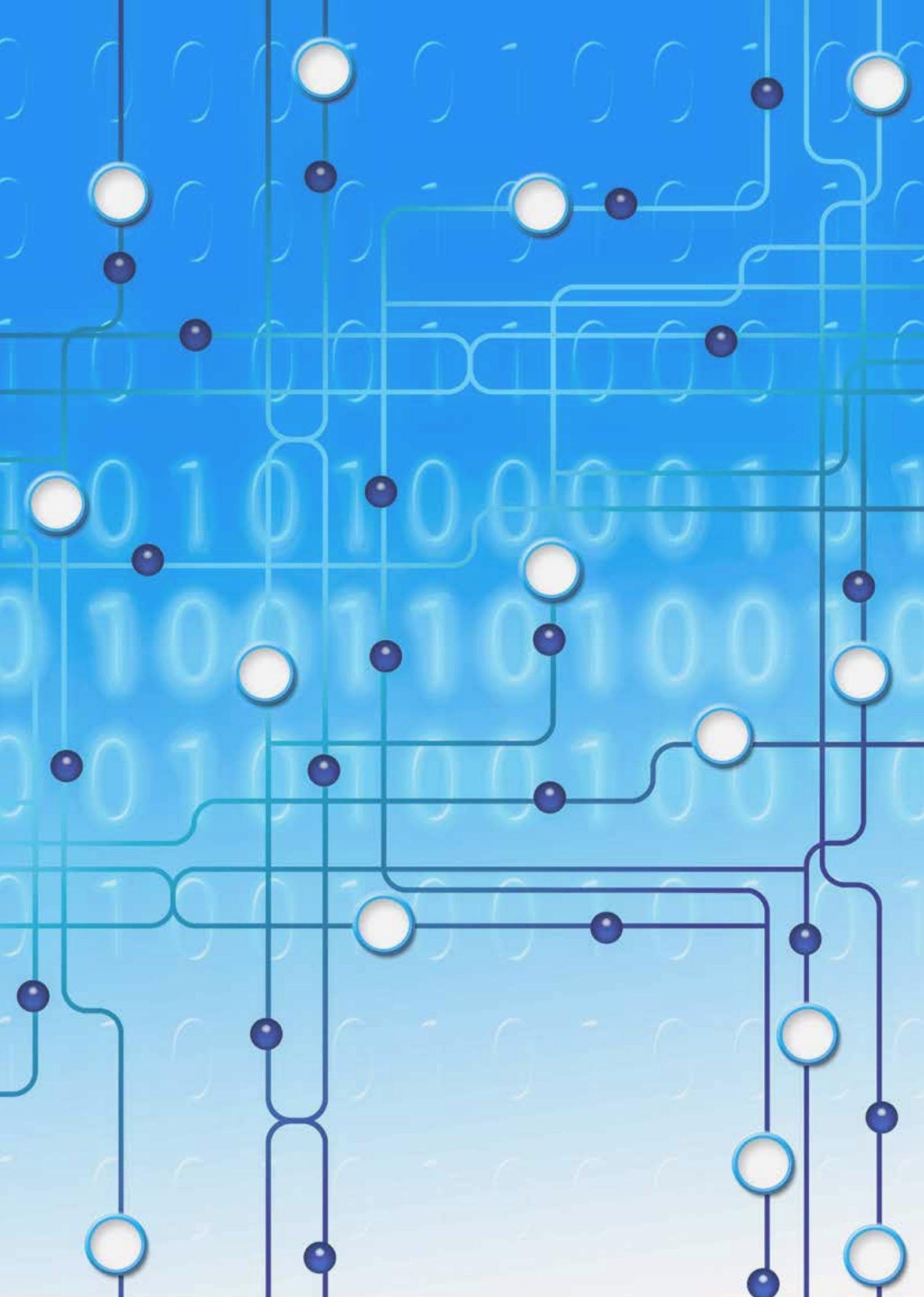
Fuente: Consejería de Hacienda, Industria y Energía (2019).

Anexo 2. Auditorías de presupuesto y género

Programas y entidades instrumentales auditadas		Clasificación Escala G+	Periodo auditado	Fecha CIGP	DOE.G+
41C	Asistencia sanitaria	G+	2009-2012	jul-14	SI
42I	Educación para la primera infancia	G+	2009-2012	jul-14	SI
54F	Elaboración y difusión estadística y cartográfica	G+	2009-2012	jul-14	SI
71H	Desarrollo rural	G+	2009-2012	jul-14	SI
82B	Cooperación para el desarrollo	G+	2009-2012	jul-14	SI
31N	Justicia juvenil y cooperación	G	2010-2013	jun-16	SI
12B	Selección y formación de personal de la administración general	G+	2010-2013	jun-16	SI
61D	Política presupuestaria	G+	2010-2013	jun-16	NO
31T	Protección contra la violencia de género y asistencia las víctimas	G+	2010-2013	jun-16	SI
44H	Consumo	G	2010-2013	jun-16	SI
52C	Comunicación social	G	2010-2013	dic-16	SI
43A	Vivienda, rehabilitación y suelo	G+	2010-2013	dic-16	SI
61H	Financiación, tributos y juego	G+	2010-2013	dic-16	SI
45D	Museos, espacios culturales, difusión y promoción del arte	G+	2010-2013	dic-16	SI
54D	Investigación, desarrollo y formación agraria y pesquera	G	2010-2013	abr-17	SI
42C	Educación infantil y primaria	G+	2010-2013	abr-17	NO
42D	Educación secundaria y formación profesional	G+	2010-2013	abr-17	NO
75B	Planificación, ordenación y promoción turística	G	2010-2013	abr-17	SI
44F	Sostenibilidad e información ambiental	G	2010-2013	nov-17	SI
46B	Actividades y promoción del deporte	G+	2010-2013	nov-17	SI
54A	Investigación científica e innovación	G	2010-2013	nov-17	NO
42J	Universidades	G+	2010-2013	ene-18	SI
72C	Emprendedores e internacionalización de la economía andaluza	G+	2010-2013	ene-18	SI
	Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A.		2010-2013	dic-18	NO
	Agencia Andaluza del Conocimiento		2010-2013	dic-18	NO
	Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA)		2010-2013	dic-18	NO
	Agencia Pública Andaluza de Educación		2010-2013	dic-18	NO
	Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA)		2010-2013	dic-18	NO
	Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza		2010-2013	dic-18	NO
	Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A.		2010-2013	dic-18	NO
31R	Atención a la dependencia, envejecimiento activo y discapacidad	G+	2010-2013	jul-19	NO
31G	Acción Comunitaria e Inserción (antiguo 32E Inclusión Social)	G+	2016	may-20	NO
51B	Movilidad e Infraestructuras Vías y de Transporte	G	2016	dic-20	NO
41D	Salud Pública y Participación	G+	2016	En fase de elaboración	-
32L	Empleabilidad, Intermediación y Fomento del Empleo	G+	2016	En fase de revisión	-

Fuente: Dirección General de Presupuestos. Consejería de Hacienda y Financiación Europea. Elaboración propia.

Nota: fecha de referencia del análisis efectuado diciembre de 2020.



Audidores de algoritmos

Enrique Benítez Palma

Economista

Ex Consejero de la Cámara de Cuentas de Andalucía

Resumen: En octubre de 2020, cinco Instituciones de Control Externo europeas publicaron un documento sobre la auditoría de algoritmos basados en el autoaprendizaje (machine learning) con el doble propósito de llamar la atención sobre este asunto y establecer un marco de referencia común a la hora de abordar la fiscalización de las decisiones públicas automatizadas por parte del control externo. En ausencia de un marco normativo común europeo, y a la vista del creciente uso de algoritmos por parte del sector público para fundamentar y agilizar la toma de decisiones, en un proceso de construcción de una administración pública digital basada en los datos (data driven), los primeros ejemplos de sesgos y errores en estas decisiones algorítmicas ponen de manifiesto la necesidad de establecer controles sólidos para hacer un seguimiento del uso de estas soluciones. La agilidad y la objetividad que prometen las herramientas basadas en el uso de los abundantes datos disponibles (big data) choca con una realidad en la que aparecen sesgos y se toman decisiones automáticas sin la más mínima participación de las personas implicadas. Decisiones importantes que afectan a la vida y a los derechos de esas personas. El artículo propone una revisión a la documentación disponible, y alerta sobre el papel secundario que puede corresponder al control externo si no da un paso adelante en este territorio confuso y por construir. Otras agencias reguladoras, o incluso la galaxia existente de organismos fiscalizadores de la sociedad civil pueden ocupar el espacio abandonado.

Palabras Clave: Control externo, algoritmos, inteligencia artificial, sector público, auditoría.

Abstract: In October 2020, five European Supreme Audit Institutions published a paper on the audit of machine learning algorithms with the dual purpose of drawing attention to this issue and establishing a common frame of reference when dealing with the audit of automated public decisions by external audit. In the absence of a common European regulatory framework, and in view of the increasing use of algorithms by the public sector to inform and speed up decision-making, in a process of building a data-driven public administration, the first examples of biases and errors in these algorithmic decisions highlight the need to establish robust controls to monitor the use of these solutions. The agility and objectivity promised by tools based on the use of the abundant data available (big data) clashes with a reality in which biases appear and automatic decisions are made without the slightest participation of the people involved. Important decisions that affect the lives and rights of these people. The article proposes a review of the available documentation, and warns of the secondary role that may correspond to external control if it does not take a step forward in this confused and unconstructed territory. Other regulatory agencies, or even the existing galaxy of civil society watchdogs, can occupy the abandoned space.

Keywords: External audit, algorithms, artificial intelligence, public sector, audit.



Introducción

El 14 de octubre de 2020, cinco importantes Instituciones europeas de Control Externo -las de Finlandia, Alemania, Países Bajos, Noruega y el Reino Unido, por orden alfabético en inglés- publicaron un documento conjunto de enorme interés e importancia para el futuro (inmediato) de la fiscalización de las decisiones públicas basadas en el uso de algoritmos. *Auditing machine learning algorithms. A White paper for public auditors*, pretende ser una guía básica de referencia para ayudar tanto a las instituciones como a los auditores individuales a llevar a cabo auditorías de algoritmos basados en *machine learning* que hayan sido utilizados por las agencias gubernamentales.

Aunque en España el uso de algoritmos en el sector público sea en estos momentos un asunto incipiente y sometido a discusión jurídica, limitado según los expertos en derecho administrativo a colaborar o apoyar la toma de decisiones, pero nunca a sustituir las potestades públicas o eludir la

necesaria motivación que impide la arbitrariedad¹, los planes de modernización del sector público que serán financiados con fondos europeos y la publicación de documentos como la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial o España puede. Plan de recuperación, transformación y resiliencia de la economía*², anticipan la aplicación en las administraciones públicas españolas de este tipo de herramientas. De esta manera, surge en paralelo la necesidad de modernizar también las capacidades de las distintas instituciones independientes que tienen como misión ejercer el control de la acción del Gobierno, sea estatal, autonómico o local, o velar por el buen funcionamiento de la economía, como es el caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Este trabajo propone conocer los motivos por los que se deben auditar los algoritmos que se usan en el sector público, analizar las distintas experiencias de las instituciones de control externo en el ámbito de la fiscalización del uso de algoritmos, y profundizar en el caso concreto de los Países Bajos. Asimismo, sugiere algunas lecturas adicionales que pueden ser de interés para establecer una primera toma de contacto con una cuestión que, sin duda, debe preocupar y ocupar a las diferentes instituciones de control externo durante los próximos años.

1. ¿Por qué auditar los algoritmos?

El uso de algoritmos en el sector público no es una novedad, al menos en los países occidentales. Desde hace varios años las organizaciones del sector público se apoyan en este tipo de herramientas para agilizar y objetivar la toma de decisiones. El paradigma de partida es la disponibilidad y neutralidad de los datos: existe abundancia de registros en manos de las administraciones públicas, y a partir de esta información se pueden diseñar fórmulas que ayuden a tomar decisiones más eficientes, eficaces y apoyadas en la evidencia.

Pero la cosa no es tan sencilla. Hay que saludar con entusiasmo la traducción y publicación en castellano del libro seminal "Automatizando la desigualdad", de la politóloga estadounidense Virginia Eubanks, al que ya he hecho mención en otros artículos anteriores³. Eubanks demuestra

1. Para no incluir una bibliografía muy prolija, se recomienda consultar Benítez Palma y Teré Pérez (2021).

2. El componente 16 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España desarrolla la hoja de ruta del despliegue de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial.

3. Publicado a mediados de mayo de 2021 por la editorial Capitán Swing.

que, al menos en los Estados Unidos, es la gente más desfavorecida la que se relaciona con la administración pública, lo que introduce un llamativo sesgo en el manejo de la información disponible, que no abarca al conjunto de la población, ni incorpora todas las variables relevantes, sino que presenta carencias que además influyen en la decisión que se toma.

Para introducir la cuestión, podemos partir de cuatro ideas aportadas por los profesores Michael Kearns y Aaron Roth en su libro "El algoritmo ético". Se trata de una obra de lectura amena y recomendable que permite a las personas interesadas afrontar desde la curiosidad una aproximación a los problemas derivados del uso de algoritmos mal diseñados para tomar decisiones que afecten a nuestras vidas. Las cuatro ideas mencionadas son las siguientes:

1. "A medida que prolifera la captura y el análisis de datos, no sólo nos preocupa la privacidad, porque los algoritmos, esas pequeñas secuencias de código máquina que interfieren cada vez más en nuestros comportamientos a través de los teléfonos e internet, no se limitan a analizar los datos que generamos con cada uno de nuestros desplazamientos. También los emplean activamente para tomar decisiones que influyen en nuestras vidas" (Kearns y Roth, p. 13).
2. "¿Qué es un algoritmo? En su nivel más fundamental, no es más que una serie de instrucciones especificadas con gran precisión para llevar a cabo una tarea concreta" (Ibidem, p. 14).
3. "Sin embargo, los algoritmos, especialmente los modelos derivados directamente de datos a través de un aprendizaje automático, plantean retos diferentes. No solo permiten a un número importante de agentes tomar decisiones sin intervención humana, sino que, por su naturaleza tan compleja y opaca, ni siquiera sus diseñadores pueden prever cómo se comportarán en muchas situaciones" (Ibidem, p. 19). Esta afirmación enlaza con las advertencias realizadas hace unos años por Frank Pasquale en otro libro importante⁴, o más recientemente por Ryan Calo y Danielle Citron, cuando afirman que "los sistemas automatizados del Estado administrativo ponen de manifiesto hasta qué punto los funcionarios de los organismos han delegado sus responsabilidades en sistemas de terceros que son poco comprendidos incluso por sus creadores (*little understood even by their creators*)⁵.

4. "El resultado es que la toma de decisiones complejas automatizada que aporta el aprendizaje de las máquinas tiene un perfil propio, diferente del de su diseñador. Tal vez éste conozca bien el algoritmo que se utilizó para encontrar el modelo de toma de decisiones, pero no el modelo en sí" (Kearns y Roth, p. 23).

En definitiva, una cosa es el diseño de los algoritmos y otra muy diferente el control del funcionamiento de estos algoritmos una vez que se introduce en ellos un componente de aprendizaje autónomo. Esta divergencia es la que está en la base de la preocupación de las instituciones europeas de control externo cuando llaman la atención sobre la necesidad de auditar este tipo de sistemas.

Por lo tanto, hay dos cuestiones que fundamentan o explican la necesidad de controlar y vigilar el buen uso de algoritmos en el proceso de toma de decisiones en las administraciones públicas. Por un lado, están los sesgos derivados de la utilización de grandes bases de datos mal definidas, o incompletas, o que se basan en la experiencia histórica, lo que lleva a tomar decisiones que incorporan implícitamente mecanismos de discriminación (en los Estados Unidos si eres de raza negra un algoritmo puede tener la capacidad de clasificarte como una persona en situación de riesgo, o como un potencial criminal). Y por otro lado está la propia explicabilidad y fundamentación, es decir, la motivación administrativa, de las decisiones tomadas a partir del uso de un algoritmo concreto. Por utilizar de nuevo un ejemplo reciente y conocido, en los Países Bajos el gobierno tuvo que dimitir tras reconocer que un algoritmo de lucha contra el fraude había obligado a miles de familias de origen inmigrante a devolver ayudas sociales porque había categorizado erróneamente que esas familias estaban cometiendo fraude al acceder a las ayudas del Estado. Es decir, que en efecto se están tomando decisiones basadas en algoritmos que influyen en las vidas de los ciudadanos, en estos casos para perjudicarlas y causar un grave daño económico y reputacional.

En el Reino Unido, la utilización de un algoritmo para establecer las notas de los estudiantes de cara al acceso a la universidad, a partir de sus expedientes académicos y escuelas de procedencia, resultó ser un enorme fiasco que salpicó a la propia confianza de la sociedad en el sistema. El escándalo animó al gobierno a encomendar al *Centre for Data Ethics and Innovation* (CDEI) un informe sobre los sesgos algorítmicos, de obligada lectura para comprender la situación, publicado en noviembre de 2020: *Review into Bias in Algorithmic Decision-Making*.

4. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press, 2015.

5. Calo, R. & D. K. Citron (2020): "The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy." Boston University School of Law. He citado ya esta referencia en Benítez Palma (2021).

Uno de los párrafos del resumen ejecutivo es importante porque permite enmarcar la cuestión: “El uso de datos y algoritmos de forma innovadora puede permitir a las organizaciones comprender las desigualdades y reducir los prejuicios en algunos aspectos de la toma de decisiones. Pero también hay circunstancias en las que el uso de algoritmos para tomar decisiones que afectan a la vida puede considerarse injusto al no tener en cuenta las circunstancias de un individuo, o al privarle de su capacidad de acción personal. Este informe no se centra directamente en este tipo de injusticia, pero sí en la toma de decisiones, si la persona sujeta a la decisión no ha contribuido a la misma” (CDEI, 2020, p. 6).

Esta aportación es clarificadora, en tanto en cuanto apunta a la problemática de sustituir la interacción directa de la administración con los ciudadanos por un sistema indirecto de toma de decisiones basado en los datos disponibles, y no en la aportación directa de información por parte de las personas sobre las que se decide. Es decir, que el riesgo de posible arbitrariedad basado en la subjetividad derivada de las siempre imperfectas relaciones entre seres humanos sería sustituido por otro riesgo más frío y difícil de detectar: el de prescindir de las personas sobre las que se deben tomar las decisiones, para confiar en datos históricos no siempre completos y a menudo portadores de sesgos de todo tipo.

El informe continúa: “Tomar decisiones justas e imparciales no sólo es bueno para las personas implicadas, sino también para las empresas y la sociedad. El éxito y la sostenibilidad de la innovación dependen de la construcción y el mantenimiento de la confianza del público. Las encuestas realizadas para esta revisión sugieren que, antes de la controversia de agosto [se refiere al fiasco descrito de las notas de acceso a la universidad], el 57% de las personas sabía que se utilizan sistemas algorítmicos para apoyar las decisiones sobre ellos, y sólo el 19% estaba en principio en desacuerdo con la sugerencia de que un algoritmo ‘justo y preciso’ ayude a ayudar a tomar este tipo de decisiones. En octubre, se constató que el conocimiento había aumentado ligeramente (hasta el 62%), al igual que el desacuerdo (al 23%). Esto no apunta hacia un cambio de actitud del público, pero está claro que aún queda mucho camino por recorrer para crear confianza en los sistemas algorítmicos. El punto de partida obvio para ello es garantizar que los algoritmos sean fiables” (CDEI, 2020, p.6). Las conclusiones y hallazgos del informe del CDEI están en sintonía con lo apuntado por el profesor Paul Daly, cuando afirma que “para que la

administración artificial sea eficaz, debe haber un ‘nivel suficiente de confianza social’: ‘no sólo es necesario que las aplicaciones gubernamentales de IA sean eficaces, sino que la población debe percibir las también como eficaces para que sean complementos legítimos o sustitutas de los funcionarios humanos”⁶.

Las recomendaciones del informe son las siguientes:

“Los responsables de la gobernanza de las organizaciones que despliegan o utilizan herramientas de toma de decisiones algorítmicas para apoyar decisiones significativas sobre las personas deben asegurarse de que haya líderes responsables de:

- Comprender las capacidades y los límites de esas herramientas.
- Considerar cuidadosamente si las personas serán tratadas de forma justa por el proceso de toma de decisiones del que forma parte la herramienta.
- Tomar una decisión consciente sobre los niveles adecuados de participación humana en el proceso de toma de decisiones.
- Poner en marcha estructuras para recopilar datos y supervisar los resultados para que sean justos.
- Comprender sus obligaciones legales y haber realizado las evaluaciones de impacto adecuadas.

Esto se aplica especialmente en el sector público, donde los ciudadanos a menudo no pueden elegir si quieren utilizar un servicio, y las decisiones que se toman sobre los individuos a menudo pueden afectar a su vida” (CDEI, 2020, p.10).

En relación con el uso de algoritmos y la necesidad de establecer un marco adecuado para vigilar la calidad de los datos y aprovechar el potencial de la Inteligencia Artificial para el sector público, es recomendable conocer y analizar las distintas iniciativas que se han llevado a cabo por el Reino Unido: la aprobación de un marco de referencia por la *Information Commissioner’s Office* (ICO), la definición de una Estrategia Nacional de los Datos (*National Data Strategy*), la reflexión sobre qué se debe entender por calidad de los datos (*data quality*) y la creación de una Oficina para la Inteligencia Artificial (*Artificial Intelligence Office*) como organismo específico dedicado a estos asuntos dentro del Ministerio con competencia en asuntos digitales.

6. Daly, P. (2019): “*Artificial Administration: Administrative Law in the Era of Machines*.” Working Paper, Ottawa University. He utilizado esta misma referencia en Benítez Palma (2021).



2. La situación en España

Aunque España no ha llegado aún al nivel de madurez de uso de algoritmos en la gestión pública que se observa, por ejemplo, en la Europa continental o el mundo anglosajón, en los primeros meses del año 2021 se han conocido dos iniciativas relevantes en torno a esta cuestión⁷.

En enero de 2021 se ha publicado la *Guía de auditoría algorítmica*, de Éticas Consulting, una organización con sede en Barcelona a cuyo frente se halla Gemma Galdón Clavell. Se trata de una guía muy accesible, disponible en castellano para quienes quieran acercarse a esta cuestión, y en la que se puede leer que “las auditorías algorítmicas se presentan como una forma necesaria de hacer que esta tecnología sea más explicable, más transparente, más predecible, y más controlable por la ciudadanía, las instituciones públicas y también las empresas, ya sea antes del desarrollo del sistema, durante su desarrollo o a posteriori” (Éticas, 2021, p. 9).

Esta Guía también recuerda que “de acuerdo con la normativa vigente en materia de protección de datos (RGPD y LOPDGDD), todo tratamiento automatizado que produzca efectos significativos sobre la vida de una persona debe

ser siempre supervisado por una persona” (Ibidem, p. 15), y plantea que todos los algoritmos utilizados por el sector público se sometan a algún tipo de auditoría. Su metodología se construye a partir de cuatro grandes principios rectores, complementarios entre sí (Éticas, 2021, pp. 23-27):

- a) Cumplimiento legal y ético: “todo algoritmo debe cumplir con lo dispuesto por las normas jurídicas y deontológicas vigentes”. Aquí se hace referencia expresa tanto a la protección de datos ya mencionada como a la Carta Europea de Derechos Humanos.
- b) Deseabilidad del sistema: “un algoritmo de impacto social debe ser siempre explicable, preciso, replicable, transparente y justo. Por este motivo es imprescindible prestar atención a cuál es el ‘problema’ al que pretende dar solución el sistema auditado, y examinar si la tecnología utilizada es, efectivamente, la mejor manera de abordarlo”.
- c) Aceptabilidad social: “un sistema que tiene efectos sobre la vida de las personas, ya sea de forma directa o indirecta, debe ser comprensible, controlable, sostenible y, en alguna medida, beneficioso para las partes afectadas por el mismo”.

7. Es necesario hacer referencia a los avances normativos que se han producido en Cataluña, con la aprobación del Decreto 76/2020 de Administración Digital, y la creación en enero de 2021 del Comité Ético de los Datos, un órgano consultivo y transversal, que tiene como objetivo “garantizar que el despliegue de los usos avanzados de los datos, propios de la administración digital, se hagan de forma equitativa y responsable.

- d) Protección y gestión adecuada de los datos: esta gestión “debe responder a los principios del tratamiento que establecen el RGPD y la LOPDGDD, como la exactitud, la limitación del plazo de conservación, la limitación de la finalidad o la integridad y confidencialidad de los datos”⁸.

Respecto a la auditoría en sí de los sistemas, propone un trabajo en cinco etapas (estudio preliminar, mapeo, plan de análisis, análisis e informe de auditoría), que comienza con una captación de información preliminar sobre el algoritmo para determinar “quién lo encarga, lo diseña, lo desarrolla, lo financia y lo implementa, y cuál es el problema que se pretende resolver usando ese algoritmo” (Éticas, 2021, p. 28) y termina con un informe de auditoría que “deje constancia del proceso realizado, así como del cumplimiento legal y ético, la precisión, la aceptabilidad y la deseabilidad del modelo en base a la interpretación de los resultados” (Ibidem, p. 61). Esta Guía permite entender, sin profundizar en conocimientos técnicos, de qué se habla cuando se habla de auditoría algorítmica.

Además de este interesante documento, en abril el Ayuntamiento de Barcelona ha hecho público su *Medida de Gobierno de la estrategia municipal de algoritmos y datos para el impulso de la ética artificial*. Las ciudades están tomando la delantera en la

toma de decisiones relacionadas con el uso de algoritmos, como lo ponen de manifiesto los casos de los registros públicos de algoritmos de Helsinki o Rotterdam (SAIDOT, 2021), o esta iniciativa de Barcelona. En esta *Medida de Gobierno* llama la atención, dentro de las recomendaciones técnicas, la parte dedicada al análisis de riesgos: “una aplicación de la IA debe considerarse de riesgo elevado tanto desde la perspectiva de la protección de la seguridad como desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las personas. (...) Deben considerarse de riesgo elevado —y por lo tanto exigen un control especial— todas las aplicaciones de la IA con efectos jurídicos sobre los derechos de una persona, las que puedan causar lesiones, la muerte o daños materiales (o inmateriales significativos), así como las que puedan producir efectos imposibles de evitar por las personas” (Ayuntamiento de Barcelona, 2021, p. 37).

El documento del Ayuntamiento de Barcelona apuesta por la construcción de una Inteligencia Artificial fiable (lo que en el Libro Blanco de la IA de la Comisión Europea se define como *‘trustworthy AI’*; esto es, una IA digna de confianza, a partir del siguiente proceso, que también toma en consideración la reciente *Carta de derechos digitales*, impulsada por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital:



Fuente: Ayuntamiento de Barcelona (2021).

8. En este punto no me resisto a recomendar un artículo académico del máximo interés: Kaminski, M. E. (2019): *Binary Governance: Lessons from the GDPR's Approach to Algorithmic Accountability*. Southern California Law Review, vol. 92, pp. 1529-1616.

3. El control externo y el uso de algoritmos en la administración pública

La fiscalización de decisiones públicas basadas en herramientas algorítmicas no es nueva en el ámbito del control externo. Ya en 2017, la *Cour des Comptes* de Francia tuvo que auditar los resultados de la aplicación de estas técnicas en el acceso a la enseñanza superior. El informe, titulado (en inglés) *Admission post-bac and Access to Higher Education* concluía de manera rotunda que “la Admisión Post-Bachillerato (post-high school admission, o APB) es una plataforma digital pública utilizada por los bachilleres para presentar solicitudes con vistas a entrar en los cursos de primer año de la educación superior. Contiene dos algoritmos: un algoritmo de asignación, que cruza las preferencias de los centros educativos y de los solicitantes, y un algoritmo de clasificación, que atribuye un orden de

prioridad a las solicitudes de acceso a los cursos de grado. Los métodos de funcionamiento de la APB, que carecen de transparencia y no se ajustan al código educativo, ponen de manifiesto las incoherencias en las condiciones de acceso a los cursos de licenciatura en las universidades. La APB constituye un avance técnico útil, pero hoy en día es criticada con razón y necesita ser reformada” (*Web de la Cour des Comptes*)⁹.

Con motivo de la proliferación de uso de este tipo de herramientas, o soluciones, la revista ISACA ha prestado atención al tema, identificando los riesgos potenciales y las soluciones a adoptar para garantizar una buena auditoría de sistemas de inteligencia artificial:

Retos para el auditor de la IA	Claves para el éxito de la auditoría de la IA
– Marcos de auditoría o regulaciones específicas inmaduras para la IA	– Adoptar y adaptar los marcos y regulaciones existentes
– Precedentes limitados para los casos de uso de la IA	– Explicar y comunicar proactivamente sobre IA con las partes interesadas
– Definiciones y taxonomías inciertas de la IA	– Explicar y comunicar proactivamente sobre IA a las partes interesadas
– Gran variedad de sistemas y soluciones de IA	– Informarse sobre el diseño y la arquitectura de la IA para establecer un alcance adecuado
– Naturaleza emergente de la tecnología de IA	– Informarse sobre el diseño y la arquitectura de la IA para fijar el ámbito de aplicación
– Falta de orientación explícita sobre la auditoría de la IA	– Centrarse en la transparencia mediante un proceso iterativo. Centrarse en controles y gobernanza, no en los algoritmos
– Falta de puntos de partida estratégicos	– Implicar a todas las partes interesadas
– Posible curva de aprendizaje para el auditor de IA	– Informarse sobre el diseño de la IA y contratar a especialistas necesarios
– Riesgo para el proveedor creado por la subcontratación de IA a terceros	– Documentar las prácticas de arquitectura para la transparencia entre equipos

Fuente: ISACA (Auditing Artificial Intelligence, 2018)

9. <https://www.ccomptes.fr/en/publications/admission-post-bac-and-access-higher-education>

Como se puede ver, la novedad del tema, la confluencia con la metodología de las auditorías de sistemas de información y la indefinición de los propios marcos regulatorios son algunos de los principales problemas a la hora de afrontar una auditoría de sistemas de inteligencia artificial. En este sentido, es importante recordar la variedad de modelos y marcos existentes, tal y como pone de manifiesto un reciente documento de *Open Government Partnership* (BASU y PÉREZ, 2020). Según estos autores, hay tres modelos de gobernanza algorítmica en estos momentos:

1. **Obligado por la ley:** Francia tiene un marco legal que obliga a abrir los algoritmos (*Law for a Digital Republic*), por lo que el ámbito de aplicación de la política se establece en la ley. Las administraciones deben publicar en línea una lista de algoritmos cuando se utilizan para tomar decisiones que afectan a la vida de los ciudadanos.
2. **Obligado por la política (*Committed by policies*):** Canadá tiene una directiva emitida por el comité de supervisión de finanzas y operaciones del gobierno federal, que establece los requisitos sobre cómo se pueden utilizar los algoritmos para apoyar la prestación de servicios a los ciudadanos. El cumplimiento de esta directiva es obligatorio para los departamentos del gobierno federal canadiense, y de hecho se acaba de actualizar en abril de 2021 (GOVERNMENT OF CANADA, 2021).
3. **Voluntario:** En Nueva Zelanda, el enfoque de los algoritmos se basa en un compromiso público de los organismos gubernamentales, no en una norma legal. El país creó una carta de algoritmos (incluso como parte de un compromiso de la *Open Government Partnership*) que fue sometida a consulta pública y actualmente está trabajando en su aplicación (GOVERNMENT OF NEW ZEALAND, 2020). Como en cualquier enfoque voluntario, uno de los retos es que no todos los organismos se han comprometido a aplicar la carta. Es importante tener en cuenta que muchos de estos cambios se están produciendo antes de que se establezcan los marcos legales. Esto es una limitación, pero también una oportunidad que ha permitido un movimiento más rápido y ágil.

Para el control externo, la construcción de diferentes arquitecturas institucionales y la intersección de competencias con otras agencias reguladoras -por ejemplo, las de protección de datos, o las de protección de los derechos de los consumidores- dificultan la posibilidad de ejercer la misión de fiscalizar el uso de estas herramientas y el resultado de las decisiones implementadas a través de ellas. No obstante, el ejemplo holandés puede servir de marco de referencia en caso de que se plantee la voluntad de dar un paso adelante en este controvertido y apasionante terreno.

4. El caso del control externo en los Países Bajos

De las cinco Instituciones de Control Externo que promovieron el documento sobre la auditoría de algoritmos basados en *machine learning*, es el Tribunal de Cuentas de Holanda (*Netherlands Court of Auditors*) -y también la Cámara de Cuentas regional de Rotterdam (*Rekenkamer Rotterdam*)- el que más ha avanzado en la aplicación práctica de los principios desarrollados. Este comportamiento tiene que ver, de entrada, con su propia planificación estratégica, ya que en sus dos últimos planes se llama la atención sobre la evolución constante del sector público y el desafío que supone la utilización de nuevas tecnologías por parte de los gobiernos auditados. Holanda, en esta manifestación de interés, va por delante.

Así, en su documento estratégico del período 2016-2020, titulado "Confianza basada en la comprensión" (*Trust based on Understanding*), ya se señalan los riesgos derivados del uso de las tecnologías en el sector público, en un escenario de necesaria modernización pero en el que no siempre se tienen en cuenta las verdaderas necesidades y capacidades de la ciudadanía. En esta planificación estratégica, el Tribunal de Cuentas holandés señala que "estas constantes reorganizaciones han convertido al 'gobierno' en una compleja estructura de organizaciones y técnicas de financiación, sin una división clara de funciones y responsabilidades y con límites a menudo borrosos entre los flujos de dinero público y privado. La experiencia práctica nos ha enseñado que esta situación puede suponer un riesgo para la prestación eficiente de los servicios públicos y para la regularidad del gasto público. También dificulta el ejercicio del derecho del Parlamento a aprobar y modificar la política presupuestaria. El seguimiento del flujo de dinero del Tesoro a los ciudadanos no suele ser una tarea fácil. También hace más difícil saber exactamente quién es responsable de qué, y medir los resultados y el impacto de las políticas gubernamentales. Para el público en general, la situación es incluso aún más opaca. En otras palabras, hay deficiencias en la forma en que el gobierno informa sobre el gasto del dinero público. Esto repercute en nuestro trabajo" (Netherlands Court of Audit, 2016, p.8).

A este documento estratégico le ha sucedido uno nuevo referido al horizonte temporal 2021-2026, titulado "Confianza en la Rendición de Cuentas" (*Trust in Accountability*). De nuevo aparece la palabra confianza, lo que parece significativo, ya que en el ámbito de la aplicación de la inteligencia artificial a las decisiones públicas se utiliza el término "*trustworthy AI*"; es decir, inteligencia artificial confiable o digna de confianza. Se insiste en la idea de desentrañar cómo se toman las decisiones, para evitar su opacidad, la posible comisión de injusticias al basar la gestión en algoritmos, o incluso el rechazo social derivado de la incomprensión o la ausencia de motivación clara en las decisiones tomadas.



En este nuevo plan estratégico la mención a la tecnología y los sistemas de información es mucho más contundente: “la administración central apenas es capaz de seguir el ritmo de los avances en tecnología de la información, si es que lo hace. Sin embargo, la tecnología y los datos -el ‘oro del siglo XXI’- están cada vez más en el corazón del gobierno. La crisis de COVID-19 ha vuelto a poner de manifiesto que la continuidad de la prestación de servicios depende del buen funcionamiento de las tecnologías de la información, y los servicios públicos no son una excepción. Por eso damos tanta importancia a la gestión de la información en nuestra auditoría anual de responsabilidad gubernamental. Se ha convertido en el tercer componente de nuestra auditoría de la gestión operativa, junto con la gestión financiera y material. Cuando sea necesario, desarrollaremos normas adicionales sobre la gestión de la información. En este sentido, examinaremos el desarrollo y el control de los objetivos y el uso de algoritmos de autoaprendizaje en los próximos años” (Netherlands Court of Auditors, 2021a, p. 21).

Uno de los primeros resultados concretos de este reconocimiento estratégico de la importancia de las decisiones públicas basadas en datos (*data-driven*) y la necesidad de su vigilancia y control, es otro documento de 2021 titulado “Comprendiendo los algoritmos” (*Understanding algorithms*). El Tribunal de Cuentas de Holanda no sólo ha puesto el foco en la fiscalización de los algoritmos, sino que también está compartiendo con generosidad su conocimiento adquirido

con el resto de Instituciones de Control Externo interesadas en esta cuestión. Ha publicado también un marco para la auditoría de los algoritmos (*Algorithm Audit Framework*), de manera que la lectura conjunta de ambos documentos constituye, hoy por hoy, la mejor guía para las organizaciones y auditores preocupados por esta cuestión.

Sería muy prolijo, y desborda los objetivos de este artículo, describir la herramienta holandesa para la fiscalización de los algoritmos. Está a disposición del público interesado, en inglés, y basta con leerla y aplicarla, llegado el caso. Sí que es destacable mencionar que el marco de auditoría de algoritmos se basa en cinco pilares: la gobernanza de la herramienta y la rendición de cuentas sobre el uso de la misma; el modelo y los datos utilizados; la privacidad y el cumplimiento de las normas de protección de datos; los sistemas generales de tecnologías de la información; y finalmente la ética.

De lo que se trata en este momento es de llamar la atención sobre este inquietante asunto y de animar a tomar decisiones anticipativas para que el uso de algoritmos por parte de las administraciones públicas españolas, en cualquiera de sus niveles de gobierno -estatal, autonómico o local- no pille por sorpresa a las entidades de control externo. La experiencia holandesa aporta seis recomendaciones para el sector público, que se reproducen, resumidas, a continuación (Netherlands Court of Auditors, 2021b, pp. 38-42):

- a) “Publicar definiciones y requisitos de calidad claros y coherentes. Instamos al gabinete a que adopte un conjunto de términos claros y uniformes y unos requisitos de calidad específicos para los algoritmos. Las definiciones claras y coherentes y los requisitos de calidad fomentarán el intercambio de conocimientos, agilizarán los procesos y evitarán interpretaciones erróneas.”
- b) “Informar a los ciudadanos particulares sobre los algoritmos y explicarles cómo pueden obtener más información sobre ellos. Instamos al gabinete a que permita a los ciudadanos particulares acceder, de una manera lógica, a la información sobre qué datos se utilizan en los algoritmos, cómo funcionan básicamente estos algoritmos funcionan, y qué impacto tienen sus resultados.”
- c) “Documentar los acuerdos sobre el uso de los algoritmos y tomar medidas eficaces para supervisar el cumplimiento (*compliance*) de forma continua. Nuestra recomendación al gabinete es que garantice una documentación adecuada de los términos de referencia, la organización, el seguimiento (por ejemplo, en términos de gestión del ciclo de vida, mantenimiento y cumplimiento de la legislación vigente) y la evaluación del algoritmo, ya que esto dejaría claro si el algoritmo es y sigue siendo apto para el propósito inicial. Esto también permite ajustar el algoritmo, si es necesario.”
- d) “Garantizar que el marco de auditoría se traduzca en requisitos prácticos de calidad para los algoritmos. Recomendamos que el Consejo de Ministros dé instrucciones para que el *Chief Data Officer* de cada ministerio se encargue de convertir este marco de auditoría (diseñado para evaluar los algoritmos que ya se utilizan) en un conjunto práctico de normas de diseño o en requisitos de calidad para el desarrollo de algoritmos.”
- e) “Garantizar que todas las disciplinas pertinentes participen en el desarrollo de algoritmos. Nuestra recomendación al gabinete es que se involucren todas las disciplinas y tipos de conocimientos especializados pertinentes en el desarrollo de algoritmos. Esto significa que, junto a los especialistas técnicos, participen expertos jurídicos, especialistas en ética y asesores políticos.”



10. Agradezco la colaboración de Paul Hofstra en este punto del artículo.

- f) “Garantizar que se produzca una información clara, ahora y en el futuro, sobre el funcionamiento de Controles Generales de Tecnologías de la Información (CGTI). Recomendamos que el Consejo de Ministros dé instrucciones para que los ministros y secretarios de Estado competentes se encarguen de que los funcionarios que trabajan con algoritmos tengan y conserven el acceso a la información sobre la calidad de los CGTI en relación con los algoritmos en cuestión.”

Aunque en este momento no parece probable una traslación inmediata de estas recomendaciones al sector público nacional, con pocas excepciones, marcan una línea de actuación de cara al futuro, que se puede concretar en diversas ideas fuerza, que van desde la presencia de un *Chief Data Officer* en cada ministerio -recordemos que los cimientos de todo esta modernización está en la disponibilidad y uso de los datos, y en la protección de la privacidad-, hasta la evaluación de los resultados, la transparencia, la observancia de claros principios éticos basados en el respeto a los derechos fundamentales, y el marco clásico de control de los sistemas de información.

Una última referencia a la experiencia holandesa debe hacerse, antes de finalizar este epígrafe, al trabajo realizado por la Cámara de Cuentas de Rotterdam¹⁰, cuyo informe concluye que “el municipio de Rotterdam utiliza algoritmos para apoyar su toma de decisiones. Aunque el municipio ha prestado atención al uso ético de los algoritmos, la concienciación sobre esta necesidad aún no es generalizada. Esto puede llevar a una falta de transparencia de los algoritmos y a resultados sesgados, como en el caso de un algoritmo destinado a combatir el fraude en las prestaciones”.

5. Conclusiones y sugerencias

En el año 2019, un informe de Nueva Zelanda proponía la creación ad-hoc de una agencia reguladora para el seguimiento y supervisión de algoritmos por parte del sector público. Las recomendaciones del informe son muy útiles, y aunque no hay constancia de que el Tribunal de Cuentas de Holanda las haya seguido, sí que parece claro y evidente que ha decidido asumir ese papel de controlador, en ausencia de un organismo específico que lo haga, en un entorno de uso creciente de algoritmos, no siempre con buenos resultados, como se ha visto en los casos de la lucha contra el fraude en la recepción de prestaciones básicas.

El informe de Nueva Zelanda recomienda lo siguiente: “Hay varios modelos posibles para una nueva agencia reguladora. Todos ellos tienen puntos fuertes y debilidades. En

la actualidad, hay muy pocos ejemplos internacionales de los que aprender, y los que existen están en sus primeras etapas.

Hemos propuesto una posible estructura para que la nueva agencia reguladora pueda trabajar con las agencias gubernamentales. El nuevo regulador podría desempeñar una serie de funciones, entre ellas:

- Elaborar directrices de buenas prácticas.
- Mantener un registro de los algoritmos utilizados en el gobierno.
- Elaborar un informe público anual sobre dichos usos.
- Realizar un seguimiento continuo de los efectos de estas herramientas.

Si la agencia reguladora va a recibir algún tipo de poder estricto, habrá que tener en cuenta su capacidad para supervisar y hacer cumplir estos poderes.

Si la agencia debe encargarse de controlar los algoritmos, hay que tener en cuenta que se trata de herramientas versátiles, capaces de ser reutilizadas para una variedad de usos. El escrutinio debe aplicarse a los nuevos usos/daños potenciales y no sólo a los nuevos algoritmos” (New Zealand Law Foundation, 2019, p.4).

Hay dos reflexiones fundamentales que debe hacerse el mundo del control externo en relación con el uso de algoritmos en el sector público, la fiscalización de estas herramientas y la supervisión de sus resultados.

La primera tiene que ver con la necesidad de estar al tanto de estos movimientos. Ya existen diversos grupos de trabajo internacionales -por ejemplo, el EUROSAI IT Working Group, que ha organizado una jornada específica sobre este tema- que están tratando el tema de los algoritmos. Pero una buena referencia en España puede ser la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que ante la perspectiva del uso de algoritmos por parte de las grandes compañías globales para propiciar la colusión invisible de precios, ha decidido unirse al Computational Antitrust Project, de la Universidad de Stanford, junto a varias decenas de autoridades nacionales de la competencia, para aprender, compartir conocimientos y abordar de manera conjunta la estrategia de las diferentes autoridades nacionales en un mundo sin fronteras digitales. La creación de una red europea de instituciones de control externo interesadas en la supervisión del uso de algoritmos por parte del sector público puede suponer un buen paso adelante para asumir ese papel ahora inexistente que ya se reclama en Nueva Zelanda para evitar malos usos, enfoques erróneos o decisiones equivocadas.

La segunda cuestión tiene que ver con la primera, y también con la definición del papel que se desea jugar en un entorno cambiante, acelerado y cada vez más basado en la tecnología y los datos. Si los fondos públicos se van a gastar mediante decisiones automatizadas, el control externo debe asumir su inmediata actualización. Porque si no lo hacen estas instituciones, será la propia sociedad civil la que se convierta en la garante de la protección de los derechos colectivos e individuales de los ciudadanos. Ya lo están haciendo organizaciones como Algorithm Watch, Saidot, Transparent Internet, Montreal AI Ethics y un largo etcétera de “entidades fiscalizadoras sin ánimo de lucro”, más ágiles y preparadas para este cometido que muchas agencias gubernamentales. Es un dilema hamletiano, pero la respuesta parece más que evidente.

Bibliografía utilizada y recomendada

- **Ada Lovelace Institute (2020):** Transparency mechanisms for UK public-sector algorithmic decision-making systems.
- **Ada Lovelace Institute (2021):** Examining the Black Box. Tools for assessing algorithmic systems.
- **Ahamat, G., Chang, M. & Thomas, C. (2021):** The need for effective AI assurance. Centre for Data Ethics and Innovation blog.
- **Ahonen, P. & Erkkilä, T. (2020):** Transparency in algorithmic decision-making: Ideational tensions and conceptual shifts in Finland. *Information Polity*, 25, 419-432.
- **Ananny, M. & Crawford, K. (2018):** Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media & Society*, Vol. 20(3), 973-989.
- **Ayuntamiento de Barcelona (2021):** Medida de Gobierno de la estrategia municipal de algoritmos y datos para el impulso de la ética artificial.
- **Bandy, J. (2021):** Problematic Machine Behavior: A Systematic Literature Review of Algorithm Audits. To Appear in the Proceedings of the ACM (PACM) Human-Computer Interaction, CSCW '21. 34 pages.
- **Bannister, F. & Connolly, R. (2020):** Administration by algorithm: A risk management framework. *Information Polity*, 25, 471-490.
- **Basu, T. y Pérez, P. (2020):** Reflexiones sobre la implementación de las políticas de algoritmos en el sector público. *Open Government Partnership*, 15 dic.
- **Benítez Palma, E. y Teré Pérez, A. (2021):** Entusiasmo robótico y externalización del derecho administrativo. Observatorio de transformación digital de la Universidad de Valencia.
- **Benítez Palma, E. (2021):** El control externo del gasto público en el Estado automatizado. *Revista Española de Control Externo*, nº 65, 98-111.
- **Brown, S., Davidovic, J. & Hasan, A. (2021):** The algorithm audit: Scoring the algorithms that score us. *Big Data & Society*, enero-junio, 1-18.
- **Busuioc, M. (2020):** Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account. *Public Administration Review*, vol. 00, pp. 1-12.
- **Canada Government (2020):** Algorithmic Impact Assessment Tool.
- **Canada Government (2021):** Directive on Automated Decision-Making.
- **Centre for Data Ethics and Innovation (2020):** Review into bias in algorithmic decision-making.
- **Cour des Comptes (2020):** Un premier bilan de l'accès à l'enseignement supérieur dans le cadre de la loi orientation et réussite des étudiants.
- **Criado, J. I., Valero, J. y Villodre, J. (2020):** Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system. *Information Polity*, 25, 449-470.
- **Éticas Consulting (2021):** Guía de Auditoría Algorítmica.
- **Future of Privacy Forum (2017):** Unfairness by Algorithm: Distilling the Harms of Automated Decision-Making.
- **Giest, S. & Grimmelikhuijsen, S. (2020):** Introduction to special issue algorithmic transparency in government: Towards a multi-level perspective. *Information Polity*, 25, 409-417.
- **Information Commissioner's Office (ICO) (2020):** Guidance on the AI auditing framework.
- **Kaminski, M. E. (2020):** Understanding Transparency in Algorithmic Accountability. University of Colorado Law Legal Studies Research paper nº 20-34.
- **Kazim, E., Mendes Thame Denny, D. & Koshiyama, A. (2021):** AI auditing and impact assessment: according to the UK Information Commissioner's Office. *AI and Ethics*, feb. 2021.

- **Kearns, M. & Roth, A. (2020):** El algoritmo ético. La ciencia del diseño de algoritmos socialmente responsables. Wolters Kluwer, 305 pp.
- **König, P. D. & Wenzelburger, G. (2021):** Between technochauvinism and human-centrism: Can algorithms improve decision-making in democratic politics? *European Political Science*, enero 2021.
- **Koshiyama, A. et alia (2021):** Towards algorithm auditing. Technical report. Enero 2021.
- **Martin, K. (2019):** Ethical Implications and Accountability of Algorithms. *Journal of Business Ethics*, 160, 835-850.
- **Mitchell, S., Potash, E., Barocas, S., D'Amour, A. & Lum, K. (2021):** Algorithmic Fairness: Choices, Assumptions, and Definitions. *The Annual Review of Statistics and its Applications*.
- **Netherlands Court of Auditors (2016):** Trust based on Understanding.
- **Netherlands Court of Auditors (2021):** Trust in Accountability.
- **Netherlands Court of Auditors (2021b):** Understanding algorithms.
- **Netherlands Court of Auditors (2021c):** Audit framework for algorithms, v.1.0.
- **New, J. & Castro, D. (2018):** How Policymakers Can Foster Algorithmic Accountability. Center for Data Innovation.
- **New Zealand Government (2019):** Algorithm Charter.
- **New Zealand Law Foundation (2019):** Government use of Artificial Intelligence in New Zealand.
- **Peeters, R. (2020):** The agency of algorithms: Understanding human-algorithm interaction in administrative decision-making. *Information Polity*, 25, 1-16.
- **Reisman, D., Schultz, J., Crawford, K. & Whittaker, M. (2018):** Algorithmic Impact Assessments: a Practical Framework for Public Agency Accountability. AI Now Institute.
- **Rekenkamer Rotterdam (2021):** Gekleurde Technologie. Verkenning Ethisch Gebruik Algoritmes.
- **Richardson, R. (ed) (2019):** Confronting Black Boxes: A Shadow Report of the New York City Automated Decision System Task Force.
- **Soriano Arnanz, A. (2021):** Decisiones Automatizadas: Problemas y Soluciones Jurídicas más allá de la Protección de Datos. *Teoría y Método, Revista de Derecho Público*, vol. 3, 85-127.
- **USA Government (2019):** Algorithmic Accountability Act.
- **Varias Instituciones europeas de control externo (2020):** Auditing machine learning algorithms. A white paper for public auditors.
- **Vestri, G. (2021):** La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, 368-398.





001101101
PASSWORD
100001000

1010 0100101
010010 10010
0 001010 00
0 10 01010
0 1001 101
101001010
10010 100
00 001010
10 01010
1001
0100 0010 10
101 00110110 10110100101 1110101001
0101 001001 0010100 1001 01010 00100100

Aplicación del modelo de gestión de riesgos del Consello de Contas para el control financiero de las entidades locales: un ejemplo práctico

Ulpiano L. Villanueva Rodríguez

Auditor-director técnico e interventor en funciones del Consello de Contas de Galicia

Resumen: El Consello de Contas de Galicia, en el ejercicio de su función de prevención de la corrupción, ha elaborado una metodología para la gestión de riesgos en el sector público. Esta herramienta se configura como un elemento susceptible de utilización por los órganos de control interno de las entidades locales. A través de un ejemplo práctico, este trabajo muestra cómo aplicar la metodología indicada para la elaboración de los planes de control financiero de las entidades del sector público local.

Abstract: The Consello de Contas of Galicia, in the exercise of its function of preventing corruption, has developed a methodology for risk management in the public sector. This tool is configured as an element that can be used by the internal control units of local entities. Through a practical example, this work shows how to apply the indicated methodology for the preparation of financial control plans for local public sector entities.



1 Introducción

El presente trabajo tiene por objeto exponer, a través de un supuesto práctico, cómo se puede aplicar la metodología para la gestión de riesgos aprobada por el Consello de Contas de Galicia a la elaboración de los planes de control financiero por parte de los órganos de intervención de las corporaciones locales.

La finalidad perseguida es tratar de ilustrar la forma en que se puede emplear esta metodología para fijar los objetivos y las prioridades de los planes anuales de control financiero sobre la base de un análisis de riesgos, tal y como establece el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (en adelante RCIL).

Para ello, en primer lugar se abordará de forma sucinta el régimen de control financiero previsto en la citada norma, para seguir con un análisis breve del modelo de gestión de riesgos del Consello de Contas y finalmente plasmar a través de un ejemplo la aplicación de este último a la elaboración de los mencionados planes de control.

2. El control financiero en las entidades locales

El control financiero, como forma de ejercicio del control interno, surge como un instrumento para llevar a cabo un diagnóstico, en términos de eficacia, eficiencia y calidad de la gestión llevada a cabo por las administraciones públicas.

Su principal contribución es la de complementar la fiscalización previa, en ocasiones puesta en cuestión por ralentizar el funcionamiento de la Administración, enfatizar excesivamente en los aspectos formales de la tramitación de los expedientes, carecer de una visión global sobre los procesos de producción de los actos administrativos, tener cierto carácter rutinario y, finalmente, por generar una ilusión de traslación de la responsabilidad desde el gestor al interventor que ha fiscalizado previamente el acto administrativo¹. Nótese que la intención es complementar el control previo y que, a pesar de los anteriores argumentos, y en nuestra opinión, la fiscalización previa aleja al gestor de posibles incumplimientos normativos y desviaciones presupuestarias no regladas.

El título III del RCIL regula la modalidad del control financiero, aspecto completamente novedoso en el ámbito local en su desarrollo y establece en su artículo 31 la obligación del órgano interventor de elaborar un Plan Anual de Control Financiero, que incluirá todas aquellas actuaciones que se deriven de un mandato legal “y las que anualmente se seleccionen por la propia intervención sobre la base de un análisis de riesgos, consistente con los objetivos que se pretendan conseguir, las prioridades establecidas para cada ejercicio y los medios disponibles”.

Para ello se define como riesgo “la posibilidad de que se produzcan hechos o circunstancias en la gestión sometida a control susceptibles de generar incumplimientos de la normativa aplicable, falta de fiabilidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia o eficiencia en la gestión”.

Finalmente, el citado artículo recoge tres fases para la elaboración del plan de control:

1. La identificación de los riesgos.
2. La evaluación de los riesgos, empleando criterios cuantitativos y cualitativos.

1. MIAJA FOL, M. “Análisis de riesgos en el control financiero de las Entidades Locales” en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº IV, Sección Opiniones, Diciembre 2018, pág. 46, Wolters Kluwer.

3. La priorización de las actuaciones a realizar, teniendo en cuenta la evaluación previamente realizada, señalando el alcance objetivo, subjetivo y temporal de cada una de ellas.

El RCIL nada dice sobre la forma de llevar a cabo la identificación y el análisis de riesgos, dejando al criterio del órgano de control cómo proceder al respecto.

Como ya hemos anticipado, la propuesta que se presenta en este trabajo es aplicar la metodología que ha aprobado el Consello de Contas para poder determinar esos riesgos y finalmente obtener una matriz o mapa que permita a la intervención tomar decisiones con base en la graduación de dichos riesgos.

3. La metodología de la gestión de riesgos en el Consello de Contas de Galicia

En el marco de la función de prevención de la corrupción que tiene atribuida el Consello de Contas, se han elaborado hasta el momento, cuatro documentos técnicos:

1. Estrategia en materia de prevención de la corrupción.
2. Directrices técnicas para la evaluación del control interno de las entidades públicas.
3. Metodología para la administración de riesgos
4. Catálogo de riesgos por áreas de actividad.

Con el primer documento² se presenta la estrategia de la Institución para colaborar con las administraciones públicas en el establecimiento de una infraestructura de integridad que constituya el armazón que garantice el cumplimiento de sus objetivos a través de una gestión adecuada y recta de los fondos públicos.

El segundo documento³ tiene por objeto elaborar un modelo para evaluar la implantación de los sistemas de control

interno de las instituciones del sector público autonómico, yendo más allá de su concepción tradicional (eficacia, eficiencia, economía y legalidad) y poniendo el énfasis en el diseño de procesos formales para el cumplimiento de las metas y los objetivos institucionales, la prevención de riesgos y el establecimiento de entornos propicios para la ética y la integridad en el manejo de fondos públicos, y para evitar pérdidas por mala gestión, error o fraude, sin olvidar el cumplimiento normativo y la adecuada rendición de cuentas.

A través de estas directrices se pretende determinar el nivel de implantación de los diferentes componentes del sistema de control interno y efectuar un diagnóstico⁴, identificando áreas de mejora y las estrategias y recomendaciones sugeridas para su reforzamiento⁵.

Se trata en primer lugar de identificar las áreas de actividad de la entidad y los riesgos que afectan a estas actividades, para, a partir de la evaluación de aquéllos, elaborar mapas de riesgos que recojan los aspectos a los que se debe prestar especial atención, así como las medidas correctoras a implantar.

El tercer documento⁶ aborda el proceso de identificación, evaluación y análisis de riesgos, en especial los de corrupción. Tiene como finalidad servir de herramienta para formular las preguntas adecuadas y obtener las mejores respuestas posibles, así como de sensibilizar a las entidades que integran el sector público sobre la importancia de identificar y gestionar adecuadamente los riesgos de integridad y corrupción a los que se enfrentan. Su contenido se nutre del modelo COSO, diseñado para mejorar la gestión pública y reducir el alcance del fraude en las organizaciones y se toma como referencia la norma ISO 31000:2009.

El proceso de administración de riesgos consta de las siguientes etapas:

1. La definición del contexto y los objetivos: con esta fase se persigue, por un lado, situar a la entidad en su entorno, que condicionará el tipo de riesgos que afronta, y por otro, determinar sus objetivos, lo que permitirá establecer su grado de tolerancia a dichos riesgos.

2. https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Estratexia_%20prevencion_C.pdf.

3. https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Directrices_tecnicas_prevencion_C.pdf.

4. Véase el "Diagnóstico sobre los sistemas de control interno y estrategia de prevención de riesgos de la corrupción en la Administración General de la Xunta de Galicia" https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2018/161_D_Diagnostico_Sistemas_Control_Interno_C.pdf.

5. VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U.L. "El modelo del Consello de Contas de Galicia en materia de prevención de la corrupción en el sector público" en *Especial Compliance en el Sector Público*, Mayo 2018, ISBN Digital 978-84-15651-72-7.

6. https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Metodoloxia_Administracion_riscos_C.pdf.



2. La identificación y el análisis de riesgos: se trata de señalar las actividades y procesos más vulnerables, diferenciando entre procesos centrales y de apoyo; considerar los factores de riesgo que afectan a cada proceso (circunstancias que pueden dar lugar a incumplimientos); y generar un listado de riesgos a los que están expuestos.
 3. La evaluación de los riesgos: consiste en determinar su grado de probabilidad de ocurrencia y su impacto en la organización, teniendo en cuenta la naturaleza del riesgo y la magnitud de las consecuencias en caso de que llegue a producirse. El producto final de esta fase será el mapa de riesgos, siendo los más importantes aquellos en los que concurran una alta probabilidad de ocurrencia y un alto impacto.
 4. El tratamiento de los riesgos: es decir, qué decisión va a tomar la entidad ante su existencia (prevenirlo, aceptarlo, transmitirlo o evitarlo). Para ello se "deberá tener en cuenta no solo las ventajas que proporciona sino también los costes que supone, tomando en consideración los requisitos legales, reglamentarios o de otro tipo. A su vez, el fallo o ineficacia de las medidas de tratamiento del riesgo puede constituir un nuevo riesgo, por lo que habrá que asegurarse, a través del oportuno seguimiento, de que las opciones elegidas son eficaces"⁷.
- Finalmente, el cuarto documento⁸ recoge un listado de riesgos por áreas de actividad: gestión económico-financiera, gestión de personal, subvenciones, contratación, financiación de los partidos políticos y ordenación urbanística.

7. MORÁN MÉNDEZ, E. y VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U.L. "El modelo del Consello de Contas de Galicia en la gestión y control de riesgos en el sector público" en *Especial El Control Financiero y la Auditoría Pública* (ISSN 0210-2161), Abril 2021, El Consulto de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer.

8. https://www.contasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Catalogo_riscos_C.pdf.

Mediante la aplicación de esta metodología pretendemos dotar de un instrumento que pueda servir a los órganos de control interno de las entidades locales llevar a cabo un análisis de riesgos que sirva como base para la elaboración de sus planes de control financiero, y que a continuación pasamos a exponer a través de un ejemplo práctico.

4. Aplicación práctica de la metodología del Consejo de Contas de análisis de riesgos a una entidad local

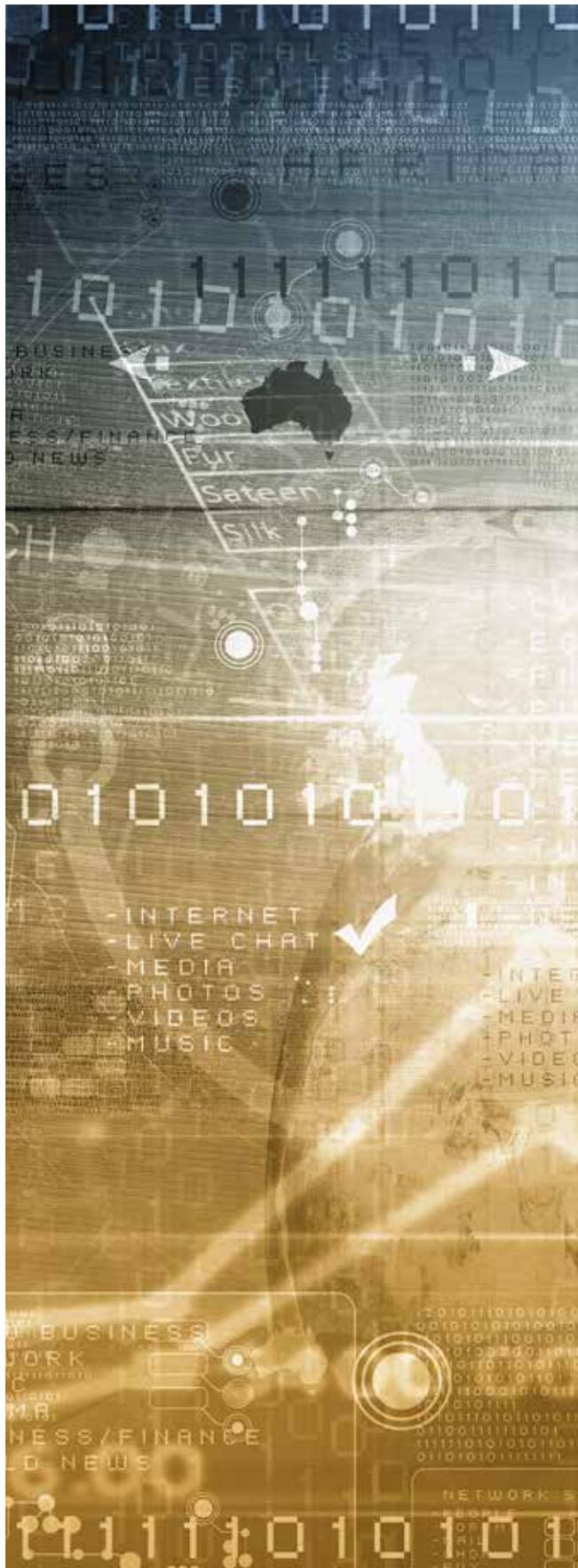
El objetivo de este apartado es poner un ejemplo de cómo emplear la metodología formulada por el Consejo de Contas para la identificación y valoración de los riesgos en una entidad local, en concreto un ayuntamiento, teniendo en cuenta que el análisis que se presenta estará condicionado, lógicamente, por las peculiaridades de cada entidad, tratando de hacer una aproximación lo más sencilla posible, siguiendo las fases expuestas en el apartado anterior.

En primer lugar es necesario identificar las actividades o procesos propios del ayuntamiento, diferenciando entre procesos centrales y de apoyo, que de forma genérica y a modo de propuesta, podrían ser las siguientes:

Actividades principales	Actividades de apoyo
Actividad de prestación de servicios públicos	Gestión económico financiera
Actividad de fomento	Gestión de personal
Actividad regulatoria	Gestión subvencional
	Gestión contractual

El segundo de los pasos a seguir es la consideración de los factores de riesgo que afectan a cada proceso y actividad.

En este punto se hace necesario identificar aquellas circunstancias que pueden causar incumplimientos de distinto tipo, ya sean operativos, éticos o de falta de fiabilidad de la información, así como posibles prácticas corruptas. Se trata de poner el acento en analizar las posibles causas de los riesgos que puedan surgir, y que estarán íntimamente conectadas con las medidas a adoptar.



Los posibles factores de riesgo que se podrían señalar en un ayuntamiento podrían ser los siguientes:

Factores de riesgo externos	Factores de riesgo internos	Factores de riesgo individuales	Factores de riesgo procedimentales
Cambios normativos que afecten a la entidad y su actividad	Falta de coordinación entre las distintas áreas o departamentos	Falta de experiencia/ formación del personal	Ausencia de instrumentos de planificación
Cambios en la estructura organizativa de la entidad	Debilidades en los mecanismos internos de supervisión o de alerta temprana	Posible falta de motivación del personal	Falta de manuales de procedimientos
Cambios en los representantes políticos de la entidad	Existencia de actividades con alto grado de discrecionalidad	Supuestos de inestabilidad laboral	Falta de claridad en la distribución de competencias
Cambios en el entorno de la entidad	Procesos escasamente informatizados	Innecesaria externalización de tareas que puede desarrollar el personal propio	

A continuación procedería identificar los riesgos por cada área de actividad o proceso. En este trabajo nos limitaremos a enumerar una serie de riesgos (no todos

los que sería posible identificar) que podrían tener lugar en una actividad de apoyo como es la gestión económico financiera:

Listado de riesgos en la actividad de gestión económico financiera
- Riesgo de no subsanación de reparos de control interno
- Ausencia de controles posteriores a la fiscalización limitada previa
- Falta de seguimiento de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control interno y externo
- Falta de aprobación de los presupuestos de la entidad en plazo/Riesgo de prórroga continuada del presupuesto
- Riesgo de desviaciones significativas en la ejecución presupuestaria
- Riesgo de proliferación de gastos devengados pendientes de imputar al presupuesto
- Riesgo de utilización abusiva del sistema de anticipos de caja fija o pagos a justificar
- Existencia de derechos de cobro no reconocidos ni recaudados
- Riesgo de establecimiento de tasas y precios públicos sin el correspondiente análisis de costes
- Riesgo de prescripción de derechos pendientes de cobro
- Riesgo de gastos de representación/indemnizaciones por razón del servicio elevados
(...)

En esta etapa es fundamental que el órgano de control interno haga un esfuerzo de comunicación con el personal de la entidad para que puedan aportar su visión sobre los posibles riesgos que pueden existir, además de los que aprecie la propia intervención.

A continuación, ha de procederse a la evaluación de los riesgos, para lo que habrán de tenerse en cuenta dos factores: la probabilidad de ocurrencia del hecho (frecuencia temporal) y su gravedad o impacto (los posibles efectos adversos que se puedan derivar).

A estos efectos, se pueden asignar diferentes valores teniendo en cuenta la frecuencia de ocurrencia del riesgo. En este caso se asignan los siguientes valores:

Frecuencia	Valor
Varias veces al año	7
Anual	4
Superior al año	1

Se deberá asignar uno solo de estos valores para cada riesgo.

En relación con el impacto se pueden fijar valores dentro de un determinado rango, que en nuestro caso situaremos desde el 1 al 9, de menor a mayor gravedad.



Valor	Impacto
9	Indicios de corrupción/fraude (a)
8	Incumplimiento objetivos estratégicos que afecten a la imagen institucional (b)
7	Uso irregular de cargos, fondos o medios públicos con daños significativos al patrimonio (c)
6	Infracciones penales/administrativas de impacto moderado en la imagen institucional (d)
5	Otros incumplimientos de normas administrativas (e)
4	Uso irregular de cargos, fondos o medios públicos sin daños significativos al patrimonio (f)
3	Infracciones penales/administrativas de poco impacto en la imagen institucional (g)
2	Incumplimiento objetivos operativos (h)
1	Irregularidades administrativas que no supongan incumplimientos normativos ni afectación al patrimonio (i)



Puede ocurrir que en un mismo riesgo confluyan varios de los factores anteriores. En este caso se tomará únicamente aquel que atribuya mayor valor y se sumará un punto adicional por el hecho de que concurren varios (en forma de agravante), sin que en ningún caso se pueda superar el valor 9.

Una vez obtenidos los valores que se corresponden con la probabilidad y la gravedad, se calcula la media aritmética. El importe obtenido definirá el valor del riesgo inherente, es decir, sin tener en cuenta las medidas que haya implantado el Ayuntamiento para corregir o mitigar los riesgos. En todo caso, el riesgo inherente podrá ser bajo, moderado o alto si la puntuación alcanzada es igual o inferior a 3, mayor a 3 e inferior a 7, o igual o mayor a 7 respectivamente, como se recoge en la siguiente tabla:

Puntuación alcanzada	Graduación final del riesgo
Igual o inferior a 3	Bajo
Mayor a 3 e inferior a 7	Moderado
Mayor o igual a 7	Elevado

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta los riesgos enunciados antes, el riesgo inherente a los mismos se calculará de la siguiente forma:

En primer lugar, se determina el valor del riesgo en función de su probabilidad de ocurrencia:

Riesgos en gestión económico financiera	Probabilidad: factores de graduación			Valor de la probabilidad
	Frecuencia			
	Varias veces al año	Anual	Superior al año	
Riesgo de no subsanación de reparos de control interno	X			7
Ausencia de controles posteriores a la fiscalización limitada previa		X		4
Falta de seguimiento de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control interno y externo		X		4
Falta de aprobación de los presupuestos de la entidad en plazo/Riesgo de prórroga continuada del presupuesto		X		4
Riesgo de desviaciones significativas en la ejecución presupuestaria		X		4
Riesgo de proliferación de gastos devengados pendientes de imputar al presupuesto	X			7
Riesgo de utilización abusiva del sistema de anticipos de caja fija o pagos a justificar	X			7
Existencia de derechos de cobro no reconocidos ni recaudados		X		4
Riesgo de establecimiento de tasas y precios públicos sin el correspondiente análisis de costes			X	1
Riesgo de prescripción de derechos pendientes de cobro		X		4
Riesgo de gastos representación /indemnizaciones por razón del servicio elevados	X			7

En segundo lugar, el valor del riesgo en función de su gravedad.

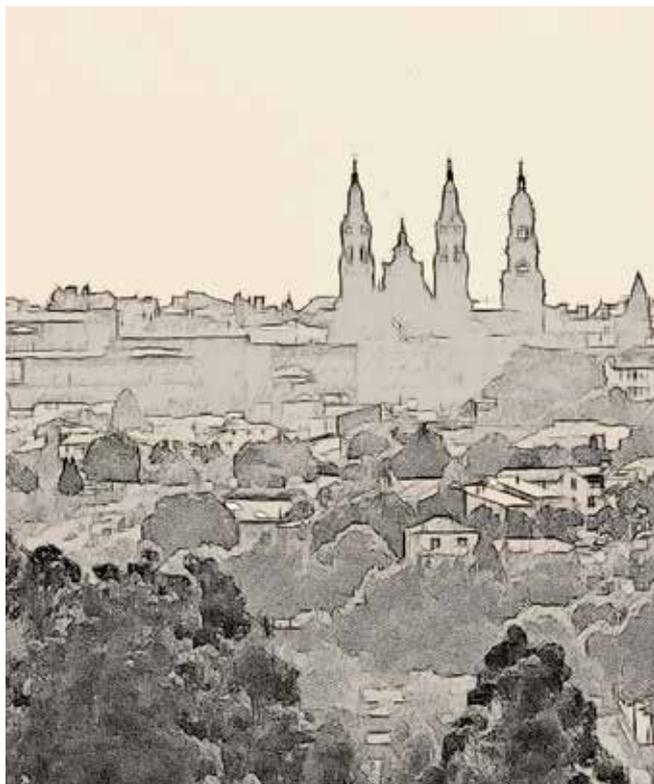
Riesgos en gestión económico financiera	Gravedad: factores de graduación									Valor de la gravedad
	(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i)	
Riesgo de no subsanación de reparos de control interno				X	X					7 ⁹
Ausencia de controles posteriores a la fiscalización limitada previa							X			3
Falta de seguimiento de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control interno y externo								X		2
Falta de aprobación de los presupuestos de la entidad en plazo/ Riesgo de prórroga continuada del presupuesto		X								8
Riesgo de desviaciones significativas en la ejecución presupuestaria								X		2
Riesgo de proliferación de gastos devengados pendientes de imputar al presupuesto		X								8
Riesgo de utilización abusiva del sistema de anticipos de caja fija o pagos a justificar					X		X			6 ¹⁰
Existencia de derechos de cobro no reconocidos ni recaudados			X							7
Riesgo de establecimiento de tasas y precios públicos sin el correspondiente análisis de costes					X					5
Riesgo de prescripción de derechos pendientes de cobro			X							7
Riesgo de gastos representación /indemnizaciones por razón del servicio elevados			X							7

Finalmente se halla la media aritmética y se calcula el valor del riesgo inherente:

Riesgos en gestión económico financiera	Valor probabilidad	Valor gravedad	Riesgo inherente	Graduación
Riesgo de no subsanación de reparos de control interno	7	7	7	Elevado
Ausencia de controles posteriores a la fiscalización limitada previa	4	3	3,5	Moderado
Falta de seguimiento de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control interno y externo	4	2	3	Bajo
Falta de aprobación de los presupuestos de la entidad en plazo/ Riesgo de prórroga continuada del presupuesto	4	8	6	Moderado
Riesgo de desviaciones significativas en la ejecución presupuestaria	4	2	3	Bajo
Riesgo de proliferación de gastos devengados pendientes de imputar al presupuesto	7	8	7,5	Elevado
Riesgo de utilización abusiva del sistema de anticipos de caja fija o pagos a justificar	7	6	6,5	Moderado
Existencia de derechos de cobro no reconocidos ni recaudados	4	7	5,5	Moderado
Riesgo de establecimiento de tasas y precios públicos sin el correspondiente análisis de costes	1	5	3	Bajo
Riesgo de prescripción de derechos pendientes de cobro	4	7	5,5	Moderado
Riesgo de gastos representación /indemnizaciones por razón del servicio elevados	7	7	7	Elevado

9. El valor es 7 resulta de tomar el mayor de los factores de graduación marcados (6) y sumarle 1 punto por la concurrencia varios.

10. El valor es 6 resulta de tomar el mayor de los factores de graduación marcados (5) y sumarle 1 punto por la concurrencia varios.



En el caso de que el Ayuntamiento haya implementado alguna medida, el riesgo inherente se ponderará en función de la efectividad de las medidas correctoras adoptadas.

Por ejemplo, si la intervención ha establecido un procedimiento para la realización semestral de controles posteriores en determinados tipos de expedientes que están sometidos a fiscalización limitada previa, esta medida corrige el riesgo inherente (que era moderado). El nivel de corrección a la baja del riesgo inherente dependerá del número de medidas adoptadas y su grado de efectividad esperado, lo que está sujeto a cierto margen de subjetividad.

En nuestro caso el valor riesgo inherente se minorará en las siguientes unidades de la siguiente forma:

Medidas	Unidades de minoración del riesgo inherente
No existen medidas	0
Existen medidas parciales	1
Existen todas las medidas necesarias	3

Aplicando este factor corrector podremos obtener el riesgo final:

Riesgos en gestión económico financiera	Riesgo inherente	Sin medidas	Medidas parciales	Con medidas	Riesgo final	Graduación
Riesgo de no subsanación de reparos de control interno	7		X		6	Moderado
Ausencia de controles posteriores a la fiscalización limitada previa	3,5		X		2,5	Bajo
Falta de seguimiento de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control interno y externo	3		X		2	Bajo
Falta de aprobación de los presupuestos de la entidad en plazo/ Riesgo de prórroga continuada del presupuesto	6	X			6	Moderado
Riesgo de desviaciones significativas en la ejecución presupuestaria	3	X			3	Bajo
Riesgo de proliferación de gastos devengados pendientes de imputar al presupuesto	7,5		X		6,5	Moderado
Riesgo de utilización abusiva del sistema de anticipos de caja fija o pagos a justificar	6,5	X			6,5	Moderado
Existencia de derechos de cobro no reconocidos ni recaudados	5,5		X		4,5	Moderado
Riesgo de establecimiento de tasas y precios públicos sin el correspondiente análisis de costes	3	X			3	Bajo
Riesgo de prescripción de derechos pendientes de cobro	5,5		X		4,5	Moderado
Riesgo de gastos representación / indemnizaciones por razón del servicio elevados	7			X	4	Bajo

A la vista de la graduación final de cada riesgo, el órgano control podrá priorizar los objetivos que pretende alcanzar con el plan anual de control financiero y proponer medidas correctoras en el caso de considerarlo necesario.

En definitiva, con el mapa de riesgos se obtiene una herramienta muy práctica para que el órgano de control se pueda enfrentar con una base firme a la elaboración del plan de control e incidir en los aspectos que impliquen un mayor riesgo.

5. Conclusiones

Los órganos de control interno de las entidades del sector público local afrontan el reto de elaborar sus planes de control financiero sobre la base de un análisis de riesgos como una novedad importante de sus cometidos.

Disponer de herramientas para llevar a cabo una adecuada gestión de dichos riesgos facilita el trabajo de la intervención para establecer los objetivos y las prioridades de los mencionados planes.

La metodología de administración de riesgos aprobada por el Consello de Contas, que se ha explicado a través del ejemplo práctico, puede contribuir a hacer más sencillo el cometido de los órganos de intervención en el ejercicio de su función en la modalidad de control financiero.

Bibliografía complementaria

- **Consello de Contas.** Documentos técnicos de prevención de la corrupción.
- **García Muñoz, J.** *Mapas de riesgo y fortalecimiento del compliance ante el nuevo régimen de control interno local.*
- **Morán Méndez, E.** *“Aplicación del compliance en el control externo económico-financiero del sector público” en Guía práctica de compliance en el sector público, 2020, Wolters Kluwer.*
- **Varios Autores,** *“Manual de control interno de las entidades locales: La función interventora y el control financiero.” El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, Wolters Kluwer.*





Control de la Gestión Pública después de la pandemia. Un enfoque global de la auditoría postcovid

Luis Barrio Tato

Economista-Auditor

Resumen: La pandemia del coronavirus ha generado un nuevo escenario, en el que se pone de manifiesto la importancia de los factores externos de riesgo, a veces casi imprevisibles, que afectan al control interno y al cumplimiento de los objetivos de la organización. Por ello, es necesario tener previsto un sistema de indicadores y alertas que, sobre todo en el ámbito público, permitan anticiparse a los problemas y reaccionar a tiempo. Los factores de riesgo covid en el ámbito macroeconómico, vienen determinados por la geopolítica, la seguridad global, la salud integral del planeta, el modelo de ciudad, el mundo laboral y, como consecuencia de todo ello, la economía. En este contexto, el auditor ha de extremar la revisión del sistema de control interno, conociendo la forma de desenvolverse en un entorno de incertidumbre, en el que se producen cambios de las normas y en el que es esencial el análisis de los riesgos especiales que han de afrontarse, teniendo en cuenta las novedades en el ámbito del control interno en el área cyber.

Palabras Clave: Auditoría, Covid, riesgo, control, alerta.

Abstract:The coronavirus pandemic has generated a new scenario, which highlights the importance of external risk factors, sometimes almost unpredictable, that affect internal control and the fulfillment of the organization's objectives. For this reason, it is necessary to have an indicators and alerts system that, especially in the Government sphere, allow to anticipate problems and react in time. Covid risk factors in the macroeconomic sphere are determined by geopolitics, global security, the overall health of the planet, the city model, the world of work and, as a consequence of all this, the economy. In this context, the auditor must make the most of the review of the internal control system, knowing how to cope in an environment of uncertainty, in which changes in the standards take place and in which the analysis of the special risks involved is essential they have to be faced, taking account the developments in the field of internal control in the cyber area.

Keywords: Audit, Covid, risk, control, alert.

*“La reducción de las desigualdades económicas y la ayuda al desarrollo, prestada con inteligencia y carácter cooperativo, lejos de constituir un gesto humanitario, redundan fundamentalmente en interés de los propios países ricos. Esto no es bien comprendido por los ciudadanos de los países industrializados y, hasta que tal cosa ocurra, es poco probable que los políticos actúen.”
(LA PRIMERA REVOLUCION GLOBAL CLUB DE ROMA-1992)*

1. Crónica de un virus anunciado. ¿Por qué nos ha pasado esto?

Nuestra sociedad pujante, parecía vivir en un mundo distinto al de los países menos desarrollados, pero la globalización ha contribuido a desdibujar fronteras económicas, demográficas y sanitarias, de forma que todo el planeta vive hoy la misma pandemia, sin diferencias de raza ni clases sociales. Hace 30 años ya era previsible...

En efecto, en 1992 el Club de Roma¹ advertía de los riesgos y problemas derivados de las desigualdades cuando, en la segunda mitad del siglo XX, Occidente se consideraba libre de enfermedades contagiosas, que seguían asolando a otros países menos desarrollados, especialmente África. La naturaleza alterada, provoca la aparición de nuevos virus que mutan de animales a personas, como el sida o el ébola, que nos han hecho cuestionar la creencia de que la sanidad que disfrutábamos funcionaría siempre perfectamente. Además, se han ignorado las amenazas de virus incontrolables, tal como anunciaba Bill Gates en 2015, que predijo que la próxima catástrofe global sería una pandemia. Entonces, ante la virulencia del ébola, pidió que se destinase más dinero a la investigación y alertaba sobre el riesgo de un nuevo virus

mundial. A los cinco años de esta alerta, se produjo la aparición de un coronavirus en Wuhan, que puso de manifiesto una amenaza inicialmente poco valorada, pero con un riesgo de alto impacto.

Al principio, contemplábamos las escenas dramáticas que se producían en China ante este nuevo virus como si fuera una película de ciencia ficción, algo muy lejano que no nos afectaba, hasta que llegó a Europa y se produjo la expansión de lo que se convirtió en un gran problema mundial.

La pandemia ha devenido en un conflicto, no sólo de salud, sino también de seguridad, que requiere un análisis riguroso que nos ayude a comprender lo que ha pasado y, sobre todo, a evitar errores futuros y gestionar adecuadamente situaciones similares. Félix Arteaga, investigador del Real Instituto Elcano, nos plantea algunas claves² a tener en cuenta, que obligan a considerar si la gestión de este tipo de pandemia debe integrarse en el ámbito más amplio de la seguridad nacional. Algunas cuestiones relevantes son éstas:

- Los problemas de gestión no deberían imputarse sólo a personas o gobiernos, sino que están relacionados con la fragilidad de un modelo diseñado para gestionar crisis epidemiológicas de menor envergadura
- La eficacia de los sistemas nacionales se debe medir, además de por su capacidad de alerta, por su capacidad de prevención y respuesta, sobre todo, pues el tiempo que se gana con una alerta rápida se puede perder si la respuesta es tardía.
- La solidez del sistema depende, según el Global Health Security,³ de estos elementos: detección, respuesta, sanidad, riesgos, normas y prevención. Según el Índice de 2019, el sistema español está bien evaluado en los tres primeros aspectos, pero peor valorado en los dos últimos.
- La confianza en la fortaleza de los sistemas nacionales de salud ha podido restar motivación para prepararse para el peor escenario posible que, inicialmente, no había desbordado las fronteras.

1. KING, A. y SCHNEIDER, B. (1992): “La primera revolución global. Informe del consejo al club de Roma”, pg.86. Plaza& Janes Editors S.A.

2. ARTEAGA, F. (2020): “la gestión de pandemias como el covid-19 en España: ¿enfoque de salud o de seguridad?” Real Instituto Elcano. Estudios Internacionales y Estratégicos. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=elcano/elcano_es/zonas_es/ari42-2020-arteaga-gestion-de-pandemias-covid-19-en-espana-enfoque-de-salud-o-de-seguridad.

3. INDICE MUNDIAL DE SEGURIDAD SANITARIA: <https://www.ghsindex.org/>. Según el Global Health Security Index, los países no están preparados para un evento biológico catastrófico, incluyendo aquellos que pudieran ser causados por propagación internacional de un patógeno nuevo o emergente o por la liberación deliberada o accidental de un agente peligroso o diseñado. La bioseguridad y la bioseguridad son áreas sub-priorizadas de seguridad sanitaria, y las conexiones entre salud y actores del sector de la seguridad para la respuesta a los brotes son débiles.



- Los sistemas tienden a recortar inversiones, ante la escasez de recursos financieros, lo que puede ocasionar que se tomen decisiones, en la preparación de la siguiente pandemia, basadas en los recursos disponibles y no en los protocolos de actuación.
- Deben existir mecanismos externos de evaluación, públicos o privados, y una revisión permanente del sistema sanitario, que garantice la interacción de las autoridades políticas con las sanitarias.
- Las organizaciones multilaterales, mayormente las especializadas en la salud pública, deben adaptar sus procedimientos para afrontar el nuevo problema de gobernanza. Las dos líneas principales seguidas por algunos países son: añadir a los sistemas sanitarios de gestión un componente potente de gestión epidémica (medicalización) o integrar el sistema sanitario dentro del sistema de seguridad nacional (segurización).

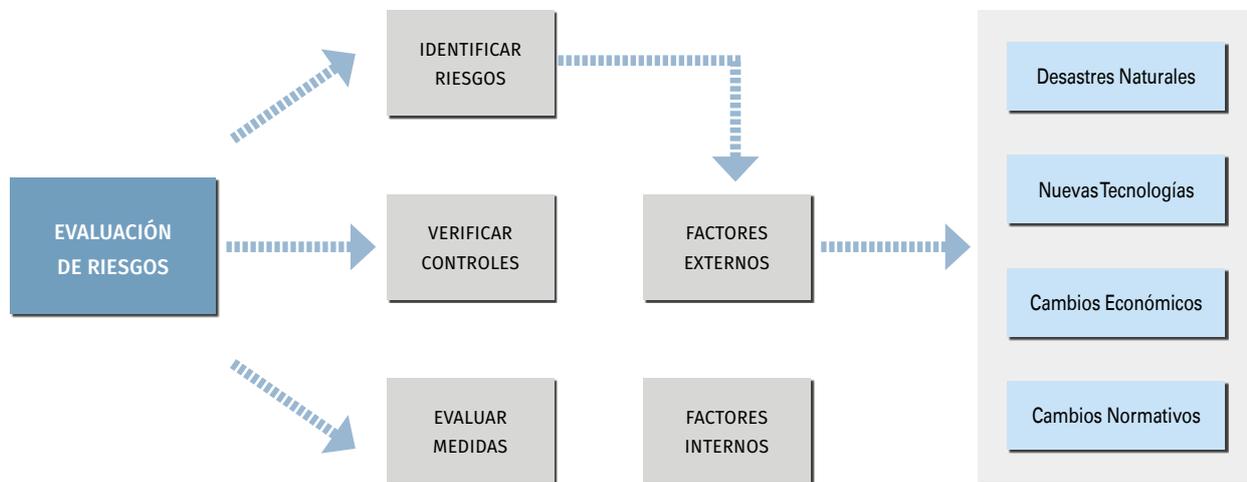
2. Un enfoque del control interno para adelantarse al futuro

En la evaluación de riesgos de cualquier entidad, uno de los aspectos en los que se pone mucho énfasis es en los factores externos⁴, ya que pueden afectar de forma significativa a la organización. Entre estos factores se encuentran los siguientes, que se han puesto de manifiesto en la nueva situación:

- Los avances tecnológicos y la evolución en los trabajos de investigación, que pueden afectar en todos los ámbitos de actuación: clientes y usuarios, proveedores, suministros, logística...
- Los desastres naturales, que exigen tener planes de emergencia, como en el caso de esta pandemia, para hacer cambios en los planes estratégicos y operativos, así como en los sistemas de comunicación.

4. COOPERS & LYBRAND. (1997) "Los nuevos conceptos del control interno (Informe COSO). PG. 54. Editorial Díaz de Santos, 1997.

Figura-1. Factores externos del riesgo



Fuente: Elaboración propia

- Los cambios económicos, que pueden causar problemas en los planes financieros y de inversiones, así como en la viabilidad futura de los organismos.
- Las nuevas normas y reglamentos que, en ocasiones, son consecuencia de los factores anteriores, pueden afectar a los objetivos y estrategias corporativos.

Como señala Deloitte⁵, “las compañías actualmente enfrentan un número creciente de fuerzas disruptivas, las cuales pueden generar riesgos estratégicos que no se detecten ni administren adecuadamente. Las fuerzas disruptivas son tendencias y fuerzas que muy probablemente impactarán, inclusive transformarán, la industria abriendo nuevas y diferentes oportunidades de valor, al igual que nuevos frentes de riesgo.” Ello implica analizar aspectos tecnológicos, demográficos, económicos y geopolíticos, que han de estar presentes en un estudio global de la situación.

Algunos elementos que van a transformar nuestra vida, así como la de todo tipo de organizaciones, son los siguientes:

Geopolítica (incluyendo las migraciones), Seguridad Global (incluyendo el debate privacidad vs control), Medioambiente, Salud Global (incluyendo el consumo) y Urbanismo orientado a la gestión del suelo y los espacios.

El enfoque de control interno debería contemplar las situaciones potencialmente peligrosas para el género humano y la sostenibilidad planetaria, en la medida que afectan problemas como el consumismo, la corrupción, la violencia o el deterioro medioambiental. Es importante contemplar los aspectos que propone la auditoría ética⁶, como herramienta de gestión para fortalecer la integridad del carácter organizacional, mediante la evaluación cuantitativa del daño y beneficio que resulta de las actividades empresariales, con el fin de mejorar su desempeño ético y el cumplimiento de su responsabilidad social. Además de las variables económicas, influyen variables relacionadas con la gestión humana y variables relativas al cuidado del medio ambiente y a las relaciones con la sociedad, el gobierno y la competencia.

5. DELOITTE (2017): COSO ERM 2017 y la generación de valor. Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

6. RODRIGUEZ, P. ; CASTAÑO VELEZ, C.F.; ZULUAGA ARCILA, H.F.; OSOSRIO GOMEZ, V. y DUQUE URIBA, V. (2006) “La auditoría ética: herramienta para fortalecer la integridad del carácter organizacional” Publicado: Innovar. contabilidad y finanzas.-VOL. 16, N° 17- enero a junio, 2006

Por otra parte, interesa un enfoque holístico en auditoría⁷, que estudia la organización de forma global y en relación con el medio, analizándola como un todo, en constante relación con el entorno y con sus miembros. Implica para su práctica asumir una filosofía de trabajo integral, donde el todo se relaciona con las partes y las partes con el todo. Esta visión entraña una relación activa, multidireccional y vital, en la que el hábitat influye y es influido por las decisiones de la institución. Se plantea un análisis estratégico, en el cual el entorno interviene y es intervenido por la organización, y los procesos internos pueden ser modelados por sus actores, lo que se hace necesario conocer las perspectivas internas y externas de la entidad, para diseñar las acciones a seguir en la auditoría.

3. Sistema de alertas y evaluación de riesgos en el control global

En el apartado anterior se han enunciado algunos de los factores externos que van a determinar el ambiente de control en el que se desenvuelven las personas y van a afectar a : las oficinas, el espacio, las relaciones personales, los horarios de trabajo, las capacidades y competencias emocionales de las personas, en un contexto definido por la gestión de la incertidumbre, los riesgos de salud, la interacción más intensa entre las organizaciones en el marco de la geopolítica y del sistema multilateral... De un modo especial, todo ello afectará al sector público, en un marco de gobernanza en el que existirán mayores necesidades de recursos, mayores relaciones entre países y el dilema de combinar las actuaciones solidarias y de cooperación con la defensa de los intereses económicos.

Por ello, cualquier entidad debería disponer de un sistema de alertas estratégicas que le permitan conocer los posibles riesgos que tienen alta probabilidad de acaecimiento, para tomar medidas con anticipación suficiente. Las alertas que aquí se proponen se refieren a los ámbitos macroeconómicos relacionados con los factores externos de entorno covid

que se han enunciado, es decir: seguridad, medioambiente, geopolítica y salud. Estas señales de alarma constituirían un nuevo ámbito de trabajo del auditor público, auxiliado por especialistas en la materia, algo que puede ser de enorme utilidad para valorar problemas potenciales que podrían materializarse en serias amenazas para el Estado, para el sector público y para el sector privado. En función de las estimaciones, sería aplicable el análisis de riesgos frente a amenazas y vulnerabilidades⁸, que se puede expresar mediante esta fórmula:

$$R = T \times V \times C$$

R = Riesgo

T = Threats (Amenazas) es la probabilidad de que ocurra un escenario de "ataque" con el potencial de alterar los sistemas o los activos y causar consecuencias indeseables.

V = Vulnerability (Vulnerabilidad) es una debilidad en el sistema o activo, que causaría un deterioro o fallo por la amenaza (T).

C = Consequence (Consecuencias) son los resultados negativos asociados con el deterioro o fallo del sistema o activos, que se pueden medir por la pérdida de vidas, el impacto económico, la pérdida de la confianza pública u otras magnitudes.

De acuerdo con lo anterior, el sistema de alertas se presenta en la figura 2 y se proponen algunos factores a tener en cuenta en cada ámbito, así como posibles indicadores para establecer las alertas.

Existen una serie de zonas de riesgo emergentes, que Deloitte⁹ presenta en respuesta al COVID 19 y que la auditoría debe considerar. Estas áreas de riesgo serían: Controles de acceso del usuario, finanzas, controles internos, cyber, cobertura de seguros, gestión de riesgo, continuidad del negocio, cadena de suministro, clientes, contratos y capital humano. En este artículo, nos interesa referirnos a cuatro zonas de riesgo que, según nuestro criterio, se han visto especialmente afectadas por la pandemia y, para mayor información sobre riesgos emergentes nos remitimos al referido informe de Deloitte.

7. CUADRADO TAPIA, A.C. (2014): "metodología de implementación de una cultura organizacional basada en el Sistema COSO -ERM para la unidad de auditoría interna en una institución financiera en Quito". <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/7971/Tesis%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

8. Estos conceptos se tratan en el estudio "A Scalable Systems Approach for Critical Infrastructure Security". Prepared by Sandia National Laboratories Albuquerque, New México 87185 and Livermore, California 94550 que se puede consultar en el siguiente enlace. <https://prod-ng.sandia.gov/techlib-noauth/access-control.cgi/2002/020877.pdf>.

9. DELOITTE (2020): Consideraciones de auditoría interna en respuesta al Covid-19. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/2020/Consideraciones-Auditoria-Interna-COVID19.pdf>.

Figura 2. Sistema de alertas

ÁMBITO	FACTORES	INDICADOR DE ALERTA
GEOPOLÍTICA	<ul style="list-style-type: none"> - Nacionalismo - Desequilibrios entre potencias - Comercio global 	<ul style="list-style-type: none"> - Movimientos - Conflictos - Aranceles y barreras
SEGURIDAD GLOBAL	<ul style="list-style-type: none"> - Refugiados - Migraciones - Hambre - Violación derechos humanos - Robótica 	<ul style="list-style-type: none"> - Conflictos bélicos - N° Migrantes - N° Afectados por el hambre - N° Violaciones derechos humanos - Cibernética aplicada
MEDIO AMBIENTE	<ul style="list-style-type: none"> - Daños por tala - Emisiones CO₂ 	<ul style="list-style-type: none"> - N° Talas - N° Emisiones
SALUD GLOBAL	<ul style="list-style-type: none"> - Nuevas enfermedades - Vacunas - Infecciones - Medicamentos - Telemedicina 	<ul style="list-style-type: none"> - Nuevas enfermedades - Vacunados/ Nuevas vacunas - Infecciones - Nuevos fármacos - Nuevas tecnologías médicas

Fuente: Elaboración propia

Zona Cyber. A medida que aumenta el uso de software de terceros para mejorar la eficacia del trabajo remoto, las personas pueden comprometer inadvertidamente la seguridad del negocio. Las consideraciones de control interno podrían centrarse en valorar lo siguiente: Si los controles de acceso remoto están diseñados a la medida, cómo se realiza el seguimiento de los planes de seguridad de terceros, si los dispositivos portátiles están seguros y controlados, si hay licencias suficientes y adecuadas, el control de información privilegiada, cómo se supervisan las aplicaciones...

Seguros. Es conveniente que, en el nuevo marco laboral, se sigan cumpliendo las normas de salud y seguridad y se revise la cobertura de las pólizas, contemplando también el trabajo a distancia. Adicionalmente, habrá que estimar la necesaria cobertura de las nuevas contingencias que pueden afectar a los aprovisionamientos, las entregas de pedidos y otros compromisos contractuales.

Cadena de suministros. Las consideraciones anteriores exigen evaluar si existen recursos suficientes, materiales y humanos, para mantener las actividades críticas.

Capital humano. En el contexto de máximo riesgo, las entidades han de incrementar los planes para mantener la salud, considerando el impacto de la salud mental en el teletrabajo, definir con claridad el uso de las redes sociales y considerar el impacto en los procesos de RRHH.

4. Factores externos de control en un entorno Covid

El entorno derivado de la pandemia determina una serie de factores que pueden afectar al entorno de control interno de la organización tal como se ha expuesto anteriormente. En este apartado, se pone énfasis en algunos aspectos específicos de este tipo de coyuntura, que se exponen en la figura 3 y se desarrollan a continuación.

a. El mundo del trabajo

El nuevo entorno laboral implica enfrentarse a un mundo más globalizado, con gran protagonismo del cuidado de la naturaleza, en el que se ha producido un paso muy significativo en el avance de la cuarta revolución industrial, con un

incremento en el uso de las herramientas tecnológicas. Esto conlleva un enfoque más flexible en cuanto a los horarios de trabajo (trabajo presencial o en remoto) midiendo la productividad más por el resultado que por el horario, con la posibilidad para los trabajadores de un tiempo libre flexible y mejor conciliación. En cuanto a la logística, se plantea el reto de cómo y dónde producir, para garantizar los suministros, lo que puede contribuir a un mayor proceso de industrialización.

b. Seguridad y medioambiente

Es necesaria una política de seguridad global, ante amenazas imprevisibles que ponen en riesgo la seguridad del planeta. Es un mundo complejo, en el que conviven “tres espacios”, el físico, el exterior y el cibernético, que exige hacer compatible la seguridad y la economía. Esta inseguridad pone en evidencia el riesgo de un colapso global, en el que el hambre, la crisis alimentaria, la escasez del agua y la demografía, entre otros elementos, son serias amenazas de riesgo de colapso global. Un factor agravante es el cambio climático, que muchos expertos consideran que ha sido un factor desencadenante de esta pandemia.

c. Geopolítica

Nos encontramos ante un sistema multilateral debilitado, en el que organizaciones internacionales como la ONU y la OMS están cuestionadas, con el inconveniente de que en muchas partes de Europa hay ciudadanos que aspiran al regreso del estado-nación, para afrontar los problemas de comercio y migraciones. Es fundamental el papel de las grandes potencias como Estados Unidos, Rusia, China y el Reino Unido, con el Brexit, porque de la interacción de ellos depende mucho la fortaleza del multilateralismo, que tantos beneficios ha aportado. Influyen, además del problema medioambiental, la situación de migrantes, refugiados y las políticas de derechos humanos. Ante lo erróneo que fue pensar que “la pandemia no nos llegaría” la cooperación es la clave, porque no hacerlo incrementará los problemas de salud y economía.

d. Salud global

La salud de las personas está asociada a la del planeta y a la lucha contra el cambio climático, lo que aconseja crear una red de alertas que permitan actuar ante un panorama de futuras enfermedades zoonóticas y reaccionar ante el daño a los ecosistemas, reduciendo actividades como la tala de árboles y las emisiones de CO₂. El incremento de la telemedicina,

puede contribuir a prepararnos para un futuro en el que los especialistas en la materia nos avisan de que las próximas pandemias pueden ser peores.

e. Urbanismo

Hemos observado una huida de las ciudades a zonas de costa y al campo, provocando la figura del “nómada digital”, que puede compatibilizar el teletrabajo con una vida más cerca de la naturaleza. Ello exige reinventar la ciudad, que perdería importancia como lugar de compras y oficinas, al producirse una interacción entre la ciudad física y la virtual, ante la existencia de los “tres espacios” que definen la nueva situación. La reutilización del territorio debe garantizar una movilidad segura, en un entorno accesible para peatones y bicicletas, libre de posibles contagios ante las infecciones, vigilando la sostenibilidad y la eficiencia energética. La clave para rescatar a las ciudades no estará en la pandemia, sino en el buen gobierno de las mismas¹⁰, como expone Adam Casals, que añade: “La ciudad, desde sus orígenes, ha sido centro de civilización, ágora y fórum que permite el intercambio de ideas, el desarrollo de la vida cultural y de las artes, así como los avances científicos y tecnológicos, de pensamiento, políticos y sociales. Las ciudades son esenciales para definir nuestros sistemas de Gobierno, nuestros Estados de derecho y nuestras sociedades democráticas. Además, hay que recordar que las ciudades y sus áreas metropolitanas albergan a la amplia mayoría del tejido empresarial de nuestros países y concentran la generación de riqueza y PIB”

f. Economía postcovid

El conjunto de factores enunciados determina un modelo de economía postcovid, que se caracteriza por el reto de gestionar la incertidumbre, con una planificación a largo plazo que permita anticiparse a las nuevas amenazas, en un entorno de gran recesión que va a generar un enorme gasto público y un déficit fiscal muy elevado, con un incremento general de los costes. Habrá que resolver el dilema de cómo reactivar la actividad económica, garantizando la salud, lo que exige implantar nuevas formas de prevención de la salud que permitan reducir el confinamiento con la utilización de las nuevas tecnologías, que no han sido bien aprovechadas para el seguimiento y control de la pandemia. Es imprescindible un enfoque de “más Europa” que permita conciliar la solidaridad que exigen las ayudas, con el compromiso del cumplimiento de las reformas y actuaciones necesarias.

10. CASALS, A. (2020): “Nuestras ciudades después de la pandemia: 10 puntos para el futuro” El Confidencial.

Figura 3. Factores externos entorno Covid

EL MUNDO DEL TRABAJO	SEGURIDAD Y MEDIOAMBIENTE
<ul style="list-style-type: none"> - Cuarta revolución industrial - Flexibilidad: online/remoto - Valorar resultados y tiempo libre - Logística: cómo y dónde producir - Empresas con valor diferenciado 	<ul style="list-style-type: none"> - Amenazas imprevisibles - Mundo complejo: solidaridad vs. economía - Riesgo de colapso global - Cambio climático: peor que la pandemia - Pacto verde ayuda en salud y economía
GEOPOLÍTICA	SALUD GLOBAL
<ul style="list-style-type: none"> - Reforzar el sistema multilateral débil - El papel de las grandes potencias - El entorno: Derechos humanos, refugiados - No cooperar afectará a todo 	<ul style="list-style-type: none"> - Salud y cambio climático - Red de alertas - Incremento de la telemedicina - Prepararnos para el futuro
URBANISMO	ECONOMÍA POSTCOVID
<ul style="list-style-type: none"> - "Huida" de las ciudades - Reinventando la ciudad - Transformación de espacios - Ciudad como ágora, integrando al "verde" 	<ul style="list-style-type: none"> - Gestionar la incertidumbre - Gran recesión - Confinamiento vs. nuevas tecnologías - Europa: solidaridad con compromisos

Fuente: Elaboración propia basado en "Reflexiones sobre la pandemia"¹¹.

5. El papel del auditor en el mundo postcovid

El rol del auditor en esta etapa implica potenciar algunas de sus competencias y aptitudes, desarrollando sus conocimientos en materia de gobierno corporativo, gestión integral de riesgos y control interno, acorde con los últimos desarrollos globales y regulatorios, potenciando las competencias emocionales y las habilidades blandas. Algunos aspectos concretos en los que habría que poner énfasis, implican abordar la gestión de la incertidumbre, los cambios de normativa, que pueden ser intensos y extensos, los nuevos factores externos de riesgo y el papel de las nuevas tecnologías, de acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores en relación a los sistemas de alertas sobre los riesgos emergentes.

a. Gestión de la incertidumbre:

Ante los nuevos desafíos del auditor, hacer frente a la gestión de la incertidumbre implica desenvolverse en entornos VUCA¹², que se caracterizan por lo siguiente:

- **Volatilidad (Volatility).** El nuevo entorno es volátil, en el sentido de que es inconstante, algo que se manifiesta de forma especial cuando nos referimos a la inestabilidad de los mercados financieros; además, los desafíos son inesperados o inestables y la nueva situación puede tener una duración desconocida
- **Incierto (Uncertainty).** Es incierto porque no es seguro, implica algo desconocido e ignorado; pero, a pesar de la falta de información, se conocen la causa básica y el efecto del evento.

11. CAPITULO ESPAÑOL DEL CLUB DE ROMA (2020) <http://www.clubderoma.net/>.

Reflexiones sobre la pandemia. ciclo el futuro después del Covid-19. <https://www.youtube.com/watch?v=LIPWonzlVxA>.

12. BARRIO, S. (2019): "Nuevas tendencias en la gestión de riesgos del control interno". Auditoría Pública Nº 73 (2019)

- **Complejo (Complexity).** Es complejo en el sentido de que es complicado, con muchos elementos interconectados, con alguna información disponible, pero cuyo volumen puede ser abrumador de procesar.
- **Ambiguo (Ambiguity).** Es ambiguo porque admite distintas interpretaciones y, por tanto, genera dudas confusión e incertidumbre. Además, como no existen precedentes, la persona se enfrenta a “incógnitas desconocidas”.

Hacer frente a la incertidumbre requiere manejar bien las competencias emocionales, ya que ante lo desconocido se producen intranquilidad y ansiedad, porque perdemos la sensación de poder controlar la situación, lo que requiere aprender a gestionar el miedo a lo inexplorado, saliendo de la zona de confort para habituarse a convivir en las condiciones de un escenario inédito

Desenvolverse en los entornos VUCA supone repensar muchas formas de actuar, porque ya pocas cosas son previsibles, son muchas las incertidumbres y escasas las certezas, porque todo cambia. En esta etapa, para adaptarse al nuevo marco en el mundo económico y empresarial, se deben invertir los términos de las siglas¹³, tal como se plantea en New Medical Economics, proponiendo actuar en un entorno VECA (Visión, Entendimiento, Claridad y Agilidad), cuyas pautas de conducta resumimos en la figura 4



Figura 4. VUCA versus VECA

COMPONENTE	ALTERNATIVA	PAUTAS DE CONDUCTA
(V) Volatillity	(V) Visión	- Saber dónde vamos - Formar equipo
(U) Uncertainty	(E) Entendimiento	- Aprender de nuevo - Desaprender
(C) Complexity	(C) Claridad	- Saber por qué lo hacemos - Entender lo que aporta valor
(A) Ambiguity	(A) Agilidad	- Motivarnos con el cambio - Experimentar nuevos patrones

Fuente: Elaboración propia basado en New Medical Economics.

13. REDACCION NME_(2019): “VUCA: soportar la incertidumbre”. New Medical Economics (NME). <https://www.newmedicaleconomics.es/>

b. Énfasis en los cambios de normativa

El auditor y también cualquier gestor, público o privado, van a sufrir la presión de cambios normativos rápidos y frecuentes que, a la vista de los factores de riesgo que se han expuesto, se imponen en todas las sociedades. Los confinamientos, el teletrabajo, la seguridad laboral y la de los activos, generan cambios regulatorios de todo tipo. En el ámbito específico de las normas de auditoría, se puede hacer referencia a los principales impactos del covid-19 en las NIAs¹⁴ identificando aquellos párrafos y aspectos que pueden verse más impactados por el COVID, resaltando la importancia de mantener el escepticismo y juicio profesionales en el nuevo escenario. A continuación se presentan los aspectos que se pueden considerar más relevantes, teniendo en cuenta la equivalencia de relación NIAs-ES SECTOR PÚBLICO y NIAs-ES¹⁵.

La estructura de las NIA-ES-SECTOR PÚBLICO no difiere del de las NIA-ES, a excepción de que cada norma incluye al final una nota explicativa, o NE, que resume los aspectos a considerar para un mejor entendimiento de las especificidades del Sector Público y las referencias a las adaptaciones efectuadas.

El documento citado, tiene carácter meramente informativo y en modo alguno puede considerarse vinculante, expresa el criterio del ICJCE basado en el análisis de la situación provocada por el coronavirus COVID-19 y la normativa actual en vigor, sin perjuicio del superior criterio del ICAC y de cualesquiera otras Administraciones Públicas competentes.

Figura 5. Impacto del covid en las NIAs

NIA-ES-SP	NIA-ES	TÍTULO
1240	240	Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude
1315	315	Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno
1330	330	Respuestas del auditor a los riesgos valorados
1540	540	Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de valor razonable, y de la información relacionada a relevar
1560	560	Hechos posteriores al cierre
1570R	570R	Empresa en funcionamiento
1600	600	Consideraciones especiales: auditorías de estados financieros de grupos (incluido trabajo de los auditores de los componentes)

Fuente: Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

14. Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España. (2020): "Principales impactos del covid-19 en las NIA-ES."

15. Col·legi de Censors Jurats de Comptes de Catalunya. (2020): "Comparativo NIA-ES-SP con NIA-ES".



c. Gestión de riesgos ante los nuevos factores

Existen riesgos extraordinarios que, aunque pueden ser de baja probabilidad de acaecimiento, quizás puedan ser de alto impacto, como los que afectan al marco geopolítico, terrorismo, revueltas sociales y colapsos del mercado. Una función importante del auditor es colaborar con el comité de riesgos¹⁷ o, en su caso, con el comité de auditoría si es éste el que asume la gestión de los riesgos corporativos. Es preciso revisar que la organización se comporta de acuerdo con los límites establecidos en cuanto a tolerancia de riesgo y riesgo global aceptado, así como reforzar los valores de la organización promoviendo una cultura de conciencia del riesgo. El auditor también ha de colaborar con la alta dirección y los directores de cada unidad de gestión, que deben promover una estrategia de riesgos a nivel general de la organización y a nivel de unidades, para verificar que existen actividades para mitigar los riesgos en caso de que se produzcan, de forma que se garanticen aspectos esenciales como son: la salvaguarda de los activos, el cumplimiento de los niveles de seguridad

exigidos en relación a medio ambiente, seguridad e higiene, así como cumplimiento de la normativa correspondiente. En definitiva, es preciso garantizar que se identifican, evalúan y gestionan los riesgos, de acuerdo con los niveles aceptados por la organización y que aquellos que son considerados materiales son revisados adecuadamente. Asimismo, es preciso que existan canales de comunicación adecuados para gestionar los riesgos corporativos.

d. Control interno en el Área CYBER

Es evidente que las nuevas tecnologías han contribuido de forma trascendental en la lucha contra los efectos del virus, acelerando el proceso de digitalización de toda la sociedad, pero también hay que ser conscientes de que nos hacen ser más vulnerables al malware y la ciberguerra. Existen numerosos motivos de preocupación ante el impacto de las nuevas tecnologías como son:

- Riesgos de fallos informáticos, hackeo y protección de datos.
- Cuestiones éticas en las relaciones hombre-máquina.

17. Committee of sponsoring organizations of the treadway commission. (2004): Gestión de riesgos corporativos. técnicas de aplicación.



- La libertad, la integridad y la dignidad, y la no discriminación.
- El vacío legal existente en torno a la intervención de las máquinas.
- El mal uso de las tecnologías en aspectos fundamentales como la seguridad, la biomedicina, la protección del medioambiente, el sector energético y la industria armamentística.

El auditor postcovid deberá ser una persona con una visión interdisciplinar de la organización y el entorno, para abordar los problemas teniendo en cuenta la convergencia de distintas disciplinas para la puesta en común de conceptos y métodos de investigación, ante las dificultades propias de la gestión de la incertidumbre. El futuro inmediato demanda un perfil "visionario" en cualquier profesional que quiera estar preparado para encararse al próximo cisne negro, que puede surgir en cualquier momento.

Bibliografía

- **Artega, F.** (2020): "La gestión de pandemias como el covid-19 en España: ¿enfoque de salud o de seguridad?" Real Instituto Elcano. Estudios Internacionales y Estratégicos.
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?wcm_global_context=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari42-2020-arteaga-gestion-de-pandemias-covid-19-en-espana-enfoque-de-salud-o-de-seguridad
- **Barrio, S.** (2019): "Nuevas tendencias en la gestión de riesgos del control interno." Auditoría Pública nº 73 (2019).
- **Capitulo español del Club de Roma** (2020) <http://www.clubderoma.net/> "Reflexiones sobre la pandemia. Ciclo el futuro después del covid-19." <https://www.youtube.com/watch?v=LIPWonzIVxA>
- **Casals, A.** (2020): "Nuestras ciudades después de la pandemia: 10 puntos para el futuro" El Confidencial.
https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-08-04/coronavirus-pandemia-ciudades-futuro_2703839/
- **Committee of sponsoring organizations of the tread-way commission.** (2004): Gestión de riesgos corporativos. Técnicas de aplicación.
- **Coopers & Lybrand.** (1997) "Los nuevos conceptos del control interno (Informe COSO). Editorial Díaz de Santos, 1997.
- **Cuadrado Tapia, A.C.** (2014): "Metodología de implementación de una cultura organizacional basada en el sistema COSO -ERM para la unidad de auditoría interna en una institución financiera en Quito."
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/7971/Tesis%20Finalpdf?sequence=1&isAllowed=y>
- **Deloitte** (2017): "COSO ERM 2017 y la generación de valor." Deloitte Touche Tohmatsu Limited.
- **Deloitte** (2020): "Consideraciones de auditoría interna en respuesta al covid-19."
<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/2020/Consideraciones-Auditoria-Interna-COVID19.pdf>
- **Indice mundial de seguridad sanitaria:** <https://www.ghsindex.org/>.
- **Instituto de censores jurados de cuentas de España.** (2020) "Principales impactos del covid-19 en las NIA-ES".
- **New Medical Economics. Redaccion NME** (2019): "VUCA: Soportar la incertidumbre." (NME). <https://www.newmedicaleconomics.es/>
- **Rodríguez, P; Castaño Vélez, C.F; Zuluaga Arcila, H.F; Osorio Gómez, V. y Duque Uribe, V.** (2006) "La auditoría ética: herramienta para fortalecer la integridad del carácter organizacional". Innovar. Contabilidad y Finanzas.- vol. 16, nº 17- enero a junio, 2006.
- **Sandia National Laboratories** (2002) "A Scalable Systems Approach for Critical Infrastructure Security".
<https://prod-ng.sandia.gov/techlib-noauth/access-control.cgi/2002/020877.pdf>





La implementación de los objetivos de desarrollo sostenible en las entidades locales. La clasificación del presupuesto por ODS y metas. Aplicación de la evaluación de programas y políticas públicas en materia de ODS por parte de las instituciones de control externo

Inmaculada Grajal Caballero

Interventora General de la Diputación de Palencia

Víctoria del Río Casas

Técnico Unidad Coordinación Servicios Técnicos. Diputación de Palencia

Eladio Ruíz de Navamuel Martín

Coordinador de los Servicios Técnicos. Diputación de Palencia

Resumen: En el presente trabajo, partiendo de los antecedentes de la Agenda 2030 y la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de septiembre de 2015, se trata de analizar la relevancia de implicar a los gobiernos locales en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Para ello, se pone de manifiesto la experiencia de una Diputación que está utilizando un instrumento esencial de planificación y ejecución de la política económica como es el Presupuesto General de la Entidad. A través de él, se ha vinculado cada aplicación presupuestaria a un ODS y una meta, de las definidas en la Agenda 2030. Esta asociación permite obtener información sobre qué parte del presupuesto se asigna a cada ODS y meta, posibilitando un seguimiento de su ejecución y liquidación. Asimismo, integra la política económica de la Entidad local dentro del prisma de los ODS de la Agenda 2030.

Por otra parte, se pone de manifiesto la importancia de que, desde las Instituciones de Control Externo (ICEX) puedan llevarse a cabo actuaciones de evaluación de programas y políticas públicas que permitan evaluar el cumplimiento de los ODS a nivel nacional, regional y local.

Palabras Clave: Entidades locales, presupuestos, objetivos de desarrollo sostenible, agenda 2030, instituciones de control externo, evaluación de programas y políticas públicas.

Abstract: This article, starting from the background of the 2030 Agenda and the September 2015 Declaration of the United Nations General Assembly, attempts to analyze the relevance of involving the local governments in the achievement of the Sustainable Development Goals (SDGs). For that purpose, the experience of a Provincial Council is revealed, as it uses an essential instrument of planning and execution of the economic policy such as the Entity's General Budget. Through it, each budget application has been linked to an SDG and a target, from the ones defined in the 2030 Agenda. This association provides information on how much of the budget is allocated to each Goal and target, making it possible to monitor its execution and settlement. In addition, this integrates the economic policy of the Local Corporation within the prism of the 2030 Agenda's SDGs.

Moreover, the article highlights the importance of the Audit Institutions being able to carry out program and public policy evaluations, making it possible to evaluate de compliance of the SDGs on a national, regional and local level.

Keywords: Local entities, budgets, sustainable development goals, 2030 agenda, audit institutions, program and public policy evaluations.



I. Introducción

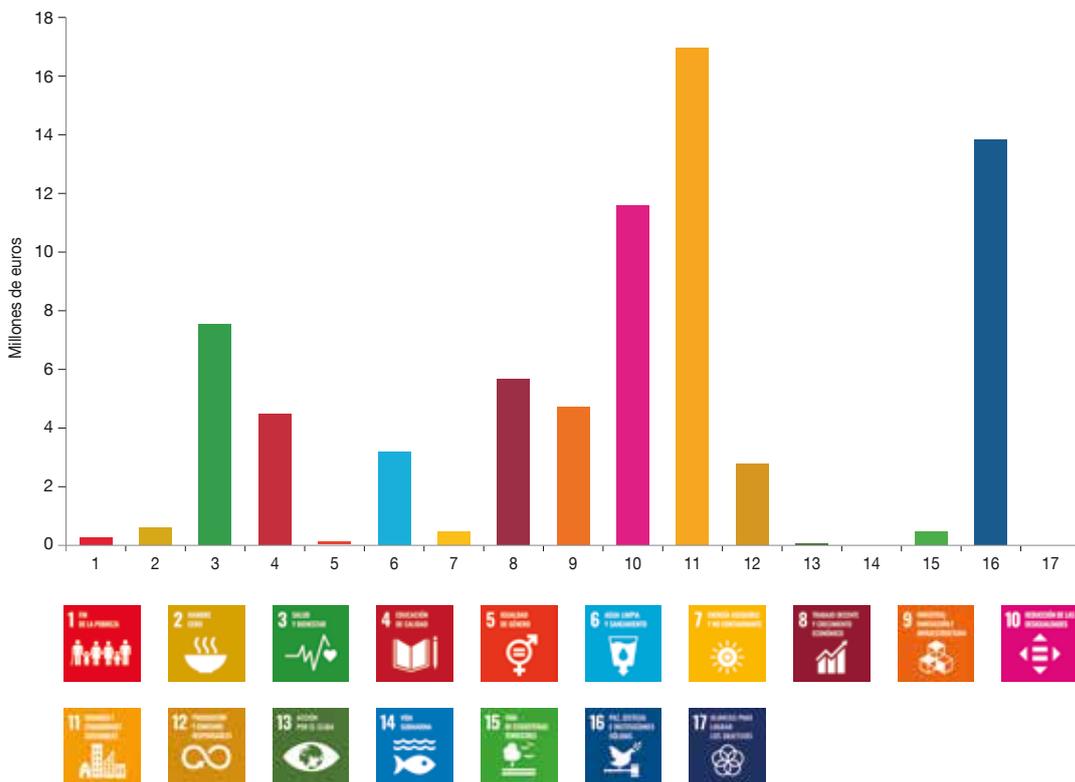
En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la “Agenda 2030” para el Desarrollo Sostenible, objetivos que constituyen un desafío global en los que han de implicarse todos los sectores de la sociedad. Para su consecución se establece un plazo de 15 años.

La Diputación de Palencia dio un primer paso en su aportación a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (ODS) y aprobó, en noviembre de 2019, el Presupuesto General del ejercicio 2020 alineado con los ODS. Hecho que ha tenido continuación en los Presupuestos Generales del ejercicio 2021.

Con ello se ha conseguido, no sólo identificar en qué objetivos y metas de la Agenda está trabajando actualmente la Diputación de Palencia, 15 objetivos y 45 metas, sino cuantificarlos y efectuar un seguimiento sobre los mismos.

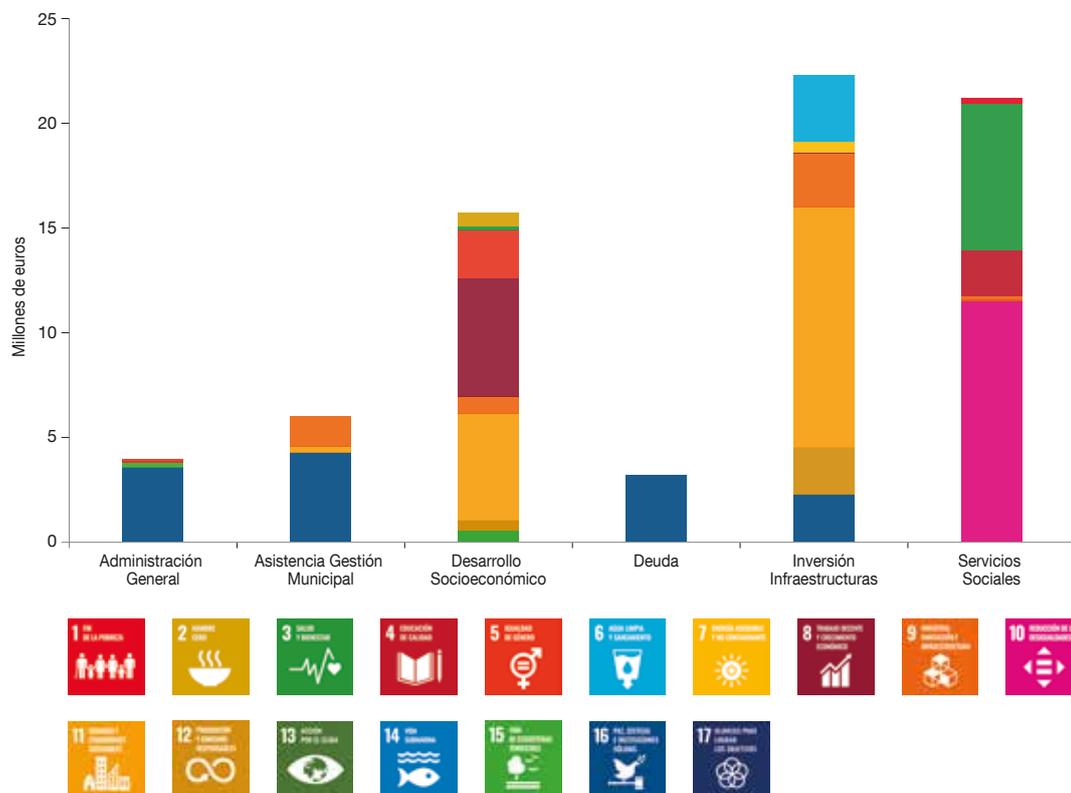
La distribución de los recursos del Presupuesto de 2021 entre los ODS se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Distribución de los recursos del Presupuesto de 2021 de la Diputación de Palencia entre los ODS



Fuente: Elaboración propia

Gráfico 2. Cuantificación de los ODS en los presupuestos 2021 de cada Área de la Diputación de Palencia



Fuente: Elaboración propia

Asimismo, el cuadro que se inserta anteriormente refleja la presencia y cuantificación de los ODS en cada Área.

El análisis y evaluación del impacto de estos ODS en la provincia y en las actividades realizadas es el nuevo reto al que se enfrenta la Diputación, y en el que se encuentra inmersa, sin olvidar el fuerte impacto y las repercusiones de la crisis originada por la pandemia del COVID-19, no sólo en la Agenda 2030, sino en nuestra forma de vida y sociedad.

II. El camino hasta Agenda 2030 y su importancia para los gobiernos locales

Desde mediados del siglo XX hasta nuestros días se produce un desarrollo económico y social sin precedentes. El progreso, en todo el mundo y todos los ámbitos, viene acompañado por un proceso de globalización, económico y social, y un altísimo crecimiento demográfico. Pero este desarrollo ha supuesto un elevado coste ambiental, que ha desembocado en el calentamiento global, el aumento de la contaminación, el deterioro de los ecosistemas y la pérdida de biodiversidad.

A principios de los años 70 surgen las primeras señales de alarma. El informe publicado en 1972 “Los límites del crecimiento” alerta, ya entonces, que, si se mantiene el ritmo de incremento de la población mundial, la industrialización, la contaminación, la producción de alimentos y la explotación de recursos naturales de ese momento, la Tierra alcanzaría su límite en los siguientes cien años. En ese mismo año se celebra la I Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Estocolmo. Es el primero de los hitos que ha marcado el camino a los ODS. En 2021, con la mitad de este tiempo transcurrido, esas previsiones se acercan mucho a la realidad.

A partir de ese momento, el desarrollo de las políticas en materia de medio ambiente de los diferentes poderes públicos ha discurrido paralelo a la concienciación de la sociedad. Se va poniendo de manifiesto que no es posible el crecimiento económico ilimitado y que éste, no solo genera un grave problema ambiental, sino también una gran desigualdad social.

En 1987 la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, formada por más de cien expertos, en el seno de la ONU, elaboró el informe Brundtland “Nuestro Futuro

Común.” En este informe, por primera vez, se teoriza sobre el concepto de sostenibilidad. Se define el desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. En “Nuestro Futuro Común” se manifiesta la necesidad de preservar la base ecológica para el desarrollo, incorporando el conocimiento técnico para mitigar las consecuencias de éste. También, la necesidad de potenciar la participación pública en la toma de decisiones. Los estados deben poseer un sistema social que mitigue las tensiones del desarrollo y el sistema internacional fomentar patrones sostenibles de comercio y finanzas.

El siguiente hito se produce en 1992 en Río de Janeiro, en el Marco de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En Río, se acuerda una estrategia global para lograr el desarrollo sostenible a partir de la cooperación mundial y se establecen los 27 principios sobre los derechos y responsabilidades de las naciones en el progreso y bienestar de la humanidad. En esta cumbre se consolida a nivel internacional el concepto “sostenible” y se intensifica tanto a nivel Comunitario, como a nivel Estatal, el carácter transversal y la integración del medio ambiente en el resto de políticas. Lamentablemente, no se traduce en compromisos concretos y su aplicación, “La Agenda 21”, se materializa de forma muy parcial.

En septiembre del año 2000, sobre la base anterior, se adoptó la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas. En ella, los países asumen el compromiso en una nueva alianza mundial para reducir la pobreza extrema y establecen ocho objetivos, con un plazo límite de 2015, conocidos como los Objetivos de desarrollo del milenio (ODM). El cumplimiento de los ODM fue muy desigual, orientándose en mayor medida a los países en vías de desarrollo, y su consecución fue ralentizada por la crisis que comenzó en el año 2008.

En septiembre 2015 se aprueba la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, que pretende retomar los principios de la Declaración de Río y los ODM y conseguir aquello que éstos no lograron. La Agenda 2030 es un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad. Ambicionan asegurar que nadie se quede atrás. Los 17 objetivos de desarrollo sostenible y las 169 metas que integran la Agenda, persiguen centrar y estimular la acción en cinco esferas de importancia crítica, las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas. Aporta un lenguaje universal para trabajar conjuntamente y conlleva un cambio cultural para mejorar nuestra manera de vivir. Esto implica la utilización de un sistema común de indicadores que permita medir los avances en la consecución de las metas.

Hay varias cuestiones importantes que destacar en la Agenda 2030: su carácter universal, que afecta tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo, pero adaptado a las circunstancias de cada uno; el intenso proceso de

consultas públicas y participación que abarcó más de dos años; y la responsabilidad compartida por todos que incluye tanto los poderes públicos como la sociedad civil. En este sentido, una de las singularidades de la Agenda 2030 es la importancia de la búsqueda de soluciones desde aquellos niveles de la administración pública más cercanos a la ciudadanía en una transformación que parte desde el nivel local.

El año 2020 comenzaba como el inicio de la “Década de acción”, a diez años de la fecha prevista para alcanzar los objetivos de la Agenda 2020, en la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible celebrada en septiembre de 2019, los líderes mundiales se comprometieron a que el próximo decenio fuese un decenio de acción y resultados, e incluyeron entre sus compromisos, el de potenciar la acción a nivel local para acelerar su implementación, *“nos comprometemos a empoderar y apoyar a las ciudades, las autoridades locales y las comunidades con miras al cumplimiento de la Agenda 2030,”* y reconocieron *“su papel fundamental en la implementación y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.”*

Las Diputaciones tienen, como entidades locales, un papel fundamental en la implementación y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y han de implicarse en la Agenda 2020 para *“marcar la diferencia donde importa: en la vida de las personas”* tal como dijo el Secretario General de las Naciones Unidas en la apertura de la Cumbre de septiembre de 2019, donde hizo un llamamiento para que todos los sectores de la sociedad se movilizaran en favor de esta década de acción, y en concreto, a nivel local, a intensificar acciones que orientasen las políticas y los presupuestos con la Agenda 2030.

Sin los gobiernos locales la gran mayoría de las 169 metas de los ODS no se podrán alcanzar en el año 2030. Para ello es necesario localizar los ODS. Es básico integrarlos en la planificación propia de cada entidad para dar una mayor coherencia a las políticas desarrolladas. Localizar los ODS implica adaptar los planes y políticas existentes, movilizar la colaboración y el diálogo entre los actores públicos y privados, y contar con la participación de la ciudadanía.

Como parte de este proceso es necesario hacer un diagnóstico de la situación local que nos permita definir las principales metas locales, las acciones y políticas a desarrollar y determinar las prioridades. Para realizar este proceso, es interesante, especialmente para los pequeños municipios, la metodología propuesta por la guía para la localización de la Agenda 2030 que ha publicado la Federación Española de Municipios y Provincias en diciembre de 2020.

En el caso concreto de la Diputación de Palencia, antes de iniciar el proceso de localización de los ODS, se plantearon diferentes alternativas para facilitar el conocimiento y la comprensión del proceso por parte de las diferentes áreas y departamentos de la institución y lograr su implicación. En 2018, se desarrolló una campaña de difusión en la que el

personal de la Diputación podía realizar sus propuestas para contribuir al desarrollo de la agenda. Pero la clave para su inicio, se produjo a finales de ese mismo año, en el marco del Conama 2018 “Rumbo 2030,” donde la Diputación de Córdoba presentó sus avances en la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, y entre ellos, como herramienta para facilitar la participación, había relacionado su presupuesto de 2019 con los ODS.

La Diputación de Palencia se plantea entonces utilizar esta herramienta como punto de arranque para iniciar el proceso de implantación de los ODS de una forma sencilla, de abajo a arriba, implicando, de manera transversal a todas las áreas y departamentos dado que toda ellas participan del presupuesto. La alineación presupuestaria ha sido un éxito y ha demostrado que el objetivo de dirigir las acciones de los gobiernos locales hacia la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible pasa necesariamente por esta herramienta esencial desde el punto de vista económico-financiero como es el Presupuesto General de la Entidad Local.

III. La implementación de los ODS en el presupuesto de las entidades locales

El Presupuesto de las Entidades Locales viene definido en el Artículo 162 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo TRLRHL), como la *“expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo pueden reconocer la entidad, y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio.”*

Se trata de un instrumento esencial de planificación y ejecución de la política económica de la Entidad Local.

El Estado de Gastos se encuentra conformado por aplicaciones presupuestarias, cuya expresión cifrada constituye el crédito presupuestario. Cada aplicación presupuestaria vendrá definida, al menos, por la conjunción de las clasificaciones por programas y económica.

El Artículo 167.2 del TRLRHL establece lo siguiente: *“Las entidades locales podrán clasificar los gastos e ingresos atendiendo a su propia estructura de acuerdo con sus reglamentos o decretos de organización.”*

En base a lo anterior, y una vez tomada la decisión de incorporar los objetivos de desarrollo sostenible a su proceso de elaboración del Presupuesto de 2020, se plantea cómo realizar su integración, debiendo ser lo más simple y sencilla posible. Las dos principales decisiones a tomar eran la escala de trabajo y la metodología de asignación de objetivos y metas. En cuanto a la escala, se analiza si utilizar el nivel de programa

o descender al nivel básico, la aplicación presupuestaria. Dado que es más sencillo conocer la finalidad concreta del gasto a nivel aplicación presupuestaria y que el nivel de programa podía responder a distintos fines que se relacionasen con diferentes metas, se decide inicialmente utilizar el nivel de aplicación presupuestaria. En cuanto a la metodología, se decide realizar una asignación biunívoca, de forma que, cada aplicación se vincula con una meta. Se evita así tener que asignar índices de impacto de cómo afectan de manera ponderada las diferentes metas a cada unidad presupuestaria.

Para ello, a través de su normativa interna, constituida en este caso por las Bases de Ejecución del Presupuesto se reguló incorporar a cada aplicación presupuestaria una codificación del objetivo y meta, de los definidos en la Agenda 2030, que se pretenden lograr con dicha aplicación.

De esta forma, cada aplicación presupuestaria viene definida por la clasificación orgánica, por programas y económica, de acuerdo con la Orden EHA/3565/2008 de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las Entidades Locales, y, asimismo, se incorpora una codificación que se corresponde con el objetivo y la meta de la Agenda 2030 asociado a dicha aplicación.

Este mismo proceso de presupuestación ha continuado en 2021, de tal forma que las aplicaciones del Presupuesto se asocian cada una de ellas a un objetivo de desarrollo sostenible y una meta.

A continuación, analizamos un ejemplo a través de la siguiente aplicación presupuestaria:

Tabla 1. Aplicación presupuestaria. Clasificación por ODS

Orgánica	Programa	Económica	ODS	Denominación
36	16003	65000	063	Obras Mejora Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales

Respecto de la clasificación orgánica, la aplicación corresponde a la unidad orgánica 36 denominada “Infraestructuras urbanas y ambientales”.

En cuanto a la clasificación por programas, se asigna al programa 16003 denominado “Mejora Saneamiento y Depuración aguas residuales”.

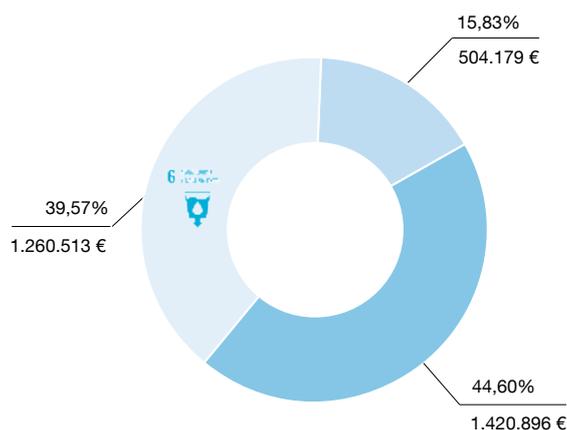
La clasificación económica es la 65000 “Gastos en inversiones gestionadas para otros entes públicos”.

Y por último la clasificación por ODS relaciona la aplicación con el código 063 que se corresponde con el Objetivo nº 6: “Agua Limpia y Saneamiento” y la Meta nº 3 “Mejorar la calidad del agua, reducir la contaminación de aguas residuales”.

Gráfico 3 . ODS 6. Presupuesto de 2021 de la Diputación de Palencia

6.3 Mejorar la calidad del agua. Reducir la contaminación y aguas residuales.

De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial.



6.B Apoyar la participación de las comunidades locales

De aquí a 2030, apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento

6.4 Aumentar el uso eficiente de recursos hídricos (extracción de agua)

De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua.

El objetivo 6 representa el 4,37% del presupuesto inicial de Diputación



Fuente: Elaboración propia

De esta manera, la codificación asignada a cada aplicación presupuestaria permite conocer a qué objetivo de desarrollo sostenible y a qué meta se encuentra asociada.

Esta asociación permite asimismo obtener información sobre qué parte del presupuesto se destina a cada ODS y Meta. Igualmente, en la ejecución y liquidación del Presupuesto es posible analizar el grado de gasto efectivamente invertido en cada ODS y Meta.

Por otra parte, en relación a la vinculación jurídica de los créditos, de acuerdo con el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, los niveles de vinculación jurídica de los créditos serán establecidos en las Bases de Ejecución del Presupuesto, obligatoriamente en las clasificaciones por programas y económica y de forma potestativa en la clasificación orgánica. En consecuencia, esta clasificación por ODS y meta nunca podrá determinar el carácter vinculante de los créditos.

IV. Seguimiento de los ODS: memoria de objetivos, indicadores de gestión

Una vez marcados unos objetivos y establecidas unas líneas de actuación, el seguimiento constituye un elemento fundamental para lograr su consecución. En este sentido, arbitrar un sistema de indicadores de cumplimiento constituye la pieza primordial para lograr que la Agenda 2030 se plasme en nuestra realidad.

Existen varios instrumentos en la normativa local que pueden utilizarse para el seguimiento de los ODS. Así, el Artículo 211 del TRLRHL regula dos memorias que han de acompañar de forma obligatoria a la Cuenta General:

“Los municipios de más de 50.000 habitantes y las demás entidades locales de ámbito superior acompañarán a la cuenta general:

- a) *Una memoria justificativa del coste y rendimiento de los servicios públicos.*
- b) *Una memoria demostrativa del grado en que se hayan cumplido los objetivos programados con indicación de los previstos y alcanzados, con su coste.”*

En estos mismos términos se expresa la Regla nº 48 de la Instrucción del Modelo Normal de Contabilidad Local, aprobada por Orden HAP 1781/2013, de 20 de septiembre.

Esta Memoria puede convertirse en un instrumento para plasmar los logros obtenidos por la Entidad Local en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Por otro lado, la necesidad de implantar un mecanismo sólido de seguimiento y revisión para la consecución de la Agenda 2030, determinó la elaboración de un marco global de indicadores. Estos indicadores fueron aprobados por la Asamblea General el 6 de julio de 2017 y están contenidos

en la *Resolución adoptada por la Asamblea General sobre los trabajos de la Comisión de Estadística relacionados con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.

En el caso de la Diputación de Palencia, si para incorporar la Agenda 2030 a su gestión y planificación, tomó la decisión de asignar a cada aplicación presupuestaria una meta de los ODS, para su seguimiento ha optado por el análisis de los programas presupuestarios una vez finalizada la ejecución del gasto de esa anualidad, y la utilización de los medios disponibles anteriormente citados.

La elección del análisis a través de los programas presupuestarios permite obtener una visión global de las líneas de actuación al agrupar estas las aplicaciones presupuestarias según su finalidad, siguiendo nuevamente la estructura de los presupuestos. La frecuencia en el seguimiento, una vez ejecutado el gasto de la anualidad, nos dará el conocimiento real de la aportación económica destinada a cada medida.

La Memoria referida en el Artículo 211 del TRLRHL nos servirá como base y punto de partida. En este sentido, se propuso la creación de un cuadro de mando o base de datos en el que se integren los requerimientos y datos de la citada Memoria con los ODS y los indicadores de gestión de los mismos.

Respecto al sistema de indicadores de gestión, estos deben ser: específicos, mensurables, alcanzables, relevantes y temporales (SMART), y adaptados a la realidad y contexto local para asegurar que se reflejen las aportaciones de las Entidades Locales, sin perder de vista los compromisos asumidos en los planos nacional y mundial.

Dado que los indicadores publicados por Naciones Unidas tienen una aplicación global, para su conversión a indicadores locales se han seguido los siguientes criterios: Relevancia local, indicadores de metas que afecten directamente a la provincia; Nivel de impacto de la Entidad Local, indicadores en dominios de competencia de la Entidad; disponibilidad de datos y selección de indicadores de fácil acceso, recolección y tangibles.

De esta manera se construirá un sistema de indicadores ajustado a la realidad local con Indicadores Locales de contexto, que aportan información sobre las metas a nivel territorial de las Entidades Locales, e Indicadores Locales de actuación, que aportan información sobre las actividades realizadas por la propia Entidad y su contribución a dichas metas. En todos ellos se indicará la fuente y el año de obtención de los datos. (Ej. Meta 6.6 Mejorar la calidad de agua. Reducir la contaminación y aguas residuales. Indicador Local de contexto: Núcleos Urbanos con sistemas de depuración de aguas no adecuados. Indicador Local de actuación: Nº de Estaciones de Depuración de Aguas Residuales (EDARES) construidos).

Tabla 2. Ejemplo indicadores locales meta 6.6 Mejorar la calidad de agua. Reducir la contaminación y aguas residuales

Indicador Local	Fuente	Año	Valor
Núcleos Urbanos con sistemas de depuración de agua no adecuados	Confederación Hidrográfica del Duero	2019	
Nº de EDARES construidos	Servicio Infraestructuras Ambientales Diputación de Palencia	2020	

El método propuesto comienza con la recogida de la información relevante de la gestión y las actuaciones realizadas, los indicadores de gestión, y por último el estudio de la consecución de los objetivos.

Este proceso ha de realizarse de forma sistemática, sencilla, periódica y continuada en el tiempo, y en él se han de implicar de manera colaborativa todos los departamentos de la Entidad Local, ya que son ellos los que conocen y desarrollan los programas

Para ello, se han creado fichas para cada departamento o unidad de gestión que recogen los programas pertenecientes a su unidad orgánica, estructurados según el ODS y meta asignados.



Tabla 3. Ficha seguimiento ODS

6 Agua Limpia y Saneamiento **ODS 6 Agua limpia y saneamiento**
 Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos

META 6.3 Mejorar la calidad del agua. Reducir la contaminación y aguas residuales
 De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial

Programa	Desarrollo Rural	Créditos Iniciales	Créditos Totales	Obligaciones Reconocidas
16003	Mejora saneamiento y depuración de aguas residuales	262.500,00 €	498.067,08 €	151.774,88 €
Objetivo				
Descripción				

Modificar sólo si los datos son incorrectos

ODS	META	Programa	Acciones Desarrolladas	Tipo	Colaboración otros organismos	Destinatarios	Presupuesto	Indicador 1	Indicador 2	Indicador 3
6	6.3									
6	6.3									
6	6.3									
6	6.3									
6	6.3									
6	6.3									

META 6.4 Aumentar el uso eficiente de recursos hídricos (extracción de agua)
 De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua

Programa	Desarrollo Rural	Créditos Iniciales	Créditos Totales	Obligaciones Reconocidas
16101	Abastecimiento de Agua	31.000,00 €	98.686,57 €	76.922,08 €
Objetivo				
Descripción				

Modificar sólo si los datos son incorrectos

ODS	META	Programa	Acciones Desarrolladas	Tipo	Colaboración otros organismos	Destinatarios	Presupuesto	Indicador 1	Indicador 2	Indicador 3
6	6.4									
6	6.4									
6	6.4									
6	6.4									
6	6.4									
6	6.4									

La información recabada por cada departamento conformará el cuadro de mando del desarrollo de los ODS. Este cuadro de mando permitirá la visión transversal del desarrollo de la Agenda 2030 en la Institución, a la vez que un análisis pormenorizado por programas, ODS o metas, de manera que cada Servicio o área de la estructura de la Entidad Local pueda ver de forma sencilla su contribución a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como posibilitará su publicación.

El estudio final de la consecución de los ODS quedará reflejado e incluido en la Memoria anual referida en el Artículo 211 del TRLRHL, en la que se analizan las actuaciones realizadas, su coste, rendimiento y el grado de cumplimiento de los objetivos de la Entidad Local, convirtiéndose de tal forma en un instrumento para plasmar los logros obtenidos por la Entidad Local en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible como ya se indicó.

V. Relevancia jurídica de la Agenda 2030. Posibilidades de auditoría de los ODS en las entidades locales

Como punto de partida, conviene analizar la relevancia jurídica de la Declaración de la Agenda 2030.

El Artículo 96 de la Constitución Española de 1978 recoge lo siguiente:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

Es decir, los tratados internacionales constituyen parte del Ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en un país.

El Reglamento de la Organización de Naciones Unidas en su Anexo VIII establece lo siguiente:

“Las sesiones plenarias de la Asamblea General deberían servir de foro para formular declaraciones de política de alto nivel, así como para examinar, entre otros, temas del programa que revistan especial urgencia o importancia política.”

En la Resolución de 25 de septiembre de 2015 se señala que la Agenda constituye un Plan de Acción, que será implementado por todos los países y partes interesadas mediante una alianza de colaboración.

Asimismo, en su apartado nº 21 se asevera que los Objetivos y metas guiarán las decisiones que se adopten en los próximos 15 años, manifestando el compromiso de implementar la Agenda dentro de los propios países y en los planos regional y mundial.

Es decir, la Agenda 2030 no constituye una norma jurídica de obligado cumplimiento. Sin embargo, la voluntad que se plasma en la Resolución denota que los efectos van más allá de una mera recomendación. Se trata de una voluntad política y programática por parte de los Estados de obligarse a implementar las medidas necesarias que hagan realidad los objetivos propuestos.

A pesar de lo anterior, existe un campo importante de posibilidades de auditoría pública relacionadas con los ODS a través de la evaluación de programas y políticas públicas.

A nivel de la Administración del Estado, mediante Real Decreto 1418/2006 de 1 de diciembre se aprobó el Estatuto de la Agencia Estatal de la Evaluación de las políticas públicas y calidad de los servicios, que fue sustituida por el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, cuya última regulación se encuentra en el Real Decreto 307/2020 de 11 de enero, adscrito a la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública.

La evaluación de programas y políticas públicas también constituye un importante campo de posibilidades de actuación para las Instituciones de control externo (ICEX).

En el documento “Evaluación de programas para las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS). Un compendio” de INTOSAI (Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores) de julio de 2010 se define la Evaluación de programas de la siguiente forma:

“Una evaluación de programa es una investigación sistemática de una organización o institución, programa o proyecto, o proceso o política que tiene la intención de beneficiar a la sociedad. El propósito de una evaluación de programa puede

ser mejorarlo, decidir qué acción tomar, o entender las razones de su éxito o fracaso, o sus fortalezas y debilidades para alcanzar los objetivos propuestos. Puede documentar la rendición de cuentas o aumentar su conocimiento. Las evaluaciones de programa comúnmente determinan los criterios que distinguen la buena o mala calidad, evalúan el desempeño tomando en consideración estos criterios, y sacan conclusiones válidas y confiables.”

En el documento INTOSAI GOV 9400, de julio de 2016, se aprueban las Directrices para la Evaluación de las Políticas Públicas, cuyo objeto consiste en ayudar a las EFS y entidades encargadas de la evaluación a alcanzar el objetivo de la misma, que es el de analizar de manera neutral e independiente los diversos criterios que permiten emitir una valoración sobre la utilidad de una política pública.

En la evaluación de las políticas públicas lo fundamental es evaluar el impacto global a corto y largo plazo de una política y valorar la pertinencia de dicha política.

Los objetivos generalmente reconocidos de una evaluación son los siguientes:

- *Planificación/eficiencia: asegurarse de que existe una justificación para una política y de que los recursos se utilizan de manera eficiente.*
- *Rendición de cuentas: demostrar en qué medida la política ha alcanzado sus objetivos, cómo se han utilizado los recursos y cuál ha sido su impacto.*
- *Ejecución: mejorar el desempeño de la política y la eficacia de su ejecución y gestión.*
- *Producción de conocimiento: entender qué funciona bien (para quién) y por qué (y en qué contexto).*
- *Fortalecimiento institucional: mejorar y desarrollar capacidades entre los actores de la política, sus redes e instituciones.*

El plan de acción marcado a través de la Agenda 2030 posee tal trascendencia a nivel global, con unos objetivos ambiciosos en las cuestiones más fundamentales para la humanidad, que bien justificaría que se lleven a cabo actuaciones de evaluación por parte de las ICEX.

Las actuaciones de evaluación por parte de una ICEX no tienen que partir necesariamente de una petición de una autoridad pública, sino que pueden serlo por propia iniciativa.

No cabe duda del gran interés que supondría una evaluación del cumplimiento de los ODS a nivel nacional, regional e incluso local, analizando políticas y programas que se hubieran llevado a efecto para lograr estos objetivos, una vez transcurrido ya la tercera parte del tiempo marcado por la ONU para su plena implementación.

VI. Informe de Naciones Unidas de Evaluación de los ODS En 2020. Repercusiones de la crisis originada por la Covid-19

Sobre la base de los indicadores aprobados por la Asamblea General el 6 de julio de 2017, se elaboran informes anuales que ofrecen una descripción general de los esfuerzos mundiales de implementación hasta la fecha, haciendo hincapié en los ámbitos de progreso y en aquellos en los resulta necesario tomar más medidas.

En relación al último Informe publicado el 30 de junio de 2020, el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres, subraya el hecho de que la crisis sanitaria, económica y social provocada por la COVID-19 dificulta de forma importante la implantación de la Agenda 2030 y la consecución de los Objetivos en el plazo marcado.

En el último informe se destaca asimismo que siguen existiendo graves vacíos de datos en la evaluación de los progresos de los ODS a nivel de países. A modo de ejemplo

se puede destacar que, según los indicadores incluidos en la Base de Datos Mundial de indicadores de los ODS, se revela que para 4 de los 17 objetivos, menos de la mitad de los 194 países o zonas cuentan con datos internacionalmente comparables.

La pandemia provocada por la COVID-19 está dificultando la producción de datos fundamentales para el logro de los ODS, puesto que se están interrumpiendo la recopilación de datos sobre el terreno.

De los resultados de una encuesta realizada recientemente por Naciones Unidas y el Banco Mundial se desprende que 9 de cada 10 oficinas nacionales de estadística en países de ingresos bajos y medios-bajos han sufrido recortes en la financiación y tienen dificultades para mantener sus operaciones durante la pandemia. Esto pone de manifiesto que la pandemia está aumentando las desigualdades mundiales en materia de datos.

En el informe correspondiente a 2020 se destacan las consecuencias de la COVID-19 en los ODS en la forma siguiente:

Tabla 4. Consecuencias del COVID-19 en los ODS

ODS	Descripción	Consecuencias de la Covid-19
1	Fin de la pobreza	<ul style="list-style-type: none"> – La COVID causa el primer incremento de la pobreza en décadas. – Aumentan en 71 millones los oprimidos por la pobreza en 2020.
2	Poner fin al hambre. Lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible	<ul style="list-style-type: none"> – La pandemia es una amenaza adicional a los sistemas alimentarios: El retraso en el crecimiento (que padecen 21,3% de los niños menores de 5 años, un total de 144 millones) y la emaciación de los niños (que afecta al 6,9% de los niños menores de 5 años, 47 millones) probablemente empeoren.
3	Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades	<ul style="list-style-type: none"> – La pandemia ha interrumpido los programas de inmunización infantil en alrededor de 70 países.
4	Garantizar una enseñanza inclusiva y equitativa, de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos	<ul style="list-style-type: none"> – Los cierres de escuelas dejaron sin escolarización al 90 % de los estudiantes. – La enseñanza a distancia sigue fuera del alcance de por lo menos 500 millones de estudiantes – Sólo el 65% de las escuelas primarias cuenta con instalaciones básicas para lavarse las manos que es esencial para la prevención del COVID-19.
5	Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas	<ul style="list-style-type: none"> – El confinamiento aumenta el riesgo de violencia contra mujeres y niñas. Los casos de violencia doméstica han aumentado un 30% en algunos países.
6	Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos	<ul style="list-style-type: none"> – 3.000 millones de personas en el mundo carecen de instalaciones básicas para lavarse las manos en el hogar. – Dos de cada cinco centros de salud en el mundo carecen de jabón y agua y de desinfectantes de manos.

ODS	Descripción	Consecuencias de la Covid-19
7	Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos	<ul style="list-style-type: none"> – 1 de cada 4 Centros de salud carecen de electricidad en algunos países en Desarrollo.
8	Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos	<ul style="list-style-type: none"> – El mundo se enfrenta a la peor crisis económica desde la Gran Depresión: El PIB per cápita se espera que baje un 4,20% en 2020. – La COVID-19 puede ocasionar la pérdida de 400 millones de puestos de trabajo en el 2º semestre de 2020.
9	Construir una infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación	<ul style="list-style-type: none"> – La cantidad de pasajeros en aviación disminuyó en un 51% en el período enero a mayo de 2020. – Menos de 1 de cada 5 personas usa Internet en los PMA (Países menos avanzados).
10	Reducir la desigualdad en los países y entre ellos	<ul style="list-style-type: none"> – Los grupos más vulnerables son los más afectados por la pandemia: personas mayores, discapacitados, niños, mujeres y migrantes. – La recesión global podría comprimir la asistencia para el Desarrollo de los países en desarrollo.
11	Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles	<ul style="list-style-type: none"> – Más del 90 % de los casos de COVID-19 están en Áreas Urbanas. – El 47% de la población vive a menos de 400 metros de distancia de Espacios públicos abiertos.
12	Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles	<ul style="list-style-type: none"> – La pandemia es una oportunidad de crear planes de recuperación hacia un futuro más sostenible. Entre 2017 y 2019, 79 países y la UE informaron sobre al menos una política para promover el consumo y la producción sostenibles.
13	Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos	<ul style="list-style-type: none"> – La COVID-19 podría lograr una reducción del 6% de gases de efecto invernadero para 2020. Todavía se está lejos de alcanzar el 7,6% anual de reducción requerido para limitar el calentamiento global a 1,5°C.
14	Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el Desarrollo Sostenible	<ul style="list-style-type: none"> – La drástica disminución de la actividad humana provocada por la COVID-19 podría contribuir a que los océanos se recuperen.
15	Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad	<ul style="list-style-type: none"> – El tráfico de fauna silvestre afecta a los ecosistemas y contribuye a transmitir enfermedades infecciosas. Los pangolines son quizá los animales intermediarios que transfirieron el Coronavirus. Se incautaron 370.000 pangolines en todo el mundo (2014-2018).
16	Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles	<ul style="list-style-type: none"> – Las consecuencias de la COVID-19 amenazan aun más la paz y la seguridad. – En 2019, el número de personas que huyeron de guerras, persecuciones y conflictos superó los 79,5 millones, el nivel más alto registrado. – El 60% de los países tienen hacinamiento en las cárceles, arriesgando la propagación de la COVID-19.
17	Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible	<ul style="list-style-type: none"> – Se prevé que las remesas a los países de ingresos bajos y medios, que constituyen un salvavidas económico para muchos hogares pobres, disminuyan. – Han bajado de 554.000 millones \$ en 2019 a 445.000 millones \$ en 2020.



VII. Conclusiones

Una vez transcurridos cinco años desde la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, se ha analizado la importancia de implicar a los gobiernos locales en la consecución de los 17 objetivos y 169 metas en ella planteadas.

Su cercanía con el territorio y el amplio y variado volumen de competencias que se asigna a las Entidades Locales en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, justifica que estas Entidades sean consideradas partes activas y protagonistas en el logro de estos objetivos.

Uno de los instrumentos vertebradores de la política económica local es el Presupuesto de la Entidad local. La integración de cada aplicación presupuestaria con un ODS y una meta posibilita hacer presente la Agenda 2030 en la planificación local y dirigir sus programas y políticas al logro de las 169 metas.

Una vez marcados unos objetivos y establecidas unas líneas de actuación, el seguimiento constituye un elemento fundamental para su consecución. En este sentido, arbitrar un sistema de indicadores de cumplimiento constituye la

pieza primordial para lograr que la Agenda 2030 se plasme en nuestra realidad. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 6 de julio de 2017 aprueba un marco global de indicadores. En el ámbito local, la Memoria a la que se refiere el Artículo 211 del TRLRHL puede servir de base para la creación de un cuadro de mando o base de datos que integre los requerimientos y datos de la citada Memoria con los ODS y los indicadores de gestión de los mismos.

Finalmente, y pese a que la Agenda 2030 carece de la consideración de norma jurídica de obligado cumplimiento, ya que refleja la voluntad política y programática de los Estados, existe un campo importante de posibilidades para la auditoría pública relacionados con los ODS, a través de la evaluación de programas y políticas públicas.

En este sentido, la trascendencia del plan de acción de la Agenda 2030 a nivel global, con unos objetivos ambiciosos en las cuestiones más trascendentes para la humanidad justifica el gran interés que supondría una evaluación de su cumplimiento a nivel nacional, regional e incluso local, analizando políticas y programas impulsados para el logro de estos objetivos por parte de las ICEX.

Bibliografía

- **Álvarez Díaz, J.** (2001) De la política medioambiental a la integración del medio ambiente en las políticas sectoriales, en VV.AA. Medio ambiente y desarrollo sostenible. Ávila, Ediciones de Castilla y León.
- **Agenda EUSKADI 2030** (2019). Cómo abordar los Objetivos de Desarrollo Sostenible desde el ámbito local.
- **De la Torre Olid, Francisco** (2019). El Código Civil, instrumento eficaz para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Diario La Ley, Sección Doctrina, 18 de diciembre de 2019.
- **García Maties, Rafael** (2016). Las Entidades Locales y los objetivos de desarrollo sostenible. Algunas notas sobre la naturaleza jurídica de la Agenda 2030. REALA Nueva Época nº 5.
- **García Maties, Rafael** (2020). La necesidad de avanzar en la implementación de los ODS en los Entes Locales cinco años después de la aprobación de la Agenda 2030. Revista de Estudios Locales nº 233.
- **Genaro Moya, M^a Dolores y López Hernández, Antonio M.** (2019). La evaluación de programas y políticas públicas como reto de las instituciones de control externo españolas. Revista Auditoría Pública nº 74.

- **Gutierrez, Antonio.** (24 septiembre de 2019). Comentarios al Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible. Nueva York, Estados Unidos.
- **Local Indicators for the 2030 Agenda** (Sustainable Development Goals). (2019). Association of Flemish Cities and Municipalities (VVSG).
- **Naciones Unidas.** Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020
- **Naciones Unidas** “Avanzando hacia un decenio de acción y resultados en favor del desarrollo sostenible”. (2019) Declaración política del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible celebrado bajo los auspicios de la Asamblea General Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible septiembre 2019
- **Naciones Unidas.** Resolución 25 de septiembre de 2015. “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.
- **Organización Internacional de entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)** (2016). Directrices para la evaluación de Políticas Públicas.
- **Portillo Poblador, Nuria** (2020). Cómo nos pueden ayudar los datos abiertos a evaluar los ODS. El Consultor de los Ayuntamientos, junio 2020.
- **Saura, P y Hernandez, MA** (2008). La evolución del concepto de sostenibilidad y su incidencia en la educación ambiental. Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria.
- **Varela, F, Alvarez, B. y Cortés, J.** (2020). Guía para la localización de la Agenda 2030. Secretaria de Estado para la Agenda 2030 y FEMP.

Índice tablas

Tabla 1.	Aplicación presupuestaria. Clasificación por ODS.	22
Tabla 2.	Ejemplo indicadores locales meta 6.6 Mejorar la calidad de agua. Reducir la contaminación y aguas residuales	22
Tabla 3.	Ficha seguimiento ODS	22
Tabla 4.	Consecuencias del COVID-19 en los ODS	22

Índice gráficos

Gráfico 1.	Distribución de los recursos del Presupuesto de 2021 de la Diputación de Palencia entre los ODS	22
Gráfico 2.	Cuantificación de los ODS en los presupuestos 2021 de cada Área de la Diputación de Palencia	22
Gráfico 3.	ODS 6. Presupuesto de 2021 de la Diputación de Palencia	22



La influencia de los factores emocionales en el control interno de las Administraciones Públicas

Sandra Barrio Carvajal

Auditora. Cámara de Cuentas de Andalucía

Resumen: En la actualidad, la importancia creciente de las capacidades emocionales exige su consideración para una adecuada gestión de los recursos humanos. El sector público no debe quedarse atrás y debe evolucionar en este entorno VUCA (entornos vulnerables, inciertos, complejos y ambiguos) en el que nos encontramos. Por tanto, se deben analizar y aplicar las últimas tendencias de cara a conseguir mayores niveles de eficiencia en los recursos humanos vinculados a estas organizaciones.

El control interno es otro de los aspectos fundamentales que se deben tener en cuenta durante la gestión, con la finalidad de evitar los posibles riesgos con los que se deben de enfrentar las organizaciones o para minimizar el efecto de los mismos.

En este artículo nos hemos centrado en estos dos elementos, el modelo COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway), que marcó un hito en el control interno, y la influencia del modelo de Goleman de competencias emocionales, que ha supuesto un gran avance en la gestión de los recursos humanos. Se analiza, por tanto, la repercusión que tienen las competencias emocionales, y si tienen influencia en las tareas de control interno.

Palabras Clave: Auditoría, auditor, control interno, emociones.

Abstract: At present, the growing importance of emotional capacities demands their consideration for an adequate management of human resources. The public sector must not be left behind and must evolve in this VUCA environment (vulnerable, uncertain, complex and ambiguous environments) in which we find ourselves. Therefore, the latest trends must be analyzed and applied in order to achieve higher levels of efficiency in human resources linked to these organizations.

Internal control is another of the fundamental aspects that must be taken into account during management, in order to avoid possible risks that organizations must face or to minimize their effect.

In this article we have focused on these two elements, the COSO model (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway), which marked a milestone in internal control, and the influence of the Goleman model of emotional competencies, which has been a great advance in human resource management. Therefore, the impact of emotional competencies and whether they influence internal control tasks is analyzed.

Keywords: Audit, auditor, internal control, emotions.

1. Introducción

Dentro de las Administraciones Públicas, el cumplimiento del artículo 103 de la Constitución Española impone la exigencia de una gestión eficiente de los recursos humanos. Dado que la motivación mediante mejoras económicas se encuentra sometida a importantes restricciones de la estabilidad presupuestaria¹ cobra especial importancia el estudio de las competencias emocionales y cómo éstas afectan a los empleados públicos, de forma que se pueda mejorar la administración de los recursos humanos. Estudiaremos en este trabajo la influencia de esa gestión en el control interno.

Como referencia imprescindible hay que destacar el modelo COSO² (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway) que ha supuesto una base fundamental para realizar una evaluación del control interno de una organización.

El informe COSO es el fructífero resultado de la investigación de un grupo de trabajo en EE.UU. integrado por la Comisión Treadway³ con el objetivo de definir un nuevo marco conceptual de control interno capaz de integrar las diversas definiciones y conceptos que se utilizan sobre este tema. Según este conocido enfoque, el control interno posee cinco componentes que pueden ser implementados en todas las organizaciones:

1. Ambiente de control
2. Valoración de riesgos
3. Actividades de control
4. Información
5. Supervisión.

Por otro lado, se debe mencionar la importancia de la inteligencia emocional, que puede desarrollarse y convertirse en una ventaja competitiva para las organizaciones y los

individuos. Por tanto, las capacidades emocionales, dependen de su gestión eficaz suponiendo un factor positivo o negativo en el desarrollo del trabajo de las personas.

Como dice el Nobel de economía KAHNEMAN⁴, en los últimos 25 años ha sucedido mucho la conversación entre la economía y la psicología. La iglesia de la economía admitió, e incluso premió, a algunos académicos que antes hubieran sido considerados como herejes, y el análisis económico convencional se está realizando con asunciones de que, muchas veces, resultan más plausibles psicológicamente que en el pasado. Así, ahora parece probable que la brecha entre los enfoques de ambas disciplinas se aproxima de manera permanente.

Algunas de las ideas de esta nueva ciencia surgen de autores que proponen integrar los principios y percepciones de la psicología cognitiva en el análisis económico, especialmente los fenómenos del juicio humano y de la toma de decisiones económicas bajo condiciones de incertidumbre.

En el año 2017, el economista estadounidense Richard Thaler, recibió el premio Nobel de economía por su investigación sobre las consecuencias de los mecanismos psicológicos y sociales en las decisiones de los consumidores y los inversores estableciendo una relación entre psicología y economía, demostrando que las decisiones financieras no son siempre racionales, y sí profundamente humanas. En palabras de THALER⁵, *“la economía del comportamiento intenta incorporar ideas de otras ciencias sociales, en especial de la psicología, para enriquecer el modelo estándar”*.

La inteligencia emocional puede desarrollarse y convertirse en una ventaja competitiva para las organizaciones y los individuos. Por ello, se analiza como las capacidades emocionales influyen en el control interno y que además tienen una relación directamente proporcional al mismo. Esto significa que, si se gestionan de forma adecuada, pueden provocar un impacto positivo en la implantación de un sistema de control interno y, además, generar mejoras en el rendimiento de un auditor cuando realiza su trabajo. De forma

1. Según el artículo 135 de la Constitución Española, “Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”

2. En 1992 la comisión Treadway publicó el primer informe *Internal control- Integrated Framework*, con la finalidad de que las organizaciones puedan evaluar y mejorar sus sistemas de control interno, es el denominado Informe COSO I. En el año 2004 se publicó el Enterprise Risk Management- Integrated framework, conocido como COSO II o COSO ERM. En mayo de 2013 se publicó la tercera versión Internal Control- Integrated Framework conocido como COSO III.

3. Constituida por miembros de las cinco principales organizaciones norteamericanas del sector: La Asociación Americana de Contabilidad (AAA), el Instituto de Auditores Internos (IIA), el Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados (AICPA), la Asociación de Ejecutivos de Finanzas Internacionales (FEI) y la Asociación Nacional de Contadores.

4. Kahneman, D., *Una perspectiva psicológica de la economía*, Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, n.º. 46, 2013, pp. 420-429. Kahneman, es un psicólogo y economista que recibió el premio Nobel de economía en el año 2002. Su principal contribución a la ciencia económica consiste en el desarrollo, junto a Amos Tversky, de la denominada teoría de las perspectivas, según la cual los individuos toman decisiones, en entornos de incertidumbre, que se apartan de los principios básicos de la probabilidad. A este tipo de decisiones lo denominaron atajos heurísticos.

5. Thaler, R.H., *Economía del comportamiento: pasado, presente y futuro*. Revista de Economía Institucional, vol. 20, n.º 38, 2018, pp. 9-43.

contraria, si no se gestionan las emociones de la manera adecuada, pueden provocar un impacto negativo tanto en el control interno de las organizaciones como el desarrollo profesional de los auditores.

2. El control interno en la administración pública

La exigencia⁶ de mayor transparencia e información a los ciudadanos sobre la adecuada gestión de los recursos públicos, hace que sea necesario plantearse la conveniencia de implantar, como práctica de buena conducta, la presentación de informes sobre el sistema de control interno de las entidades públicas, de forma similar a las grandes empresas del sector privado. Este procedimiento surge a raíz del movimiento de reforma del gobierno corporativo, que se inicia en torno a 1980 en los Estados Unidos, con el objetivo de conseguir unos sistemas de estructura de las sociedades que defiendan a los distintos grupos de interés (stakeholders).

Se debe hacer mención a un concepto fundamental como es el buen gobierno⁷ y que hace alusión al sistema de gestión por el que las organizaciones son regidas, administradas y controladas con garantías suficientes.

En palabras del catedrático Rivero⁸, “la globalización obliga a desarrollar sistemas de control supranacional de la economía y también a mejorar las instituciones administrativas internas de control, para prevenir riesgos y mantener la confianza de los ciudadanos y las empresas inversoras en el buen funcionamiento del sistema”.

Por tanto, hay que destacar la importancia que tiene el control interno en la Administración Pública. Según COSO⁹, “el Control Interno es un proceso llevado a cabo por los órganos de gobierno, la dirección y el resto del personal de una organización, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos relativos a las operaciones, a la información y al cumplimiento.”

El control interno según el enfoque COSO:

- a. Está orientado a la consecución de objetivos en una o más categorías, operaciones, información y cumplimiento.
- b. Es un proceso que consta de tareas y actividades continuas, es un medio para llegar a un fin, y no un fin en sí mismo.
- c. Es efectuado por las personas, no se trata solamente de manuales, políticas, sistemas y formularios, sino de personas y las acciones que éstas aplican en cada nivel de la organización para llevar a cabo el control interno.
- d. Es capaz de proporcionar una seguridad razonable, no una seguridad absoluta, al consejo y a la alta dirección de la entidad.
- e. Es adaptable a la estructura de la entidad, flexible para su aplicación al conjunto de la entidad o a una filial, división, unidad operativa o proceso de negocio en particular.

Como muy acertadamente indican López Hernández y Ortiz Rodríguez¹⁰, en la concepción del control interno existe una relación de dependencia entre el órgano encargado del control y la entidad cuya gestión va a ser controlada. Los órganos de control interno de las Administraciones Públicas, compuestos generalmente por las intervenciones estatales, autonómicas y locales, están integrados en las mismas, aunque gozan de autonomía para el ejercicio de sus funciones. Su objetivo es aportar garantías sobre el cumplimiento de la legalidad y sobre la gestión eficiente de los recursos públicos.

El control interno, en definitiva, consiste en establecer una serie de controles en la organización que permitan detectar los errores que se puedan producir, evaluando los riesgos, y, en consecuencia, estableciendo un sistema que permita que no se produzcan fallos, que se minimicen o que se detecten con el fin de poder corregirlos. Como apunta MIAJA FOL¹¹, lo que da sentido al establecimiento de un control es la existencia de un riesgo, entendido como posibilidad de que se produzca un evento que afecte negativamente a la consecución de los objetivos de la organización, que se trata de prevenir o mitigar. La eficacia del control vendrá dada por su capacidad para prevenirlo o mitigar su impacto.

6. Basado en el artículo *El informe de control interno en la Administración pública* elaborado por Barrio Tato, L. y Barrio Carvajal, S., 2008, pp.51-60.

7. Torres, D. en *Buen gobierno, gestión del riesgo y auditoría*. Contabilidad y Negocios define el buen gobierno. Contabilidad y negocios: Contabilidad y Negocios: Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas, ISSN 1992-1896, ISSN-e 2221-724X, Vol. 1, nº. 2, 2006, pp. 21-25.

8. Rivero Ortega, R., “Derecho administrativo económico”, octava edición. Ed. Marcial Pons. 2018, p.43.

9. En “Aplicación del Marco Integrado de Control Interno (COSO) en el Sector Público español” se describe en que consiste el proceso del control interno, 2016, p.11.

10. López Hernández, A.M. y Ortiz Rodríguez, D., “El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas”, *La ciencia de la contabilidad*. Doctor Mario Pifarré Riera. Ed. Universidad de Barcelona, 2005, pp. 501- 518.

11. Miaja Fol, M. *Análisis de riesgos en el control financiero de las entidades locales*. El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados nº extra 4 (Coordinado por Pilar Jiménez Rius), 2018, p. 50.

La administración del riesgo¹² en el sector público implica que las entidades que lo conforman adopten dentro de los modelos de gerencia y en sus procesos, los controles necesarios que les permitan la eficiencia y efectividad en los servicios que ofrece, sobre todo teniendo en cuenta que los recursos con los que funciona son públicos. Por tanto, debemos tender a la organización administrativa inteligente del siglo XXI, utilizando la innovación, las nuevas tecnologías y el incremento de la transparencia, para conseguir una Administración más eficiente¹³.

3. Importancia de la gestión emocional en tiempos de crisis

A pesar de que el concepto de inteligencia emocional aparece en la literatura gracias a los psicólogos americanos Salovey y Mayer en el año 1990, fue Goleman quien, gracias a la publicación de su obra, hizo célebre dicho concepto. En la actualidad, la inteligencia emocional se aplica en muchos campos. En 1995 publicó el libro que le llevó a la fama, "La inteligencia emocional" e hizo famoso el término de inteligencia emocional cuando nadie hablaba de él. Posteriormente, en el año 1999, publicó el libro "La práctica de la inteligencia emocional", en el que siguió desarrollando los conceptos enunciados en su primer libro.

Según Goleman, "el término inteligencia emocional¹⁴ se refiere a la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos, los sentimientos de los demás, motivarnos y manejar adecuadamente las relaciones. Se trata de un término, pues, que engloba habilidades muy distintas, aunque complementarias, a la inteligencia académica, la capacidad exclusivamente cognitiva medida por el cociente intelectual. En este sentido, hay personas que son cognitivamente muy inteligentes pero que, al adolecer de inteligencia emocional, terminan trabajando para otros con cocientes intelectuales inferiores pero que poseen una inteligencia emocional superior a la suya".

En el ámbito mundial, las organizaciones públicas y privadas se han visto inmersas en una crisis por la incertidumbre que vivimos actualmente por el COVID-19 y si la gestión

emocional es importante para cualquier organización, aun más si cabe cuando la misma se encuentra en un periodo de crisis, ya que constituye una herramienta fundamental para poder sobrellevar dichas situaciones.

La *Reset Economy*¹⁵ se dedica además de al análisis de los elementos económicos del reemprendimiento, a valorar los elementos psicológicos que condicionan a las actividades económicas y a su vez son condicionados por ellas. Ello implica centrarse en el liderazgo efectivo, en los procesos de comunicación y participación en el proceso de los stakeholders implicados y en la potenciación de nuevas capacidades de gestión de recursos humanos.

Con respecto a las características psicológicas¹⁶ que debe poseer el líder de una organización se exponen las siguientes:

- **Inteligencia**, para saber distinguir lo esencial de lo accesorio.
- **Tolerancia a la frustración**, para no exponernos a la impulsividad, que a veces provoca la realización de actos autodestructivos para nuestros propósitos y genera un estado neurofisiológico que hace difícil el pensar, ya que la frustración se vive como una amenaza a la subsistencia.
- **Tolerancia a la incertidumbre**, con capacidad de hacer frente al desorden, la confusión y el caos, con la mente abierta a nuevas ideas.
- **Capacidad de hacer experiencia**, que implica hacerse cada vez más sabio, enriqueciéndose con los retos de la nueva situación, para afrontarla con respuestas constructivas, así como con la intuición profesional adquirida.
- **Capacidad de duelo realista**, que, en el ámbito de la organización, implica asumir la realidad cambiante que nos ha llevado a perder nuestra posición, basada en cualidades que han dejado de ser operantes o valorizadas en el mercado.

12. González Gil, L.M., Parada Quiroga, J.R., "Administración del riesgo en entidades públicas y privadas", 2013, pp.1-2.

13. Rivero Ortega, R., "Derecho administrativo", segunda edición. Ed. Marcial Pons. 2018.

14. Definición según Goleman, D. en "La práctica de la Inteligencia emocional", 1999, Apéndice 1.15.

15. González Díaz, A. et Al., *El proyecto sectores de la nueva economía 20+20 sectores de la nueva economía 20+20. Reset Economy*, Fundación EOI, 2012, pp.22-23.

16. Capponi, R., *Liderazgo empresarial en época de crisis*. Estudios Públicos, 86, 2002, pp. 316-333. Este artículo corresponde a una conferencia dictada por el autor en el seminario organizado por ICU (Asociación Ingenieros Comerciales, Universidad de Chile), "Negocios 2000: Visión de los hombres exitosos 2001", el 22 de noviembre de 2002.



- **Capacidad de reparación.** Las personas en actitud reparadora están dispuestas a hacer sacrificios para lograr los objetivos generales; utilizan los valores del grupo en la toma de decisiones y se encuentran en una permanente búsqueda de oportunidades, soluciones y de alternativas válidas para la organización.
- **Contención de los subalternos.** El líder debe ser capaz de contener las ansiedades de sus subalternos y ponerlas al servicio de la productividad, del trabajo creativo, y no de la desesperación y de impotencia.
- **Manejo de la agresión.** Debe evitar uno de los aspectos más graves de las dinámicas de agresión es que llevan a perder algo fundamental en la crisis: la capacidad de negociar y de resolver los desacuerdos a través de un diálogo lo más democrático posible. El líder debe ser empático, pero a la vez firme cuando la situación lo exige, para decir que no con decisión.
- **Resistencia al estrés sostenido.** Cuando surge una situación de emergencia, interesa mantener los sentidos en máxima alerta, en una actitud mental dispuesta al ataque o la lucha; en este estado sentimos preocupación, ansiedad, pánico, frustración, irritación, enojo, ira... En estos casos, los líderes se caracterizan por la capacidad de enfrentar la adversidad sin regresar a funcionamientos primitivos, manteniendo la entereza frente a la presión continua del proceso.

Lo ideal sería fijar un plan basado en la gestión emocional. Para ello, se deben identificar las deficiencias y definir las medidas que van a adoptarse, analizando los aspectos exógenos y los factores estructurales, para adoptar las medidas necesarias para afrontar la situación de crisis.

Lo importante es tener claro que una organización se encuentra en crisis y saber manejarla con inteligencia emocional, ya que esto ayudará a gestionar la situación de una forma más eficiente.

4. El sesgo y el juicio del auditor en el proceso de auditoría

Según la ISSAI-100, los auditores deben mantener una conducta profesional apropiada mediante la aplicación del escepticismo profesional, juicio profesional y la diligencia debida durante toda la auditoría. La actitud del auditor debe caracterizarse por el escepticismo y juicio profesional, que deben aplicarse al tomarse decisiones sobre del curso de acción apropiado. Los auditores deben ejercer la diligencia debida para garantizar que su conducta profesional sea la apropiada. Uno de los factores a resaltar respecto al juicio del auditor es que debe ejecutar su trabajo de forma imparcial, esto significa que debe emitir opiniones sin ningún prejuicio que forme sesgos o inclinaciones, que puedan influir en la objetividad de su análisis. Es por esto la importancia que tienen los sesgos en la toma de decisiones del auditor ya que el juicio de auditoría se puede ver influido por este motivo.

Se ha de tener siempre en cuenta que, a la hora de tomar una decisión¹⁷ frente a una problemática que genera incertidumbre, la persona se encuentra irremediamente sujeta a la valoración de las alternativas, fase en la cual se evalúan las consecuencias que pueda traer consigo cada una de esas opciones, ya sean positivas o negativas, para luego elegir la alternativa más acertada a la solución del problema de decisión, con lo que finalmente se pretende valorar los resultados del proceso, en relación con la efectividad de la resolución del problema.

Kahneman y Tversky (1973) desarrollaron su propia perspectiva de racionalidad limitada¹⁸. Según estos autores los procesos de juicios intuitivos no solo eran más simples de los que exigían los modelos racionales, sino que eran categóricamente de una clase diferente. Así, describieron tres heurísticos con fines generales que son la accesibilidad, la representatividad y el anclaje o ajuste, que subyacen a muchos juicios intuitivos bajo incertidumbre. Aunque la intuición heurística se distingue de los procesos de razonamiento formativo por pautas de juicios sesgados, los heurísticos en sí mismos son procedimientos de estimación que de ningún modo son irracionales. Son respuestas intuitivas normales, no solo para los problemas de alta complejidad, sino para las más simples cuestiones de verosimilitud, frecuencia y predicción.

La mayoría de las veces en las que tenemos que hacer un juicio, si no disponemos de mucho tiempo o tenemos falta de interés, recurrimos a los heurísticos¹⁹, que son “atajos cognitivos” que posibilitan a los individuos realizar evaluaciones sobre la base de una o varias reglas o estructuras básicas, evitando así los costes relativos a la exploración exhaustiva de un conjunto amplio y complejo de posibilidades y, al mismo tiempo, adaptándose a las circunstancias que el ambiente le plantea. Estos atajos mentales permiten simplificar la solución de problemas cognitivos complejos, transformándolos en operaciones más sencillas (Tversky y Kahneman, 1974).

De acuerdo con Robles, los heurísticos son los mecanismos o herramientas estudiados en la teoría de la racionalidad acotada, para adaptarse a los requerimientos del ambiente. Para la teoría de la racionalidad acotada, las acciones son racionales en función de las posibilidades de obtener un buen resultado en la acción, teniendo en cuenta las restricciones existentes.

Así, un entorno en el que podemos tener toda la información necesaria para tomar una decisión, en el que las condiciones de limitación no existen, el nivel de exactitud al que debemos aspirar será el máximo. Por el contrario, en un entorno en el que existen unas condiciones muy exigentes para la toma de decisiones, se tendrá que ajustar mucho la precisión de nuestros objetivos. De este modo la racionalidad no es ya la búsqueda de los mejores medios, sino que se orienta hacia la consecución de un medio y fin satisfactorio, mediante la conjunción entre ambiente e individuo. Por ello, la forma en la que se puede funcionar para tomar una decisión que conduzca a la ejecución de una acción determinada, es ajustar las capacidades personales a las características del contexto, para así alcanzar un buen resultado que nos resulte satisfactorio, aunque ello implique no optar siempre por el mejor.

Uno de los errores en los que se puede incurrir al hablar de economía de la conducta es confundir el heurístico y el sesgo²⁰. Estos dos conceptos se refieren a la utilización de atajos en el sistema de procesamiento de la información, de manera rápida, por nuestro cerebro. Es un mecanismo evolutivo de supervivencia, ya que ésta ha estado vinculada a la rapidez más que a la precisión, en la toma de decisiones.

Se entiende como heurístico el conjunto de operaciones encaminadas a facilitar la formación de juicios y entender así el mundo como algo más sencillo ya que, ante la imposibilidad de procesar toda la información que nos rodea, cuando se dan determinadas circunstancias, nuestro cerebro toma un atajo. En cambio, como explica de forma muy clara López, el sesgo es el error sistemático al que tendemos ante una situación determinada. Es decir, la utilización rápida del heurístico puede generar algún tipo de error, pero cuando éste se produce de manera regular nos encontraremos ante un sesgo.

Esta similitud de conceptos explica que, en algunos casos, se utiliza la misma expresión para definir un heurístico y un sesgo, aunque, como ha quedado claro, en el primer caso se trata del sistema de procesamiento mediante “atajos mentales” (que no tiene por qué generar errores) y en el segundo, del error sistemático en el que se puede incurrir como consecuencia de la aplicación de un heurístico.

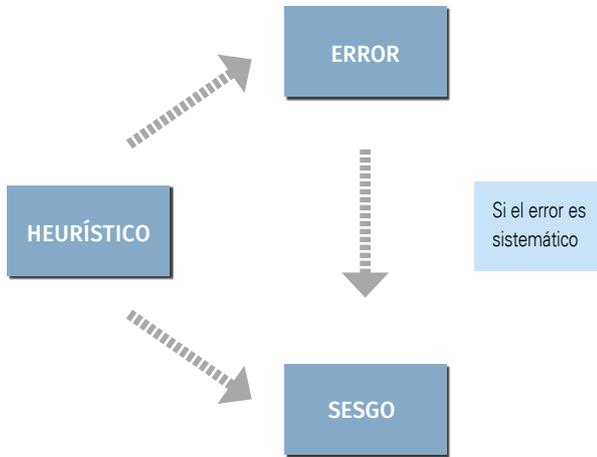
17. Castro, A. et al., *Nivel de sesgos cognitivos de representatividad y confirmación en estudiantes de Psicología de tres universidades del Bio-Bío*. Propósitos y representaciones, Vol. 7, N° 2, 2019, pp. 210 – 239.

18. Cortada de Kohan, N., Macbeth, G., *Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones*. Revista de Psicología Vol. 2 n° 3, 2006, pp. 56-68.

19. Robles, J. M., “Racionalidad acotada: heurísticos y acción individual”. *Theoría*, Vol. 14, n°1, 2005, pp. 37-46.

20. López, R., *Diferencia entre sesgo y heurístico*. Behavioral Economics Blog, 2019. <https://behaviorandconomics.com/diferencias-entre-sesgo-y-heuristico/>.

Heurísticos y sesgos



Fuente: Elaboración propia

Se debe tener en cuenta que el sesgo también puede afectar al ente auditado, así en la NIA-ES-SP 1540²¹ se destaca la importancia del sesgo en auditoría, indicando que el auditor revisará los juicios y las decisiones adoptados por la dirección al realizar las estimaciones contables con la finalidad de identificar si existen indicadores de posible sesgo de la dirección. A los efectos de alcanzar conclusiones sobre la razonabilidad de las estimaciones contables concretas, los indicadores de posible sesgo de la dirección no constituyen en sí mismos incorrecciones.

En relación con estos posibles sesgos de la dirección, el auditor público habrá de tener en cuenta factores específicos que puedan producir estos sesgos tales como:

- Entornos políticos cambiantes o inestables.
- Expectativas presupuestarias y en particular reducciones de recursos decididas sobre la base de criterios y objetivos generales de ahorro del gasto público o reducción de los ingresos.

Es por esto por lo que resaltamos la importancia del análisis de sesgos de los auditores, ya que su conocimiento minimizará los riesgos que se puedan producir durante el desarrollo de una auditoría, ya que como dice Kahneman²² “Disponer de una etiqueta para diagnosticar esta inclinación o sesgo (el efecto halo) nos hace más fácil anticipar, reconocer y entender”.

5. Influencia de las competencias emocionales en el control interno

Hemos analizado la relación existente entre las competencias emocionales del modelo de Inteligencia emocional de Goleman con las actividades de control interno del enfoque COSO, demostrando que existe una relación.

Como parte de la investigación se ha realizado un panel formado por 20 expertos del que hemos obtenido los datos para contrastar como influyen las competencias emocionales en las distintas actividades de control interno. Se han realizado dos rondas para poder obtener las conclusiones plasmadas.



Fuente: Elaboración propia

21. NIA-ES 540 adaptada para su aplicación al Sector Público Español, NIA-ES-SP 1540, aprobada mediante Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado, de 25 de octubre de 2019 (NIA-ES 540, Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de valor razonable, y de la información relacionada a revelar en la bibliografía/legislación).

22. Kahneman, D., “Pensar rápido, pensar despacio”, 2013, p. 6.

El grupo de expertos a los que se les ha dirigido la encuesta se ha compuesto de 20 profesionales, con las siguientes características:

- Expertos en el campo de la auditoría y del control interno en la organización, con una dilatada experiencia en esta materia.
- Son todos profesionales del sector público.
- El grupo se compone de 11 hombres y 9 mujeres.
- Las edades se comprenden entre los 35 y los 70 años.

Se debe tener en cuenta que la valoración de los resultados medios se realizó con la siguiente escala de valores:

VALOR	SIGNIFICADO
1	Nulo
2	Bajo
3	Medio
4	Alto
5	Muy alto

A continuación, se reflejan los datos de todas las medias comparando las competencias emocionales con las actividades de control, de esta forma se relaciona la inteligencia emocional con el control interno. Con los resultados obtenidos hemos creado una matriz en la que se relacionan las actividades de control con las distintas competencias emocionales establecidas por Goleman y que se ha denominado Matriz de Gescontrol.

Matriz de Gescontrol

	Conciencia de uno mismo	Autorregulación	Motivación	Empatía	Habilidades Sociales	Valor Medio
Entorno de control	3,62	3,93	4,11	3,99	4,08	3,95
Evaluación de riesgos	3,52	3,80	3,71	3,85	3,57	3,69
Actividades de control	3,12	3,75	3,71	3,51	3,79	3,58
Información/ comunicación	3,75	3,35	3,68	3,69	3,98	3,69
Supervisión	3,48	3,45	3,73	3,56	3,84	3,61
Valor medio	3,50	3,66	3,79	3,72	3,85	-

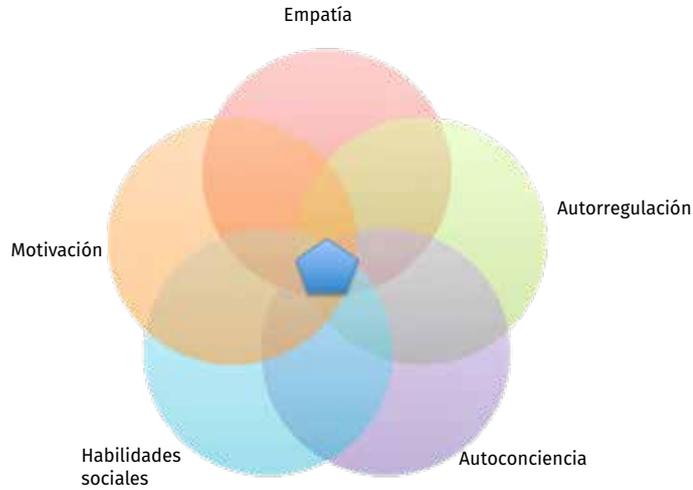
Fuente: Elaboración propia

Se debe destacar que se han obtenido valores medio-altos para todas las competencias emocionales en todas las actividades de control. La conclusión principal obtenida es que, para todas las actividades de control, influyen las competencias emocionales y que, excepto en la evaluación de riesgos, la competencia más valorada, es la de habilidades sociales. Además, la actividad de control a la que más afectan las competencias emocionales es el entorno de control, lo cual es lógico ya que es el componente que más afecta a toda la organización, y en consecuencia a las competencias emocionales.

Por otro lado, las competencias emocionales pueden influir en distintos perfiles de auditor basados en sus com-

petencias emocionales, pudiendo analizar cuales son las competencias emocionales óptimas que se encuentran actualmente en los auditores. De esta forma definimos el equilibrio óptimo intercompetencial que es el nivel ideal del auditor, en cuanto a las competencias emocionales, de manera que se alcance un equilibrio en el que se interrelacionen las cinco de forma óptima. A continuación, se refleja dicho equilibrio en la siguiente figura, siendo el área con forma de pentágono en la que debe situarse el auditor para tener el nivel óptimo de las cinco competencias, consiguiendo así generar mayores niveles de eficiencia y economía en el desarrollo del trabajo.

Equilibrio óptimo intercompetencial



Fuente: Elaboración propia

Por tanto, con los datos expuestos anteriormente tendríamos los valores de unas competencias emocionales óptimas obtenidas a través del panel de expertos, que se podrán comparar con los datos reales de las competencias con las que cuentan los auditores. Con el análisis de estos datos obtenemos lo que serían las competencias ideales con las que debe contar un auditor y se compararían con las competencias reales con las que cuentan los auditores, de cara a analizar las principales carencias competenciales. De esta forma deberíamos de analizar las competencias reales versus las ideales, tal y como se establece en la siguiente figura.

Para realizar la valoración de las competencias emocionales de los auditores se va a utilizar el término que se ha denominado Factor de Inteligencia Emocional o FIE. Se define el Factor de Inteligencia Emocional como el índice que mide el nivel de las competencias emocionales de una persona. Para el cálculo del FIE, el procedimiento ha sido calcular la media de los valores de las competencias, y con el valor obtenido se ha dividido entre 5, ya que se ha supuesto en este estudio que es el valor máximo que podría alcanzar una competencia. El FIE se va a expresar en porcentaje, por lo que el valor obtenido mediante el procedimiento explicado se multiplica por cien para obtener el dato en términos porcentuales.



Fuente: Elaboración propia

En el estudio que se ha realizado, hemos calculado el FIE óptimo, que ha sido el obtenido a través de los datos del panel de expertos cuyos datos para cada una de las competencias emocionales se reflejan en la siguiente tabla:

Datos según panel de expertos

	FIE ÓPTIMO
Seguro de sí mismo	69,93%
Confiable	73,12%
Motivación	75,75%
Empatía	74,40%
Habilidades sociales	77,03%
FIE MEDIO	74,05%

Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, lo ideal sería calcular un FIE real que estaría basado en las competencias emocionales reales con las que cuentan los auditores. De esta manera, al igual que con las competencias emocionales habría que hacer un análisis comparativo del FIE óptimo versus FIE real.

Para comparar tanto las competencias emocionales como el Factor de Inteligencia Emocional hemos desarrollado el concepto de pirámide competencial, que consiste en el proceso donde se establecen las distintas etapas que se

deben implantar en una organización para lograr una gestión competencial óptima de los trabajadores. Se ha representado mediante una pirámide, donde se analizan las distintas fases con el objetivo de buscar la máxima eficiencia de un auditor combinando de forma adecuada las distintas competencias emocionales. Las etapas establecidas son las siguientes:

Etapas 1. La organización debe fijar los niveles óptimos competenciales con los que debe contar un auditor para desarrollar las labores con la mayor eficiencia. Se debe calcular el FIE óptimo.

Etapas 2. Cuando se valore a un auditor se debe medir el nivel real de competencias que tiene. Esto se puede realizar mediante una batería de test que sean diseñados, a ser posible, por psicólogos que sean expertos en las competencias emocionales de forma conjunta con auditores con experiencia en gestión emocional.

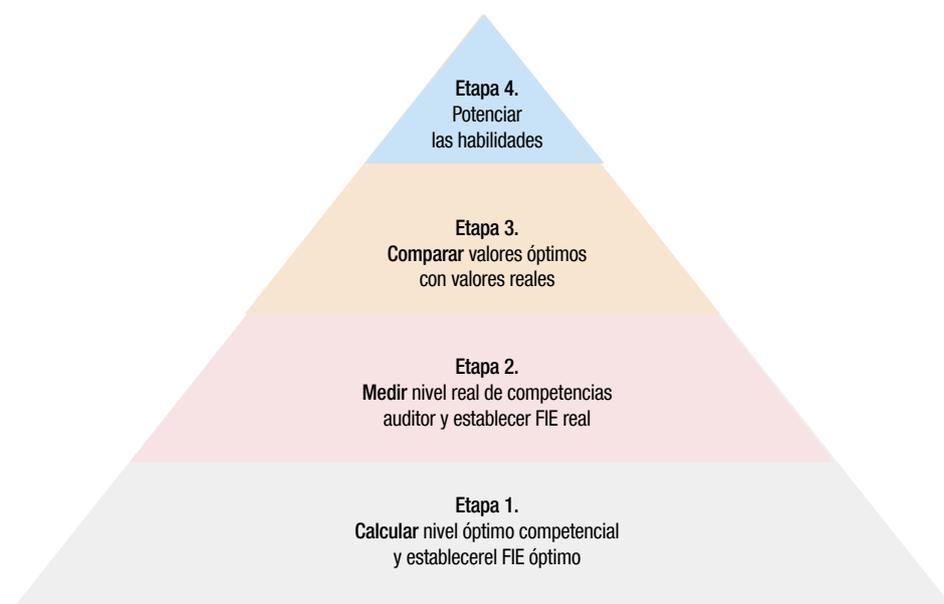
Etapas 3. Se debe comparar el nivel óptimo que se haya establecido en la organización con el nivel real del auditor objeto de estudio. Se compara FIE óptimo versus FIE real.

Etapas 4. Se deben potenciar las competencias emocionales en las que se obtengan niveles inferiores al valor óptimo.

Este proceso se puede realizar bien, cuando se quiera contratar a un nuevo auditor, para seleccionar al más adecuado, o bien cuando se quiera formar a los auditores que ya pertenezcan a la organización.



Pirámide competencial



Fuente: Elaboración propia

6. Conclusiones

La gestión eficiente de los recursos humanos en el sector público es un aspecto fundamental, y más en los tiempos de pandemia que estamos sufriendo. El trabajo en el sector público debe desarrollarse, por imperativo constitucional, con la máxima eficiencia. Como ya se ha comentado, en este trabajo, nos hemos centrado en el ámbito del control interno del sector público, para cuya labor necesitamos contar con recursos humanos muy capacitados que tengan un conjunto de competencias técnicas, personales y emocionales.

El planteamiento de este artículo ha consistido en demostrar que los factores emocionales tienen una influencia significativa en el control interno, dentro del marco del sector público. De esta manera, se analiza y se profundiza en el estudio del control interno según el modelo COSO y en las actividades de control interno que se establecen, así como la repercusión de las competencias emocionales, concluyendo que los factores emocionales tienen influencia en las labores de control interno.

Además, se han definido conceptos como la Matriz de Gestión de Control, que relaciona las actividades de control interno con las competencias emocionales, y la Pirámide Competencial, en la que se establecen las etapas que se deben implantar en una organización para lograr una gestión competencial óptima de los trabajadores, así como el equilibrio óptimo intercompetencial.

Es por esto por lo que la gestión emocional debe ir ganando terreno en las organizaciones y especialmente en el sector público, ya que es más difícil motivar mediante aspectos económicos, por lo que se debe prestar especial atención a una adecuada gestión emocional en el personal. Está demostrado que los buenos líderes deben tener un elevado componente emocional. Por estos motivos, queremos poner énfasis en la importancia que tiene la gestión de las emociones en la Administración Pública, y especialmente, en el ámbito de la auditoría.

Bibliografía

- **Aplicación del Marco Integrado de Control Interno (COSO) en el Sector Público español**, 2016, p.11.
- **Barrio Tato, L. y Barrio Carvajal, S.**, *El informe de control interno en la Administración pública elaborado*. Revista auditoría pública, 2008, pp.51-60.
- **Capponi, R.**, Liderazgo empresarial en época de crisis. *Estudios Públicos*, 86, 2002, pp. 316-333. Este artículo corresponde a una conferencia dictada por el autor en el seminario organizado por ICU (Asociación Ingenieros Comerciales, Universidad de Chile), "Negocios 2000: Visión de los hombres exitosos 2001", el 22 de noviembre de 2002.
- **Castro, A.** et al., *Nivel de sesgos cognitivos de representatividad y confirmación en estudiantes de Psicología de tres universidades del Bío-Bío*. Propósitos y representaciones, Vol. 7, N° 2, 2019, pp. 210 – 239.
- **Cortada de Kohan, N., Macbeth, G.**, *Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones*. Revista de Psicología Vol. 2 n° 3, 2006, pp. 56-68.
- **COSO**, Internal control- Integrated Framework, 1992.
- **Goleman, D.**, "La práctica de la Inteligencia emocional", 1999.
- **González Díaz, A.** et Al., El proyecto sectores de la nueva economía 20+20 sectores de la nueva economía 20+20. Reset Economy. Fundación EOI, 2012, pp.22-23.
- **González Gil, L.M., Parada Quiroga, J.R.**, "Administración del riesgo en entidades públicas y privadas", 2013, pp.1-2.
- **Rivero Ortega, R.**, "Derecho administrativo", segunda edición. Ed. Marcial Pons. 2018, p.XX.
- **INTOSAI**. ISSAI 100 - Fundamental Principles of Public-Sector Auditing, 2013.
- **Kahneman**, "Pensar rápido, pensar despacio", 2013.
- **Kahneman, D.**, Una perspectiva psicológica de la economía, Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, n°. 46, 2013, pp. 420-429.
- **Thaler, R.H.**, Economía del comportamiento: pasado, presente y futuro. Revista de Economía Institucional, vol. 20, n° 38, 2018, pp. 9-43.
- **López Hernández, A.M. y Ortiz Rodríguez, D.**, "El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas", La ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera. Ed. Universidad de Barcelona, 2005, pp. 501- 518.
- **López, R.**, Diferencia entre sesgo y heurístico. Behavioral Economics Blog, 2019. <https://behaviorandeconomics.com/diferencias-entre-sesgo-y-heuristico/>.
- **Miaja Fol, M.** Análisis de riesgos en el control financiero de las entidades locales. El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados n° extra 4 (Coordinado por Pilar Jiménez Rius), 2018, p. 50.
- **NIA-ES 540 adaptada para su aplicación al Sector Público Español**, NIA-ES-SP 1540, aprobada mediante Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado, de 25 de octubre de 2019.
- **Rivero Ortega, R.**, "Derecho administrativo económico", octava edición. Ed. Marcial Pons. 2018, p.43.
- **Robles, J. M.**, *Racionalidad acotada: heurísticos y acción individual*. Theoria, Vol. 14, n°1, 2005, pp. 37-46.
- **Sánchez Santamaría, J.**, La competencia emocional en la escuela una propuesta de organización dimensional y criterial, Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete, ISSN 0214-4842, ISSN-e 2171-9098, n°. 25, 2010, pp.79-96.
- **Torres, D.** en Buen gobierno, gestión del riesgo y auditoría. Contabilidad y negocios. Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas, ISSN 1992-1896, ISSN-e 2221-724X, Vol. 1, n°. 2, 2006, pp. 21-25.



La función motivadora de los órganos colegiados en las resoluciones de ayudas y subvenciones en concurrencia competitiva

José Antonio Arratibel Arrondo

Interventor Area Gipuzkoa/Kontuhartzaitza Arduraduna
Oficina de Control Económico/ Kontrol Ekonomikoko Bulegoa
Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza

Resumen: El sistema ordinario de concurrencia competitiva en materia de concesión de ayudas y subvenciones responde a unas reglas comunes establecidas, con carácter básico en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, que aprueba el reglamento de la LGS y en la normativa autonómica dictada al efecto por las CCAA. En la ejecución administrativa de las subvenciones diferenciamos tres actuaciones administrativas básicas: inicio, instrucción y resolución. En ellas intervienen distintos órganos administrativos que dictan actos administrativos que coadyuvan a la resolución definitiva de todo el proceso: el órgano instructor, el órgano colegiado y el órgano competente para resolver. En este trabajo pretendo analizar la articulación de la actuación de estos órganos y, en especial, la actividad administrativa de las comisiones de valoración, así como su incidencia en la motivación de la resolución definitiva de concesión y/o denegación de una ayuda o subvención pública, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia más recientes.

Palabras Clave: Subvenciones, ayudas, motivación, comisiones de valoración, organo colegiado, organo instructor, concurrencia competitiva.

Abstract: The ordinary system of competitive tendering for the award of grants and subsidies is based on common rules established in the General Subsidies Act 38/2003 of 17 November 2003 and in Royal Decree 887/2006 of 21 July 2006, which approves the regulations of the General Subsidies Act, and in the regional regulations issued for this purpose by the Autonomous Regions. In the administrative implementation of subsidies, there are three basic administrative actions: initiation, investigation and resolution. These involve different administrative bodies which issue administrative acts that contribute to the final resolution of the whole process: the investigating body, the collegiate body and the body competent to decide. In this paper I intend to analyse the articulation of the actions of these bodies and, in particular, the administrative activity of the assessment committees, as well as their impact on the motivation of the final decision to grant and/or refuse a public subsidy or grant, taking into account the most recent doctrine and case law.

Keywords: Subsidies, aid, motivation, assessment commissions, collegiate body, investigating body, competitive concurrence.



I. Introducción

En los términos fijados en la LGS nos referimos a las subvenciones y ayudas como las entregas de fondos públicos, sin contraprestación, que ha de tener necesariamente por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública. El artículo 8.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), determina que su gestión se ha de realizar de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante. c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

El sistema ordinario de concurrencia competitiva debe responder a unas reglas establecidas, con carácter básico en la LGS y en Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, que aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en los sucesivo RLGS) y en la normativa autonómica dictada al efecto. Estas reglas son comunes y podemos resumirlas en las siguientes: comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas atendiendo a los criterios de valoración previamente fijados en las normas reguladoras y adjudicar sólo aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios, normalmente, además, se establece un sistema de cálculo del importe de la ayuda o subvención

proporcional a la puntuación obtenida hasta agotar los recursos económicos disponibles, con el fin de asignar mayor crédito a las mejores valoraciones.

Lo que en principio parece algo reglado se convierte en un verdadero quebradero de cabeza tanto para los órganos colegiados (comisiones de valoración) que deben evaluar las solicitudes como, en especial, para los órganos que debemos efectuar la fiscalización de la legalidad este tipo de gasto. Es que el procedimiento de selección ordinario, mediante concurso, atraviesa distintas fases desde el inicio hasta su resolución y notificación de la estimación o desestimación de las ayudas y subvenciones, condicionadas por la necesaria intervención de distintos órganos y actuaciones administrativas. Todas ellas, coadyuvan y determinan, en mayor o menor medida, a la resolución final dictada por el órgano competente para resolver. Es el caso de las comisiones de valoración, el instructor del expediente y/o los órganos gestores que intervienen como órganos auxiliares de apoyo del procedimiento. Todos ellos deben de ajustar su actuación a las normas que determinan su actuación reglada y, en especial, a los criterios de selección, evaluación y/o valoración de las solicitudes, así como su correspondiente ponderación prefijados en las bases reguladoras.

La actuación administrativa de todos y cada uno de estos órganos va a configurar la justificación y el contenido motivador de la resolución que ha de adoptar el órgano competente para dictarla. En la resolución deben quedar acreditados los fundamentos por lo que se adopte la concesión, la desestimación, el desistimiento o la renuncia de la ayuda o subvención solicitada por el interesado. Estos fundamentos son, en general, los contenidos en la propuesta derivada de la comisión de valoración y en las actuaciones del órgano instructor y gestores que la complementan.

El nudo gordiano que este trabajo pretende analizar es el derivado de aquellas resoluciones soportadas en las actuaciones de los órganos auxiliares (evaluaciones, valoraciones, informes, dictámenes, actas de comisión etc.) que no se atienen estrictamente a las normas y criterios determinados en las bases reguladoras o en las convocatorias. Nos cuestionamos la actuación y sus consecuencias jurídicas en la justificación de resolución final derivadas de actuaciones, más o menos recurrentes, en las que los órganos intervinientes crean, suprimen, alteran, modifican, adecúan o interpretan los criterios y las ponderaciones determinados en las bases reguladora. Por tanto, ¿qué consecuencias jurídicas tienen las actuaciones de los órganos auxiliares al margen de su cometido legal.? En definitiva, si la motivación deviene de actos de uno o varios órgano colegiados que no han seguido el procedimiento legalmente establecido ¿queda viciada de invalidez la resolución final que se dicte?, y, ¿qué elementos debe contener la resolución definitiva que justifiquen la concesión, la desestimación, el desistimiento o la renuncia de la ayuda o subvención solicitada por el interesado? y,

en consecuencia, si la motivación deviene de actos de uno o varios órgano que no han seguido el procedimiento legalmente establecido ¿queda viciada de invalidez la resolución que se dicte?

Para tal fin, analizaremos las actuaciones administrativas que intervienen en la configuración de la motivación de la resolución definitiva, y, en concreto, en la fase de la determinación del procedimiento de concesión, así como la problemática derivada actos administrativo de los órganos intervinientes en relación a la estricta aplicación de los criterios de selección y valoración prefijados en las bases reguladoras. Intentaremos dar opinión sobre estas cuestiones que nos surgen a la hora de encarar el control de legalidad de las ayudas y subvenciones de las administraciones públicas, teniendo en cuenta los criterios doctrinales y jurisprudenciales más recientes.

II. Órganos que intervienen en el procedimiento ordinario de concurrencia

El artículo 22.1 de la LGS establece que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se ha de tramitar en régimen de concurrencia competitiva. A estos efectos, tiene la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas, de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios¹.

Todos los trámites han de ser dispuestos por el órgano designado instructor en las bases, correspondiendo a la comisión de valoración, en exclusiva, la valoración y fijación del orden de prelación de las solicitudes admitidas a trámite. En este sentido, los criterios objetivos de otorgamiento y desestimación, en su caso, así como la ponderación de los mismos han de ser explícitos en su determinación para eliminar todo margen de subjetividad. La comisión de valoración ejercerá sus funciones de conformidad con los criterios fijados sin posibilidad de innovar los mismos en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 25 de la LGS y 63 del RLGS, el órgano competente debe resolver el procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la LPAC y, en su caso, en la correspondiente norma o

convocatoria. La resolución ha de motivarse de conformidad con lo que dispongan las bases reguladoras debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Por tanto, las actuaciones que configuran el contenido substancial de las resoluciones de un procedimiento subvencional son fundamentalmente tres: la actuación del instructor, la comisión de valoración y el órgano competente para resolverla.

No vamos a centrar en el procedimiento de ejecución ordinario de concesión de las subvenciones regladas que se iniciado de oficio. Nos referimos a aquellas que se conceden en régimen de concurrencia competitiva, mediante la comparación de las solicitudes presentadas en un único procedimiento, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y de adjudicar, con el límite del crédito disponible fijado en la convocatoria, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios que habrán de tramitarse, valorarse y resolverse de forma conjunta.

La ejecución administrativa de las subvenciones, incluye la tramitación de carácter administrativo, es decir, las actuaciones que componen el procedimiento que debe concluir con la resolución de concesión, su notificación al destinatario y su posterior publicación, y la tramitación de carácter económico, es decir, las actuaciones que componen el expediente de gasto necesario para que en su momento se pueda aprobar y comprometer el gasto y, posteriormente, proponer y realizar el pago de la subvención concedida. En la ejecución administrativa de las subvenciones diferenciamos tres etapas: Inicio, Instrucción y Resolución. Para la finalidad perseguida por el presente trabajo nos vamos a centrar en los órganos intervinientes en las dos últimas fases (Instrucción y Resolución) a saber: el órgano instructor, el órgano colegiado y el órgano competente para resolver.

El otorgamiento de la subvención se ha de realizar por el órgano competente, en base a la propuesta que eleve un órgano colegiado, cuya composición será establecida en las correspondientes bases reguladoras, pero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.4 de la Ley, no será elevada por este órgano colegiado, sino que formalmente por el instructor. Por tanto, y sin perjuicio de las especialidades que pudieran derivarse de la capacidad de autoorganización de las Administraciones Públicas, la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor. Sobre este particular encuadramos brevemente cada una de las actuaciones:

1. Pascual, J. (2004b), "Las distintas Administraciones Públicas ante la Ley General de Subvenciones: principales innovaciones", en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 3, pp 49-78.

A. Fase de instrucción: órgano instructor y colegiado

La instrucción de las subvenciones se realizará por el órgano que tenga la competencia en cada caso. El artículo 24 LGS contempla la instrucción del procedimiento de concesión de subvenciones, estableciendo, los distintos trámites o requisitos a cumplimentar en cada fase de la instrucción. Al margen del carácter formalista de trámites, informes, audiencias a los interesados, lo destacable es la instrucción se llevará a cabo, de oficio, por el órgano que se designe en la convocatoria y fundamentalmente se le asignan las dos actividades que comprende la instrucción:

En primer lugar, la petición y recepción de informes, pudiendo el órgano instructor solicitar, no solo los informes que en las bases o la convocatoria se determinen, sino los que *“estime necesarios para resolver”*.

En segundo lugar, la fase de evaluación de las solicitudes recibidas, de acuerdo *“con los criterios, formas y prioridades de valoración establecidos en la norma reguladora”*, lo que supone someter a un auténtico examen las solicitudes presentadas. Incluso se indica la posibilidad de que, de acuerdo con dicha norma reguladora, se establezca una fase previa de admisión para obtener la condición de beneficiario, en la que habrá de acreditarse el cumplimiento de las condiciones establecidas en la citada norma.

En tercer lugar, el informe del órgano colegiado que concretará el resultado de la evaluación. En el apartado 3 se recoge la regla procedimental, básica, de la elevación de la propuesta de concesión por el órgano instructor al órgano concedente previo informe de una comisión de valoración que ha de crearse al efecto, y cuya composición es contenido mínimo de las convocatorias (artículo 23.2, f). En el informe se incluirá la relación de solicitudes que hayan conseguido un orden preferente tras aplicar a cada una de ellas los criterios objetivos previstos en las bases reguladoras y en la convocatoria, teniendo en cuenta que la suma de los importes solicitados y recogidos en el informe de evaluación no podrá ser superior al crédito presupuestario previsto en la convocatoria. La exigencia de emisión de un nuevo informe, en este caso al que se refería el artículo 22.1 de la LGS, y, en este informe se concretará el resultado de la evaluación. En este punto se plantea una duplicidad entre las funciones encomendadas a este órgano y al instructor del procedimiento, pues si este último ha de proceder a la evaluación de las solicitudes, tal y

como se indicado en el art. 24.3.b LGS y, el propio precepto examinado contempla en su inicio, *“Una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado ...”*; no se entiende que puede aportar el informe citado, que por el contrario alargará plazo de instrucción de manera innecesaria.

En cuarto lugar, *“se formulará la propuesta de resolución definitiva”*, en la que, además de expresarse el solicitante o relación de ellos, para los que se propone la concesión de subvención y su cuantía, deberá especificarse *“su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.”* Nuevamente se incide sobre la necesidad de la valoración de las solicitudes presentadas en este procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva².

Por último, el órgano instructor debe indicar que todos los beneficiarios propuestos cumplen con los requisitos para acceder a la subvención. Lo que tiene su importancia de cara a determinar posibles responsabilidades en la tramitación del procedimiento.

Una cuestión que se suscita frecuentemente a la hora de fiscalizar las subvenciones es la designación del órgano instructor y el órgano de valoración, pues en muchas ocasiones se tiende a la confusión de las funciones y, por tanto, a una asignación errónea de las funciones entre ambos. Todos los trámites han de ser dispuestos por el órgano designado instructor en las bases, correspondiendo a la comisión de valoración, en exclusiva, la valoración y fijación del orden de prelación de las solicitudes admitidas a trámite. Si la instrucción recae en una unidad administrativa (un Servicio), los actos de instrucción deberían de ser suscritos por quien ostente su titularidad y, el mismo, no debería formar parte de la comisión de valoración. En la comisión suelen integrarse personas expertas ajenas al órgano concedente, siempre y cuando su presencia como vocales se haya dispuesto en las bases reguladoras expresamente.

B. Fase de resolución: órgano competente

La finalización normal del procedimiento se efectúa mediante la resolución, por la que se conceden o deniegan las subvenciones, dictada por el órgano competente. De acuerdo con lo establecido en los arts. 25 de la LGS y 63 del RLGS, el órgano competente resolverá el procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la LPAC y, en su caso, en la correspondiente norma o convocatoria. La resolución ha de motivarse de conformidad con lo que dispongan las bases

2. Sólo si las bases reguladoras lo prevén así sería necesario que el instructor dicte una propuesta de resolución provisional, motivada, que se comunicará a los interesados emplazándolos para que formulen alegaciones. No obstante, si no se hubieran tenido en cuenta más hechos y pruebas que los aducidos por los interesados, podrá prescindirse de este trámite de audiencia. En consecuencia, si hubo trámite de alegaciones, examinadas las mismas el instructor formula propuesta de resolución definitiva; si no lo hubo, formulará tal propuesta tras conocer el informe de la Comisión de Valoración. Dicha propuesta será notificada a los interesados que sean propuestos como beneficiarios sólo si así lo exigen las bases reguladoras, en cuyo caso se les concederá un plazo de 10 días para formular su aceptación expresa, presumiéndose tácitamente aceptada la subvención si transcurre dicho plazo sin manifestación expresa alguna.

reguladoras debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte. En dicha resolución ha de acordarse tanto el otorgamiento de las subvenciones, como la desestimación y la no concesión, por desistimiento, la renuncia al derecho o la imposibilidad material sobrevenida. En consecuencia, en las resoluciones de concesión deberían aparecer tantos anexos como situaciones jurídicas individualizadas se deriven de las solicitudes: inadmisiones; otorgamientos; desestimaciones; renunciaciones; asimismo, el apartado 3 del artículo 63 del RLGS establece la posibilidad de que, cuando así se haya previsto en las bases reguladoras, la resolución de concesión incluya la relación ordenada de las solicitudes que, cumpliendo con las condiciones administrativas y técnicas establecidas en las bases para adquirir la condición de beneficiario, no hayan sido estimadas por rebasarse la cuantía máxima del crédito fijado en la convocatoria, con indicación de la puntuación otorgada a cada una de ellas en función de los criterios de valoración previstos en la misma.

III. Aspectos a tener en cuenta en la motivación de la resolución

De acuerdo con lo establecido en los artículos 25 de la LGS y 63 del RLGS, el órgano competente debe resolver el procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la LPAC y, en su caso, en la correspondiente norma o convocatoria. La LGS exige que resolución ha de motivarse de conformidad con lo que dispongan las bases reguladoras debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte. En la resolución ha de acordarse tanto el otorgamiento de las subvenciones, como la desestimación y la no concesión, por desistimiento, la renuncia al derecho o la imposibilidad material sobrevenida.

Así pues, las bases de la convocatoria, al menos en los procedimientos iniciados de oficio -que serán la mayoría-, han de especificar "los criterios de valoración de las peticiones" y, por su parte, obligadamente, la resolución ha de concretar la evaluación otorgada a cada petición y los fundamentos de la resolución adoptada, con especial referencia, al criterio de valoración seguido para efectuarla.

La exigencia de motivación de la resolución de la LGS, trae causa en lo preceptuado en el artículo 35 LPAC, que establece que serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, una serie de situaciones. La alusión a los hechos en que se apoya y a las normas

jurídicas que aplica es preceptivo en el contenido de las resoluciones de las ayuda y subvenciones, es decir, aportar o exteriorizar razones, argumentos, explicaciones en relación al procedimiento seguido para su otorgamiento o desestimación. En definitiva, tal como señala la jurisprudencia, lo que se exige es que las razones de decidir de la Administración estén bien visibles para poder articular frente a ellas cuantos motivos de impugnación puedan ser útiles para quien pretenda combatirlas; razones cuya expresión puede hacerse de manera "sucinta" y razones que permitan conocer los criterios esenciales que fundamentan la toma de decisión, es decir, la "*ratio decidendi*" determinante del acto, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa. La conclusión que obtenemos es que la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no debe confundirse con su falta de motivación de manera que "una motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia de la misma" cuando es suficientemente indicativa de las bases y presupuestos en que se asienta la decisión administrativa³.

Los supuestos enunciados por el art. 35 LPAC sobre el que recae la exigencia legal de motivar hace referencia, entre otras, a tres figuras jurídicas que inciden, específicamente, en los solicitantes de ayudas y subvenciones como sujeto de derechos frente a la Administración: los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales; los que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva. En estos casos la motivación se ha de realizar de conformidad con lo que dispongan las normas que regulan sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

En relación con los *derechos subjetivos e intereses legítimos*, señalar que los actos de otorgamiento de subvenciones (actos favorables) como los actos administrativos de denegación (actos desfavorables) están sujetos, además de a los principios de objetividad, concurrencia y publicidad que han de regir en el procedimiento de subvenciones y ayudas (LGS) a unas preceptivas exigencias de motivación.

La jurisprudencia ha establecido la obligación de motivar este género de decisiones administrativas, declarando "*que podrá debatirse sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación, en concreto, pero nunca se ha dudado de la exigencia de ésta en sí misma considerada, puesto que el*

3. Entre otra, STS 23 noviembre 2011 Rec. 3638/2009 FJ 2; STS 8 octubre 2010 Rec. 5/2008 FJ 3.

*componente discrecional de la actividad administrativa de fomento en modo alguno impide que la decisión deba ser también motivada si limita derechos subjetivos o intereses legítimos*⁴. Incluso, como señala la doctrina, habría que ofrecer una interpretación extensiva, incluyendo aquí tanto a actos que supongan un simple empeoramiento de la situación inicial del interesado o que la resolución administrativa le impida alcanzar una expectativa a obtener un derecho, como puede ocurrir en aquellos actos que denieguen subvenciones y ayudas convocadas por la Administración e incluso los actos denegatorios de una autorización⁵.

Por tanto, el cumplimiento de una adecuada y suficiente motivación se exige en todos aquellos supuestos que limiten intereses legítimos para así evitar, entre otros, la arbitrariedad en las decisiones adoptadas, pues de lo contrario se conculcaría la seguridad jurídica garantizada por la CE. Los actos cuyo objeto versa en el otorgamiento de subvenciones son un claro ejemplo en los que el sujeto interesado tiene un interés legítimo en recibir la ayuda y ese interés merece una motivación justificada⁶.

En relación con los *actos discrecionales*, la jurisprudencia ha recocado que la Administración dispone de un reducto de libertad de un "margen de apreciación", en suma, de una discrecionalidad "técnica", similar a aquélla que se reconoce también a los tribunales calificadoros de otros ámbitos de la administración pública (contratación, provisión etc.)⁷. La mencionada discrecionalidad técnica se puede encontrar a la hora de valorar determinados criterios exigidos en una convocatoria de una subvención o de una ayuda pública. Es decir que cada criterio que se cumpla será valorado para determinar qué personas/entidades son las más cualificadas para salir vencedores en la convocatoria, de tal manera que el órgano colegiado/ comisión de valoración tendrá como finalidad resolver esto recibiendo el encargo de realizar dichas valoraciones, sabiendo que tienen la obligación de actuar lo más objetivamente posible. Ya hemos señalado más arriba que la concreción de los criterios de valoración de la ayuda o subvención es fundamental ya que a mayor concreción de estos criterios, menor será la discrecionalidad que tenga la Administración y por tanto mayor objetividad en la adjudicación.

No obstante, los actos discrecionales son los que siendo más inespecíficos dan lugar a mayor conflictividad. Reflejo de ello lo tenemos en el hecho de que requieren motivaciones más detalladas y rigurosas, no bastando para entender el acto suficientemente motivado, con citar o aludir el artículo que otorga la potestad discrecional, sino que es necesario aportar los criterios que fundamentan la resolución, pues como se alega en algún que otro dictado jurisprudencial, dicha alusión solo expresaría "un inaceptable voluntarismo subjetivo, sin aporte alguno de racionalización objetiva, lo que es impropio de un Estado de Derecho, en el que está constitucionalmente vedada la arbitrariedad"⁸. Las subvenciones y ayudas públicas son un claro ejemplo de actos necesitados de una motivación adecuada dictado en ejercicio de potestad discrecional en los que se requiere "una motivación suficiente, pues el mero cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas (...) no genera, por sí solo, el derecho a obtenerlos, sino a que esa solicitud sea considerada y a que la Administración de una respuesta fundada en Derecho a la misma"⁹.

Por tanto, la motivación ha de ser una *garantía frente a la arbitrariedad* que puede darse en la resolución del procedimiento en concurrencia competitiva de las ayudas y subvenciones (STC n.º 77/2000, de 27 de marzo)¹⁰.

En relación con *los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva subvencional* implica que se va a establecer una prelación entre las solicitudes que se presenten, prelación que determinará la atribución a los solicitantes de los créditos disponibles. Dicha prelación se determina realizando una comparación de éstas, siguiendo unos criterios de valoración que están previstas en las bases reguladoras. Por lo tanto, este principio supone que una vez que se ha dado a conocer la convocatoria y sus bases, todas aquellas personas que cumplen con las exigencias o requisitos que en éstas se establecen, pueden presentarse a la mencionada convocatoria para optar a la subvención de que se trate. Tan importante es la correcta definición de los criterios de valoración como la forma de valoración y, consecuentemente, la motivación de la misma. Estamos de acuerdo que, en un primer momento, la administración tiene

4. STS 29 julio 2002 Rec. 7180/1996 FJ 4; STS 20 mayo 2002 Rec. 2531/1996 FJ 4.

5. GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010): "A vueltas con la motivación de los actos administrativos", en *Actualidad Administrativa*, p. 142.

6. STSJ (Extremadura) núm.199 /2008, 24 abril FJ 3.

7. STC 353/1993, de 29 de noviembre FJ 3 y 4.

8. Esta línea se observa en jurisprudencia comunitaria STJCE 12 noviembre 1996 as.C-294/95, Ojha/Com.

9. STS 12 diciembre 2001 Rec. 8908/1995 FJ 3.

10. "La motivación no consiste ni puede consistir, por tanto, en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta -en su caso- ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato, pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad".

un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de valoración, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos. No obstante, no es así con la asignación particularizada y pormenorizada de las puntuaciones a cada uno de los solicitantes que ha de darse para considerar plenamente justificada dicha asignación y entender que se ha cumplido con el requisito de la motivación de forma suficiente y adecuada a derecho. Por ejemplo, una valoración de los criterios sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en las bases reguladoras. Lo mismo ocurre con la valoración de nuevos criterios (alterados, modificados o interpretados) al margen de las normas reguladora y desconocidos por los solicitantes.

IV. La articulación de la motivación

Teniendo en cuenta los distintos órganos que intervienen en la instrucción y resolución de un proceso de concurrencia competitiva subvencional nos preguntamos a quién corresponde, en realidad, realizar materialmente la motivación. Tal como hemos señalado si la propuesta de resolución del órgano colegiado y/ o del órgano instructor ha de estar motivada y la resolución que dicte el órgano competente para resolver también, ¿cómo se articulan ambas? ¿quién es el órgano competente para motivar? Porque una cosa es que la resolución se encuentre motivada y, otra muy distinta es quién es el órgano competente para motivar teniendo en cuenta el margen de la discrecionalidad técnica en la valoración de las solicitudes. La LRJPAC no determina la facultad (o deber) para motivar las decisiones administrativas a un órgano específico, por lo que, en un principio, parece que es el mismo órgano que tiene atribuida la competencia para resolver quién debe hacerlo. No obstante, en el proceso de instrucción y resolución de las subvenciones ya hemos determinado que se dan diferentes labores relacionadas con la motivación: por un lado, la labor de justificar y aportar razones, por otro, la labor de realizar formalmente la motivación y, por último, otra bien distinta, la labor sustantiva de resolver. En mi opinión, el instructor, tiene la labor material de justificar, las comisiones valoración, la labor formal de realizar la motivación y el órgano competen resolver teniendo en cuenta las dos anteriores actuaciones.

Por tanto, el órgano que resuelve y se encarga de plasmar las argumentaciones o razones en la decisión final, no es el redactor de tales justificaciones, sino que recurre otros órganos auxiliares. En este sentido, hay que tener en cuenta que, aunque en un principio la labor de cumplimentar la motivación recae en el órgano competente que tiene la obligación de resolver, hay un auxilio del órgano colegiado en la tarea de realizar la motivación material.

A. Actuación del órgano instructor

La evaluación previa se realiza por el órgano que se designe en las bases reguladoras y comprende el análisis y valoración de las solicitudes de acuerdo con los criterios establecidos en dichas bases. El órgano competente para la instrucción debe realizar de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe formularse la propuesta de resolución. El artículo 24 LGS en su apartado tercero contempla las actividades de instrucción que el órgano competente podrá realizar: a) Petición de cuantos informes estime necesarios para resolver o que sean exigidos por las normas que regulan la subvención. b) Evaluación de las solicitudes o peticiones.

Como resultado de las actividades de instrucción, el órgano instructor o, en su caso, el órgano colegiado si así lo determinan las bases reguladoras, elabora el informe de evaluación en el que se debe incluir la relación de solicitudes que hayan conseguido un orden preferente tras aplicar a cada una de ellas los criterios objetivos previstos en las bases reguladoras y en la convocatoria, teniendo en cuenta que la suma de los importes solicitados y recogidos en el informe de evaluación no podrá ser superior al crédito presupuestario previsto en la convocatoria.

Como resultado de todas estas actuaciones el órgano instructor puede adoptar la propuesta provisional de resolución y, en todo caso, formulará la propuesta definitiva de resolución. La LGS señala, expresamente, que esta propuesta debe estar motivada de conformidad con los establecido en el art. 35 LPAC y establece su contenido mínimo, al determinar que dicha propuesta de resolución debe expresar: el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, su cuantía, la evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla. Por tanto, existe un mandato expreso del legislador para que la actuación del órgano instructor, mediante la elaboración de la propuesta de resolución, culmine con la exigencia de su motivación siguiendo los dictados y requisitos del art. 35 y 88 del LPAC. Por tanto, concluimos que la referencia a la evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla se convierten en datos básicos que toda propuesta de motivada debe contener. La motivación de los actos administrativos (art. 35 y 88 LPCA) constituye una garantía fundamental para el administrado, al suministrarle la posibilidad de impugnar el acto y permitiendo el control jurisdiccional de la Administración. La motivación debe dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha conducido a la decisión, por lo que no puede consistir, en la sola cita de preceptos aplicables, ni en la simple mención de conceptos generales. La falta o insuficiencia de motivación del acto administrativo lo convierte en arbitrario, y, en última instancia, determinante de un vicio de invalidez. Esta cuestión la trataremos en más profundidad al analizar la motivación de la resolución del órgano competente para resolver todo el proceso.



B. Actuación del órgano colegiado

El art. 22 LGS, que es normativa básica, establece que el otorgamiento de la subvención se realizará por el órgano competente, en base a la propuesta de resolución que eleve un órgano colegiado, cuya composición será establecida en las correspondientes bases reguladoras. En virtud de lo dispuesto en el art. 24.4 de la propia Ley (no básico), la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor. El régimen de este órgano colegiado se ha de regir, en lo que no esté expresamente dispuesto en las bases reguladoras, por los artículos 15 a 18 de la LRJPAC.

La LRJSP sólo regula la figura de la secretaría del órgano colegiado (art. 16), dejando el régimen de los restantes miembros a sus normas de creación y funcionamiento. La única referencia a las funciones de las figuras del presidente, secretario y miembros la encontramos en el artículo 19 LRJSP, que por enmarcarse en la subsección 2ª, sección 3ª del Título preliminar de la Ley, no tiene carácter de legislación básica y es aplicable a la Administración General del Estado y al sector público estatal, sin perjuicio de considerarla legislación supletoria a los efectos de conocer las funciones de tales figuras. No obstante, si aparecen citadas en los artículos 17 y 18 LRJSP al tratar la validez de la constitución del órgano y las actas.

Teniendo en cuenta este marco jurídico cabría preguntarse si los informes, actas y propuestas de valoración producidos por la comisión de valoración deben motivarse o son excluidos

de tal exigencia, precisamente por emanar de esa clase de órganos. La LRJSP lo único que prescribe es que en el acta de la sesión se reflejen alguna que otra particularidad, entre ellas el sentido del voto de cada miembro, su abstención y los motivos que lo justifiquen como veremos más adelante.

Por tanto, las cuestiones que nos surgen son varias en torno a la actuación reglada de las comisiones de valoración que se crean para evaluar las solicitudes de las ayudas o subvenciones, esto es: ¿cómo ha de motivarse la propuesta de la comisión de valoración, ¿es suficiente las meras valoraciones aritméticas referidas a los criterios de valoración? ¿se pueden apartar técnicamente de los criterios fijados en las bases reguladoras? ¿la propuesta de resolución motivada vincula al órgano competente para resolver?, ¿en qué medida? ...

C. Actuación del órgano competente para resolver

El órgano responsable de adoptar la decisión administrativa final y definitiva sobre las solicitudes de subvención necesita del quehacer de uno o varios órganos que habrán de intervenir en la justificación material de la misma, incorporando sus decisiones e informes a la motivación realizada.

El órgano administrativo que resuelve decide en base a la labor evaluadora realizada por la comisión de valoración y cumplimenta la motivación, recogiendo tal información y acreditando los fundamentos de la resolución adoptada. Por tanto, al órgano colegiado de asistencia le corresponde la valoración de las solicitudes mediante la emisión de una

propuesta de resolución. Al elevar su propuesta al órgano de competente para resolver, ambos órganos participan en la justificación de la decisión y en la tarea de realizar la motivación. Por un lado, la comisión de valoración tras realizar la baremación de las distintas propuestas en relación con los criterios establecidos, elabora una propuesta. Pero para no ser catalogada como insuficiente y conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados también debe incluir, en todo caso, la ponderación de los criterios indicados en las bases reguladoras. Es la comisión de valoración, como órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de competente para resolver, la que modela en un primer momento la justificación de la decisión administrativa adjudicatoria al explicar la ponderación de los criterios, aplicando los criterios valorativos reflejados en las bases reguladoras. La motivación de la propuesta de la comisión de valoración puede llevar aparejada los informes que considere necesario para formular tal propuesta. Por otro lado, el órgano competente para resolver, aunque no le vincula la propuesta, resuelve y justifica su decisión cumplimentando la motivación que contiene tanto la propuesta de la comisión de valoración, los informes en su caso, como los fundamentos en que se basa la aceptación o rechazo de dicha propuesta. La explicación de la ponderación de los criterios aplicados por la comisión de valoración constituye, como nos recuerda el Tribunal Supremo, "también la motivación de la resolución decisoria del concurso cuando asume dicha propuesta," ya sea aceptándola o rechazándola¹¹.

En definitiva, los informes ofrecidos por los órganos colegiados especializados servirán de justificación a la decisión emitida en cada caso por el órgano sustantivo competente para resolver cada uno de los diferentes procedimientos y son también motivación de la resolución decisoria. Por tanto, el órgano competente para resolver cumplimenta la motivación con la colaboración de órganos especializados.

D. La problemática práctica

Teniendo en cuenta el procedimiento de ejecución ordinario de concesión de las ayudas y subvenciones regladas y las fases de instrucción y resolución, efectuaremos seguidamente unas reflexiones derivadas de nuestra experiencia entorno a las actuaciones administrativas de los órganos colegiados que intervienen en el procedimiento de selección y adjudicación de la subvención y que inciden en la motivación de la resolución del órgano competente.

En primer lugar, partimos de que la labor de comparación de las solicitudes es encomendada al órgano instructor y colegiado, en su caso, con el fin establecer una prelación

entre los solicitantes, determinando un orden entre ellos que culmina con la adjudicación de las subvenciones. El órgano colegiado (comisión de valoración) de acuerdo con los criterios de valoración y una vez asignada la puntuación total a cada solicitante y determinado el número de beneficiarios de acuerdo con esa puntuación y el umbral fijado, ha de concluir con la distribución de la cuantía de la subvención que ha de ser proporcional.

No obstante, en la práctica se observa que este sistema reglado puede resultar, en ocasiones, desdibujado por la propia actuación e interpretación de las comisiones de valoración que, en pos de un reparto "más adecuado" del presupuesto de la ayuda o subvención suelen introducir elementos en la valoración que tienden a un sistema de prorrateo. Ello conlleva una alteración en la regla de la proporcionalidad en la distribución individual del crédito y el establecimiento del orden de prelación que impide o dificulta asignar más a las mejores valoraciones. No estamos diciendo que no puede ser aplicado un sistema de prorrateo en el reparto de los fondos subvencionables, sino que debe ser considerado excepcional y aplicable solo en los casos que así se prevea expresamente en las bases reguladoras (arts. 22.1 LGS). Además, hay que tener en cuenta que el uso injustificado o abusivo de este recurso podría desvirtuar la concurrencia competitiva ya que, si a todos los solicitantes se les da la subvención en la misma medida, no se incentiva proponer mejores proyectos, más viables, lo que evidentemente va en detrimento de la eficiencia en la ejecución del gasto público.

La regla de reparto ordinaria determina que se ha de efectuar comenzando por las solicitudes que hayan obtenido mayor valoración, en proporción a la puntuación obtenida, hasta agotar los recursos económicos disponibles. Lo que supone asignar mayor crédito a las mejores valoraciones. No obstante, en ocasiones nos encontramos que el cálculo del importe individual de la subvención no sigue esta norma. Los motivos pueden ser los siguientes: primero, porque, el objetivo es repartir el crédito disponible entre todas aquellas solicitudes admitidas, quedando relegado el criterio de la proporcionalidad y de mayor asignación de crédito a las mejores valoraciones; segundo, tanto en el caso de que el importe de concesión supere o no al crédito disponible, se prorratea este importe entre los beneficiarios; por último, la utilización de esta fórmula impide el establecimiento de un orden de prelación derivado de la aplicación de los criterios de selección que permita asignar el crédito disponible solo a las mejores solicitudes.

En segundo lugar, algunas actuaciones que pueden comprometer estas actuaciones regladas se derivan de las actuaciones de los órganos auxiliares que intervienen en el proceso de la resolución final. Si bien las bases reguladoras determinan

11. STS 25 enero 2012 Rec. 3052/2011 FJ 4.

los criterios, que han de aplicarse en el análisis y valoración de los proyectos presentados, así como su ponderación, en ocasiones, el órgano colegiado tiene dificultades para emitir su juicio de valor. A modo de ejemplo, los miembros de las comisiones se encuentran con que las bases reguladoras contienen criterios genéricos e indeterminados y no están suficientemente definidos, lo que dificulta la labor objetiva de selección de los beneficiarios. La utilización de criterios de valoración excesivamente generales dificulta la selección a realizar por la comisión y exigen un mayor esfuerzo de motivación que no siempre se refleja en las actas de estas comisiones. Esta falta de motivación de los aspectos considerados en cada solicitud y que se traduce en la puntuación asignada, afecta a la transparencia de las decisiones adoptadas en el proceso de valoración y selección final. Las comisiones de valoración, en un intento de dotar de objetividad al acto de selección, caen en la tentación de establecer nuevos criterios, subcriterios y ponderaciones o modifican los existentes, con el fin de concretar los aspectos a valorar en las solicitudes presentadas. Otro ejemplo recurrente es el de falta de la ponderación de los criterios de valoración establecidos en las bases siendo la propia comisión la que las determina. Esta situación contradice lo establecido en el artículo 60 del RGS (no constituye legislación básica) que establece que, en el caso de que no se establezca una ponderación de criterios en las bases, estos tendrán el mismo peso relativo; de acuerdo con esto, no resulta procedente que sea la Comisión de Valoración la que determine el peso relativo de cada criterio de selección. Esta información debería estar disponible para el interesado en acceder a la subvención en el momento de presentar su solicitud en aras de una mayor seguridad jurídica y, por tanto, en el caso de atribuir a cada criterio un peso distinto, deben figurar en las bases o en la convocatoria.

En cuarto lugar, estos nuevos criterios no son conocidos por los posibles interesados, ni antes de acceder a la subvención, ni durante el proceso. Su desconocimiento pudiera vulnerar los principios de transparencia objetividad, igualdad y no discriminación del artículo 8 de la LGS. Por ello, se ha de ser explícito en la determinación de los criterios y eliminar todo margen de subjetividad. La comisión de valoración ejercerá sus funciones de conformidad con los criterios fijados sin posibilidad de innovar los mismos en el ejercicio de sus funciones. Las comisiones de valoración no pueden establecer nuevos criterios, subcriterios y ponderaciones al margen de las bases reguladoras, ya que se estaría dotando de una capacidad de decisión sobre la selección de los beneficiarios que no le corresponde, de acuerdo con la función que le asigna en el procedimiento el art. 22.1 LGS.

En quinto lugar, en los expedientes debe constar el soporte de la motivación/razonamiento de las puntuaciones. Los miembros de las comisiones de valoración, además de aportar la hoja de cálculo de las puntuaciones otorgadas a los solicitantes, deben dejar constancia en el expediente de los aspectos concretos que se han valorado en aplicación de los criterios de valoración fijados tanto en las bases reguladoras. Por tanto, estimo insuficiente que las actas recojan únicamente la propuesta de concesión de las subvenciones a determinadas solicitudes, sin especificar los criterios aplicados. En otras ocasiones, la determinación del importe individual no figura dentro del contenido de las bases y la convocatoria, sino que es calculada por la comisión de valoración, de acuerdo con métodos de cálculo que no figuran en las actas. Los criterios, subcriterios y sus ponderaciones deben definirse de tal manera que garanticen la igualdad de oportunidades y la objetividad en el otorgamiento con parámetros claros preestablecidos en la norma reguladora, y que hagan posible, posteriormente, efectuar una evaluación de la adecuada aplicación de los mismos.

Por último, algunos de los criterios de valoración son, en realidad, requisitos de admisión de la solicitud. No cabe valorar conceptos tales como experiencia de los solicitantes, número de personas que figuren en su plantilla, o cualquier otro que comporte una valoración del sujeto, que, en todo caso, pudieran ser requisitos necesarios para obtener el acceso a la condición de beneficiario, pero no para valorar los méritos de la solicitud. Deberá acudirse, por el contrario, a criterios que se refieran a la actividad, proyecto, conducta o situación objeto de subvención.

Todos estos ejemplos comprometen principios básicos del art. 8 LGS en relación al procedimiento de adjudicación de subvenciones, tal como señala la doctrina:¹²

- En primer lugar, la vinculación de lo establecido en la convocatoria y en las bases. Esto implica que se tiene que obedecer de forma ineludible lo dispuesto en ellas. Este carácter vinculante es necesario de forma imperativa, ya que al contrario el principio de objetividad y el resto de principios aplicables al procedimiento caerían en saco roto.
- En segundo lugar, la concreción de criterios. Esto es importante, ya que, a mayor concreción de estos criterios, menor será la discrecionalidad que tenga la Administración y por tanto mayor objetividad en la adjudicación.

12. LAGUNA DE PAZ, J. (2005), "el otorgamiento de subvenciones", en Fernández farreras, Germán (coord.), *comentario a la ley general de subvenciones*, Navarra, Thomson civetas, pp 329-354.

- En tercer lugar, la necesaria obligación de motivar las decisiones que se toman en el procedimiento. En relación con la motivación, hay que aclarar que ésta no sólo resulta una obligación derivada del principio de objetividad, sino que también se trata de un imperativo legal a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LGS: “La resolución se motivará de conformidad con lo que dispongan las bases reguladoras de la subvención debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.” Ahora bien, a su vez se trata de un requisito para que el acto administrativo sea válido, tal y como se establece en artículo 35 de la LPAC.

IV.1 La motivación del órgano colegiado

Las decisiones administrativas no solo pueden ser adoptadas por órganos unipersonales sino también por órganos colegiados, mediante una votación en la que se integra la voluntad de los miembros respecto al asunto sobre el que previamente se ha deliberado¹³. Ya se ha dicho que el art. 18 de la LRJSP lo que prescribe es que en el acta de la sesión se reflejen el sentido del voto de cada miembro y los distintos motivos que justifiquen¹⁴.

Por tanto, a simple vista, no parece que se contemple una exigencia de motivación de la decisión adoptada por el colegio sino la obligación del secretario de dejar constancia de las deliberaciones de sus puntos principales y del contenido de los acuerdos adoptados. No obstante, la doctrina ha igualado la motivación de los órganos unipersonales a la motivación de los órganos colegiados, resaltando que no es diferente la una de la otra, “ni en la forma ni en el fondo,”¹⁵ tal como analizamos seguidamente.

A. La deliberación

La formación de la voluntad en los órganos unipersonales no plantea problemas, ya que la voluntad de la persona física titular del órgano se imputa de forma automática a la voluntad del órgano que representa. Por el contrario, la formación de la

voluntad de los órganos colegiados requiere el cumplimiento de una serie de reglas de constitución, funcionamiento y deliberación de los acuerdos adoptados, que garanticen que la voluntad de los mismos se produce de manera adecuada.

En nuestro caso, la celebración de la sesión de las comisiones de valoración trae consigo, entre otras, la necesidad de un debate anterior al momento en que se produce, de forma estricta, la formación de la voluntad colectiva a través de la votación y que se concreta en la evaluación de las solicitudes presentadas conforme a los criterios de valoración preestablecidos en las normas reguladoras de las ayudas y subvenciones. En la práctica, las deliberaciones de las comisiones de valoración suelen constar de dos actuaciones diferenciadas: unas, se refieren a valoraciones de aspectos cuantitativos como el otorgamiento de la puntuación objetiva de los criterios de valoración automáticos y de sus ponderaciones de acuerdo con las bases reguladoras; otras, se refieren a valoraciones de aspectos cualitativos, que encierran actuaciones referidas al margen de discrecionalidad técnica de la comisión de valoración. Sobre las primeras, poco hay que decir ya que las deliberaciones se reducirán a la cuantificación matemática de los criterios automáticos como son los puntos a otorgar. Sobre las segundas, las deliberaciones de las comisiones tienen, en mi opinión, una mayor transcendencia ya que las valoraciones atienden a criterios cualitativos que requieren una especial motivación en cada caso para cumplir con los principios establecidos en el art. 8 de la LGS.

En este segundo momento de contraste de los diferentes puntos de vista de cada uno de los miembros respecto de los criterios cualitativos es significativo en la formación de la voluntad colegial. De hecho, si no fuera así bastaría con que se remitiera el listado de los asuntos a cada uno de los miembros y en el plazo establecido comunicaran su criterio adoptado de manera individual al Presidente, el cual computaría el resultado final imputable al órgano. La deliberación permite comprobar cuáles son las razones que han justificado el sentido del voto emitido por cada uno de los miembros de las comisiones de valoración, tanto las que sostienen la voluntad

13. COSCULLUELA MONTANER, L. (2015); Manual de Derecho Administrativo. Parte General, Thomson, 26ª edición. VALERO TORRIJOS, J. (2002): Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente, Ministerio de Administraciones Públicas-Ministerio de la Presidencia. JIMÉNEZ VACAS, JJ (2018): [Órganos colegiados de las distintas administraciones públicas, en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público” en Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, ISSN 1136-517X, Nº. 72, págs. 107-114.

14. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados (...). El Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión.

15. CARBONELL PORRAS, E. (1999), Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 228. IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003): Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003. Considera que al “igual que los miembros del órgano colegiado deliberan para ponerse de acuerdo sobre la propuesta, lo mismo pueden hacer para acordar sobre cómo razonarla o motivarla” y, a la misma vez, ofrece una solución alternativa en el supuesto que no fuera posible una motivación común a los miembros que coinciden en la propuesta: la motivación seriatim -cada uno motiva por su cuenta-, en lugar de prescindir radicalmente de la motivación

mayoritaria como las opiniones de la posición minoritaria. Por tanto, concluimos que, en aquellos supuestos que no se diera tal deliberación y se procediera directamente a la votación, sería aconsejable que el presidente advirtiera a los miembros la necesidad de motivar el acuerdo cuando se trate de uno de los casos previstos en el artículo 35 de la LPAC.

B. El acta

Un de las características de la adopción de los acuerdos y propuesta de concesión de ayudas y subvenciones emanados de las comisiones de valoración es la oralidad que acompaña a todo su proceso deliberativo. Por ello, debe ser documentado posteriormente a través del acta en la que se recogen los principales hechos de la sesión de la comisión de valoración, así como los acuerdos adoptados a efectos probatorios. La finalidad acreditativa del acta de la sesión predetermina su contenido ya que el art.18.1 de la LRJSP exige con carácter básico que en el acta se especifique necesariamente *“los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se han celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados”*.

El deber de transcribir los puntos principales de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados es consustancial a la actividad de las comisiones de valoración ya que sólo a través de ellas, los órganos fiscalizadores (amén de los judiciales) podemos conocer las razones que motivaron el sentido de las decisiones de otorgamiento o denegación de una subvención. En definitiva, como mínimo deben contener los pormenores de tal decisión, reflejando así, junto al número de asistentes a la sesión, el orden del día y circunstancias del lugar y tiempo en que se celebró y la formación de la voluntad del órgano. Este último elemento es el primordial para fiscalizar si una subvención se ha otorgado o denegado en función de los estrictos criterios de valoración establecidos en las bases reguladora, así como el motivo de su denegación.

Por tanto, a mi juicio, la motivación de los actos colegiales forma parte del contenido mínimo y necesario del acta. El art. 18.2 LRJSP señala que el acta elaborada por el secretario con el visto bueno del Presidente se remite a los miembros del órgano colegiado para que manifiesten su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación. En definitiva, el acta debe recoger los puntos principales de las deliberaciones y, por ende, será en ella donde se recoja la motivación de las decisiones colegiadas, por lo que puede afirmarse como señala VALERO TORRIJOS que *“el Secretario deberá ejercer*

esta función con especial detalle cuando el acuerdo del órgano se refiera a uno de los actos que necesariamente hayan de ser motivados, sin perjuicio de que, con ocasión de la posterior aprobación del acta por el propio órgano, alguno de los miembros manifieste la necesidad de concretar ciertos extremos con el fin de cumplir más adecuadamente con las exigencias de la motivación”¹⁶.

Para finalizar este apartado señalar que la creciente utilización de las tecnologías e información en el funcionamiento de las comisiones de valoración de los procesos subvencionales, no es óbice para su correcta motivación ya que la motivación del acto puede venir plasmada tanto en un documento administrativo en soporte papel como en un documento administrativo en soporte electrónico, sin verse mermada el valor y exigencia de la motivación en ésta última situación¹⁷.

C. Formulas genéricas, matemáticas o cláusula de estilo

Ya hemos señalado que en el ámbito de las ayudas y subvenciones es frecuente la utilización de criterios (o subcriterios) de evaluación que encierran frases genéricas o indeterminadas que dificultan las valoraciones de las solicitudes por parte de las comisiones de valoración y que no aportan información concreta y específica sobre las razones que determinan cada puntuación.

En la práctica observamos que la valoración de las comisiones de valoración queda reducida a una alusión genérica igual para todas las solicitudes, al no permitir la distinción de las individualidades de proyectos diferentes ni conocer los motivos concretos que han llevado a esa puntuación. En este sentido, el solicitante no tiene elementos de juicio para poder combatirlos y ejercer con garantías el derecho de defensa. Por lo que nos atañe, nos dificulta la labor fiscalizadora ya que en supuestos en los cuales las calificaciones otorgadas a las solicitudes se apoyan en criterios cualitativos y los proyectos reciben la misma calificación, por ejemplo, no disponemos de elementos de juicio suficientes para conocer las razones específicas que determinan una puntuación u otra.

En otras ocasiones observamos que se pretende entender motivado un acuerdo de la comisión de valoración mediante la mera referencia a las puntuaciones matemáticas otorgadas por cada uno de sus miembros, o en su media aritmética, recogida como tal en las correspondientes actas. La jurisprudencia ha mantenido que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de

16. VALERO TORRIJOS, J. (2002): Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente, Ministerio de Administraciones Públicas-Ministerio de la Presidencia, p. 596.

17. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2006): Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración, Aranzadi, p. 82.

puntuaciones insistiéndose que la mera expresión numérica es insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados. Estas apreciaciones han chocado con el concepto de margen de discrecionalidad técnica que la propia jurisprudencia ha defendido para estos mismos casos. De todas formas, se aprecia una evolución en la definición de los límites y del concepto de discrecionalidad técnica. En particular, en la necesidad de motivar el juicio técnico, apostando por un contenido mínimo de la motivación que incluya los criterios de valoración cualitativa y el por qué la aplicación de tales criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás, no bastando por tanto con la simple asignación numérica. La preferencia de la motivación por puntuación de manera clara y detallada en la que quede constancia de los criterios empleados y las razones aportadas frente a una mera indicación de la misma se va implantando de forma generalizada y la consolidación de una línea jurisprudencial que reclama de los órganos colegiados una motivación que no se limite a la expresión de una puntuación o calificación sino que ofrezca las razones que han conducido a ella cuando sea objeto de reclamación cada vez es más notoria¹⁸.

IV.2 La motivación del órgano competente para resolver

En las subvenciones tramitadas por el procedimiento ordinario de concurrencia competitiva, el contenido de las actas de la comisión de valoración junto con los correspondientes informes técnicos y cálculos que han servido para decidir las puntuaciones asignadas a las solicitudes, como para determinar el importe individual de la subvención, resultan imprescindibles para el órgano competente para resolver. Todo ello con la finalidad de garantizar, mediante la debida motivación de las decisiones adoptadas, el cumplimiento del principio de objetividad y transparencia en la selección de los beneficiarios.

Las resoluciones por la que se conceden y/o deniegan las subvenciones han de dictarse una vez aprobada la propuesta de resolución definitiva, deben estar debidamente motivadas (art. 88.3 de la LPCA) y acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte (art. 25.2 LGS), en base a los criterios de valoración preestablecido en las bases reguladora.

Las resoluciones *deben motivar* los fundamentos de la decisión que se adopta ya que el acto de concesión de la subvención *ha de recoger* expresamente toda la información requerida a tal fin por el ordenamiento jurídico: objeto,

importe, forma y plazos de pago, forma de justificación, disposición a cuyo amparo se hubiere otorgado y demás condiciones y requisitos exigidos por las bases reguladoras y por la normativa de general aplicación (arts. 25.1 y 2 LGS, 35 y 88.3 LPCA). Las resoluciones deben contener tanto el otorgamiento de las subvenciones, como la desestimación y la no concesión, por desistimiento o renuncia (arts. 84, 94 LPCAP y 25.3 LGS). Por tanto, podemos señalar que un contenido *mínimo* de la resolución de concesión de la subvención debiera ser el siguiente:

- a. La indicación de las personas beneficiarias, de la actividad, proyecto o comportamiento a realizar y del plazo de ejecución, con expresión del inicio del cómputo del mismo.
- b. La cuantía de la subvención, y en su caso, los conceptos o líneas de subvenciones en que se desglose; la aplicación presupuestaria del gasto y, en su caso, su distribución plurianual; cuando proceda, el presupuesto subvencionado y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.
- c. En el supuesto de cofinanciación con fondos europeos se señalará que la Unión Europea participa en su financiación y se indicará la cuantía o el porcentaje de la ayuda aportada por el fondo comunitario que corresponda, además de la publicidad a realizar por el beneficiario de las mismas, de acuerdo con la normativa comunitaria.
- d. La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono; en el caso de contemplarse la posibilidad de efectuar anticipos de pago sobre la subvención concedida, la forma y cuantía de las garantías que, en su caso, habrá de aportar la persona beneficiaria, de acuerdo con lo que establezcan las bases reguladoras.
- e. Las condiciones que, en su caso, se impongan a las personas beneficiarias.
- f. El plazo y la forma de justificación por parte de las personas beneficiarias del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la subvención y de la aplicación de los fondos recibidos, y del importe, procedencia y aplicación de otros fondos a las actividades subvencionadas, en el supuesto de que las mismas fueran financiadas también con fondos propios u otras subvenciones o recursos de acuerdo con lo que establezcan las bases reguladoras de la concesión.
- g. La indicación, en su caso, de haber desestimado el resto de solicitudes

18. STS 31 Julio 2014 Rec. 2001/2013 FJ 7; STS 29 enero 2014 Rec. 3201/2012 FJ 4; STS 15 octubre 2012 Rec. 4326/2011 FJ 5.

El art. 25.1 LGS establece que una vez aprobada la propuesta de resolución definitiva, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 LPCA, y, en su caso, en la correspondiente norma o convocatoria, el órgano competente debe resolver el procedimiento. Entendemos que no se plantea un trámite concreto de aprobación de esta propuesta y/o una nueva evaluación detallada de la información contenida en las actas de valoración y su documentación anexa, sino más bien se refiere a la estimación de lo que en ella se contiene para elaborar una resolución, debidamente motivada de acuerdo con lo que dispongan las bases. Lo que no se indica expresamente en la LGS es la posibilidad de que, el órgano competente para resolver, disienta de la propuesta elevada por el instructor. Por ejemplo, desestimar la concesión para alguno de los solicitantes propuestos. Sabemos que desde punto de vista del derecho positivo no existe imposibilidad alguna para que ello se produzca, pero puede plantearse una situación contradictoria, en aquellos casos en los que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25.5, se haya producido la aceptación, por parte del solicitante, de la propuesta de resolución definitiva, que, de todas formas, no crea derecho alguno a su favor. No obstante, lo que no parece que pueda realizar el órgano competente para resolver es otorgar subvenciones a solicitantes no propuestos, puesto que ello viciaría el procedimiento de instrucción.

La norma no exige una extensión determinada ni una fundamentación exhaustiva de la motivación sino que en aras de cumplir la función garantizadora, la motivación ha de ser lo suficientemente indicativa de las razones que justifican la resolución de la subvención, dependiendo su extensión de la mayor o menor complejidad de la misma o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, por lo que, atendiendo a las circunstancias de la subvención en particular, su contenido será escueto o exhaustivo, pero siempre con expresión de las razones legales de la decisión. En este sentido hay fórmulas que pueden ayudar a la concreción de la motivación de expedientes de subvención complejos cuantitativamente como cualitativamente, sin merma de su garantía, a las que nos referimos seguidamente.

A. La motivación por remisión o *in allunde*

Una fórmula que pudiera solventar la insuficiencia y/o dificultad técnica en la motivación de la resolución de los órganos competentes en materia de ayudas y subvenciones es, a mi juicio, la denominada motivación por remisión o "*in allunde*" establecida en el art. 88.6 LPCA. Señala este artículo que "*La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma*".

La peculiaridad de esta forma de motivar crea ciertos interrogantes en el procedimiento de las ayudas y subvenciones ya que los distintos órganos que intervienen (órgano instructor y colegiado) emiten propuestas motivadas que forman parte del expediente. Vamos a analizar la posibilidad de aplicar esta técnica motivadora y tratar las dudas que pudieran presentarse en su aplicación.

La primera cuestión que surge es si con la simple remisión a las propuestas del órgano instructor y/o a las actas de la comisión de valoración se entendería cumplido el requisito de la motivación o si es necesario incorporar materialmente los documentos. La jurisprudencia parece admitir que si la resolución se remite a argumentos recogidos en informes o dictámenes que hay en el expediente, en tanto en cuanto el interesado puede conocer los motivos de la resolución con el acceso al mismo, sería suficiente para evitar así su posible indefensión¹⁹. Aun así, existen algunos pronunciamientos en los que se exige materialmente la transcripción literal del informe, y su no transcripción trae como consecuencia la invalidez de la motivación²⁰. A mi juicio, el límite en uno u otro caso estará en que los informes no sean imprecisos, escuetos, ambiguos, de contenido contrario y/o basados en normativa nula, por ejemplo.

La segunda cuestión que nos suscita el precepto es si además de la remisión a informes, como dice literalmente la ley, es posible que el órgano encargado de resolver se remite a la propuesta de resolución emitida por el órgano instructor o por la comisión de valoración. En nuestro caso, junto a la resolución definitiva se emite una propuesta anterior de resolución por órganos técnicos que auxilian al órgano decisor, el cuál debe asumirla o rechazarla. En los procedimientos de ayudas y subvenciones en los que se lleva a cabo una actividad evaluadora o de calificación, los informes emitidos por órganos específicos adquieren especial importancia como contenido de la propuesta de resolución. Las conclusiones de dichos informes son asumidas posteriormente por el órgano sustantivo competente, haciendo suya, entre otras, las puntuaciones asignadas y que, además, servirá de motivación, siempre y cuando dicho informe esté suficientemente razonado y justificado permitiendo al afectado conocer las razones que han llevado a la Administración a adoptar la decisión final.

La tercera cuestión que queremos abordar es la relativa a la remisión del acta de los acuerdos colegiales adoptado por las comisiones de valoración como supuesto de esta modalidad *in allunde*. Entendemos que la motivación de los actos colegiales forma parte del contenido mínimo y necesario del acta, tal como hemos dicho más arriba y, por tanto, perfectamente transferible a nuestro caso.

19. STS 11 febrero 2011 Rec.161/2009 FJ 5; STS 15 enero 2009 Rec. 329/2005 FJ 2;

20. STS 11 febrero 2011 Rec.161/2009 FJ 5; STS 15 enero 2009 Rec. 329/2005 FJ 2;



En definitiva, concluimos que los supuestos en los que la remisión se haga tanto a informes, dictámenes como a propuesta de resolución, incluso al acta de la comisión de valoración, sin olvidar su aplicación tanto a las resoluciones como a los actos de trámite, son encuadrables en la técnica de la motivación *in allunde*.

B. La motivación combinada

Las conclusiones y soluciones que hemos descrito en el apartado anterior quizá no satisfagan en todos los casos las exigencias de motivación que determina tanto la LGS como la LPCA. Por eso me inclino, en todo caso, hacia una modalidad de “*motivación in allunde combinada*” que pudiera dar respuesta a la práctica habitual de la insuficiente motivación de las resoluciones en la materia que tratamos. Me refiero a una modalidad de motivación que contenga una parte importante de motivación textual, y, otra parte complementaria de motivación por remisión. En virtud de la primera el órgano competente para resolver detalla de manera pormenorizada los motivos y razones en los que sustenta la decisión finalmente adoptada, quedando estos a su vez incorporados a dicha resolución, al texto propio de la misma. En virtud de la segunda, si no es posible incorporar todos los motivos o razones en la resolución (por ejemplo, de informes, dictámenes o actas de gran volumen, complejidad técnica

etc.) sería factible que se enuncien y se complementen los motivos con la remisión al correspondiente expediente.

De todo lo analizado hasta ahora podemos señalar que el órgano competente para resolver debe tener en cuenta una serie de aspectos en la motivación de la resolución final del procedimiento de concesión de las ayudas y subvenciones:

- En primer lugar, la motivación está vinculada a lo establecido en la convocatoria y en las bases. Esto implica que se tiene que obedecer de forma ineludible lo dispuesto en ellas. Este carácter vinculante se hace necesario de forma imperativa, ya que de lo contrario conculcaría los principios establecidos en el art.8 LGS.
- En segundo lugar, la importancia de la concreción de criterios. Esto es importante, ya que, a mayor concreción de estos criterios, menor será la discrecionalidad que tenga la Administración y por tanto mayor objetividad en la adjudicación.
- En tercer lugar, la necesaria obligación de motivar las decisiones que se toman en el procedimiento. En relación con la motivación, hay que aclarar que ésta no sólo resulta una obligación derivada del principio de objetividad, sino que también se trata de un imperativo legal a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LGS y 35 LPCA ya

21. Sentencia del Tribunal Supremo 3095/2013, de 4 de junio de 201311, 6948/2005, de 15 de noviembre de 200512, o en la 6823/2004, de 26 de octubre de 200413.

que la resolución se motivará de conformidad con lo que dispongan las bases reguladoras de la subvención debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte y, a su vez se trata de un requisito para que el acto administrativo sea válido.

- En cuarto lugar, la motivación es necesaria para poder permitirse una correcta fiscalización del gasto (amén de control administrativo y judicial a posteriori) de tal manera que se puede determinar si dicha motivación es conforme a derecho y, por lo tanto, cumple con los principios del art. 8 LGS.
- Por último, la importancia de la motivación también se puede observar en el ámbito jurisprudencial sin perjuicio del margen conocido como discrecionalidad técnica que el propio Tribunal Constitucional reconoció (Sentencia 353/1993, de 29 de noviembre¹⁴) señalando que la existencia de una discrecionalidad administrativa técnica, aunque el resultado derivado de ella puede ser recurrible, si se considera que no ha sido objetiva, ante el órgano jurisdiccional que corresponda²¹.

C. La motivación en la notificación

El art. 26 LGS establece que la resolución del procedimiento se notificará a los interesados de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la LPCA. y la práctica de dicha notificación o publicación se ajustará a las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la citada ley. Por tanto, el ordenamiento jurídico oferta dos instrumentos para la comunicación de las resoluciones de concesión y/o denegación de las ayudas y subvenciones: la notificación y la publicación, ya sea en soporte papel, ya sea en soporte electrónico.

La primera cuestión que nos planteamos es si la motivación forma parte o no del contenido de la notificación. El art. 40.2 LPCA señala que la notificación deberá contener "el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos (...)", sin hacer referencia expresa a la motivación. Pero sí señala expresamente que debe contener el "texto íntegro de la resolución." Si tal como hemos dicho más arriba, el art. 89.3 LPCA determina que en el contenido de la resolución ha de incluir tanto la decisión como la motivación en los casos que ésta sea legalmente exigida, tal como hace el art. 25 LGS, en mi opinión debemos concluir que la notificación debe transcribir la totalidad del texto de la resolución, conteniendo no solo la decisión o parte dispositiva, sino también la parte expositiva y su motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, sin perjuicio de utilizar las técnicas descritas en las letras a y b anteriores.

La notificación de la resolución de concesión o denegación de la ayuda o subvención ha de cumplir con el propósito legal de que los solicitantes conozcan las razones determinantes de la decisión adoptada, a fin de que dentro del plazo legal que comienza a contar desde dicho momento (art. 25.4 LGS) se pueda interponer recurso suficientemente fundado mediante los datos facilitados en la notificación.

D. La falta o insuficiencia de la motivación

Hasta ahora hemos analizado los supuestos, razones y modos que sustentan la motivación de la resolución de las ayudas y subvenciones. La cuestión que nos planteamos seguidamente es la ausencia y/o insuficiencia de la motivación y la correspondiente consecuencia jurídica.

La falta de la motivación pudiera ser equiparable a la carencia de motivación, a la inexistencia del instrumento encargado de exteriorizar las razones que conducen a la Administración a adoptar la decisión. Pero, hay que puntualizar cuándo tiene un carácter formal y cuándo sustancial.

En el caso de que la motivación de la resolución de concesión o denegación de las ayudas y subvenciones se efectúe de manera textual e incorpore los motivos o razones que justifican la decisión no plantea duda. No obstante, si incorpora una parte sustancial de la misma sin contener referencia, aunque sea breve y sucinta, de hechos y fundamentos de derecho, estricto senso, el acto estará inmotivado y estaremos ante una ausencia de la motivación.

En el caso de que la motivación de la resolución de concesión o denegación de las ayudas y subvenciones se efectúe mediante la denominada motivación in allunde y/o combinada, estaremos ante una resolución inmotivada, si efectuada su remisión al expediente, no existieran los informes, dictámenes o actas que permitan al interesado conocer las razones de la decisión administrativa que le afecta, o que existiendo no tuvieran relación directa con el contenido de la motivación.

Por tanto, la falta de motivación puede darse tanto en supuestos en que se produce una omisión total de la motivación, no existiendo motivación alguna, como en supuestos en los que la omisión es parcial, de manera que la motivación se da, aunque no se ha realizado de manera correcta, omitiéndose algún elemento sustancial de ella. La falta formal se da cuando en la resolución consta solo una parte del acto en sentido estricto y la omisión es sustancial: cuando la motivación se da formalmente, incorporada en el propio acto o por remisión a informes o dictámenes, pero se omite algún elemento sustancial y concreto de la motivación. La motivación formalmente existe, pero no justifica todos o algunos de los aspectos de la decisión que requiere motivación, resultando situaciones de motivación insuficiente.

Pero la consecuencia de un defecto de forma, como la falta de la motivación o su manifestación defectuosa, es la anulación del acto, pudiéndose ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior en que se dictó. De esta manera, se vuelve a dictar otro debidamente motivado, tal como señala el Tribunal Supremo (STS 29 marzo 2012 Rec. 2940/2010 FJ 4), en un supuesto concreto relativo a ayudas y subvenciones públicas ante una motivación insuficiente²².

V. Consideraciones finales

A lo largo de todo este trabajo hemos querido dejar constancia de la problemática que observamos en la motivación de las resoluciones administrativas derivadas de la actividad de fomento de las administraciones públicas. Estas carencias no sólo se dan en las resoluciones finales del proceso sino en las actuaciones regladas de los órganos que auxilian al órgano competente para resolver como son: las propuestas de resoluciones provisionales y definitivas, los actos administrativos, informes y dictámenes de los órganos instructor y colegiado. Como hemos señalado, la resolución final se sustenta en las actuaciones regladas de los órganos auxiliares que, en la gran mayoría de los casos, forman parte material de los fundamentos jurídicos y de la motivación de la resolución del órgano competente para resolver. En este último apartado volcaremos las reflexiones finales entorno a las cuestiones suscitadas en este trabajo. Seguidamente analizaremos, por tanto, la incidencia de la motivación de los órganos auxiliares en la motivación definitiva del acto de concesión o denegación de una subvención, así como sus consecuencias jurídicas. Ya hemos dicho que, es recurrente la incidencia, tanto en los informes de fiscalización internos como externos, de la necesidad de una correcta motivación de la resolución de concesión y/o denegación de subvenciones. Algunas de estas incidencias que son fácilmente mejorables las podemos resumir en:

- a. La falta o insuficiencia de la motivación de la propuesta de resolución del órgano instructor o colegiado sobre los que sustenta la resolución del órgano competente para resolver.
- b. La alteración de los criterios de valoración y/o adjudicación fijados por las bases reguladoras por parte de la comisión de valoración: en unos casos, por supresión y no aplicación de todos los criterios prefijados; en otros, por la introducción de nuevos criterios al margen de las bases reguladora;
- c. Ídem con las ponderaciones de los criterios fijados en las normas reguladoras.

- d. Los fundamentos jurídicos motivadores de la resolución final se sustentan en informes, dictámenes y/o actas de las comisiones de valoración no existentes, total o parcialmente, carentes de motivación para el caso concreto, dictadas por órganos incompetentes, órgano colegiado no debidamente constituido etc. mediante la técnica de la motivación por remisión (in alliuende).
- e. La falta de motivación de la puntuación de manera clara y detallada en la que quede constancia de los criterios empleados y las razones aportadas en la actuación de los órganos colegiados.

En nuestra opinión, toda esta casuística derivada de la falta o insuficiencia de motivación tiene su predicamento en el art. 36 LGS que distingue los casos de invalidez, en los que van a existir vicios del propio acto de concesión, de los casos de reintegro. Nos centraremos en el primero de los casos únicamente. Por tanto, en cuanto a los supuestos de nulidad y anulabilidad hay que tener en cuenta los arts. 47.1, 48, 102 y 103 de la LPAC de modo que las causas de nulidad y anulabilidad de la LPCA son perfectamente trasladables al ámbito subvencional.

Ya hemos señalado que las resoluciones de concesión o denegación por el órgano competente para resolver las subvenciones y ayudas se ven determinadas por las actuaciones previas de otros órganos (instructor y colegiado) que condicionan el resultado final de la motivación de la resolución y, por ende, las causas y los casos de invalidez en lo que puede verse inmersa. Por tanto, entendemos que es factible encontrarse con causas de invalidez en la resolución final del órgano competente de una ayuda y/o subvención si los fundamentos resolutorios se encuentren basados en actuaciones administrativas de otros órganos auxiliares que no cumplen los requisitos de una correcta motivación establecidos, expresamente, en la LGS, y/o, de forma genérica, en la LPAC.

No obstante, el art. 47.1 determina los supuestos bajo los cuales se considera a los actos nulos de pleno derecho. En lo que atañe a nuestro trabajo en relación a la actividad administrativa de las comisiones de valoración y sus consecuencias relacionadas con la motivación o su falta, haremos referencia a dos supuestos directamente relacionados con la actividad de fomento de la administración: por un lado, los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y, por otro, de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

22. Este déficit de motivación frustra el objetivo perseguido con la exigencia contemplada en el art. 35 LPCA al impedir a la interesada contradecir la razón denegatoria, de ahí que se acuerde la retroacción de actuaciones para que la Administración se pronuncie motivadamente sobre la causa de la denegación.

Es frecuente observar que las comisiones de valoración modifican, adecúan, alteran o introducen nuevos criterios de valoración y sus ponderaciones que, además, quedan recogido en los informes y actas. Estas modificaciones pueden ser tan substanciales que afectan y alteran las reglas de la concurrencia, selección, valoración, evaluación, prelación y adjudicación del presupuesto establecidas en la base reguladora. Claro está, que en todos estos casos, la motivación que se pueda efectuar no se corresponde con los criterios y la ponderación establecidos previamente en las bases reguladora. Estas circunstancias al margen de las normas que regulan el procedimiento de concurrencia competitiva nos empujan a ver en estas actuaciones actos que pudieran ser calificados de arbitrarios. Pues bien, sirviéndonos de este caso tan recurrente y práctico nos preguntamos cómo afectan estas alteraciones a la validez de la resolución final adoptada. En definitiva, si existe algún grado de invalidez de la resolución que pudiera implicar algún grado de invalidez de la concesión de las subvenciones efectuadas.

■ Actos dictados por la comisión de valoración

La doctrina señala que el criterio interpretativo del artículo 47.1.e) LPAC tiene que ser el que se corresponde con el sentido institucional de la nulidad: se han de incluir en ella únicamente las vulneraciones más graves y notorias del ordenamiento jurídico. A este criterio se acomoda el párrafo de referencia en cuanto que solo considera nulos de pleno derecho los actos que se dicten «con omisión total y absoluta» del procedimiento²³. La cuestión a resolver es cuándo se producen omisiones totales y absolutas del procedimiento en el caso de que las comisiones de valoración alteran o modifican, sustancialmente, los criterios de valoración y sus ponderaciones. Y cómo afectarán a la esencia de la motivación de la resolución. Cuando esto ocurre, por un lado, es claro que la decisión la ha adoptado quien es manifiestamente incompetente para determinar los criterios de valoración y sus ponderaciones. Por otro lado, el procedimiento de instrucción establecido en la LGS complementado con las normas que regulan las bases y la convocatoria se ve modificado de tal forma que, materialmente, estamos ante otro procedimiento distinto del convocado por el órgano competente. La doctrina y la jurisprudencia consideran que para que concurra la causa de nulidad que analizamos no es preciso que se prescinda totalmente del procedimiento, sino que basta con que la Administración no observe alguno de los trámites esenciales o determinantes. En nuestra opinión la alteración señalada

es un trámite esencial y determinante del procedimiento ya que se prescinde de los criterios de valoración objetivables establecidos previamente, sustituyéndolos por otros, que los concurrentes desconocen. Las resoluciones que se motiven y/o contengan evaluaciones y valoraciones al margen de los criterios preestablecidos pudieran ser equiparables a la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido ya que se estaríamos ante otro procediendo, distinto al establecido por la LGS, donde al órgano colegiado se le dotaría de competencias para establecer, arbitrariamente y a posteriori, el procedimiento y los criterios que servirán para la valoración de las solicitudes de ayudas y subvenciones. Las resoluciones amparadas y motivadas en informes y propuestas de comisiones de valoración que hubieran prescindido del procedimiento establecido estarán viciadas de invalidez (STS de 29 de septiembre de 2005).

Por tanto, entiendo que para determinar que la omisión de un trámite concreto da lugar a la nulidad en el procesos concurrencia de la subvención, hay que tener en cuenta no solo la relevancia que tiene la omisión del trámite de la valoración de conformidad con los criterio preestablecidos, sino que, además, sus repercusiones sobre los derechos de los interesados y, asimismo, la medida en que la decisión administrativa final hubiera sido distinta de haberse cumplido el procedimiento sustancial de valoración de los criterios previamente establecidos en la norma. La STS de 3 de diciembre de 2008 resume esa doctrina. Afirma que «la jurisprudencia de esta Sala ha sido especialmente restrictiva en cuanto al tratamiento de este motivo de nulidad, declarando que los efectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de un modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites». También es posible que se acuerde la nulidad por la omisión de algún trámite, pero, para declararla, es preciso valorar singularmente «las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario de haberse observado el trámite omitido (SSTS de 17 de octubre de 1991, 31 de mayo de 2000, 5 de mayo de 2008)».

Por lo que respecta a los actos administrativos dictados con infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, entendemos que la casuística de la jurisprudencia es similar a la comentada. Por tanto, habrá que tener en cuenta la trascendencia de las reglas incumplidas para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, esto es, si:

23. Muñoz Machado S.: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XII Actos administrativos y sanciones administrativas. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2017 (pág.203 y ss.).

- a. Se han omitido las reglas esenciales fijadas por las normas que regulan el procedimiento para la adjudicación de las subvenciones. La alteración esencial de los criterios de valoración y sus ponderaciones por parte de las comisiones de valoración se encuentran fuera del campo de la discrecionalidad técnica tolerable por la jurisprudencia y la doctrina en relación a la actuación de órganos técnicos evaluadores pudiendo entrar de lleno en el terreno de la arbitrariedad de las decisiones admirativas. Las comisiones de valoración no pueden establecer nuevos criterios, subcriterios y ponderaciones al margen de las bases reguladoras, ya que se estaría dotando de una capacidad de decisión sobre la selección de los beneficiarios que no le corresponde, de acuerdo con la función que le asigna en el procedimiento el art. 22.1 LGS. Los criterios y sus ponderaciones deben definirse de tal manera que garanticen la igualdad de oportunidades y la objetividad en el otorgamiento con parámetros claros preestablecidos en la norma reguladora, y que hagan posible, posteriormente, efectuar una evaluación de la adecuada aplicación de los mismos.
- b. Tal alteración sustancial tiene unas repercusiones directas en las garantías de los solicitantes de la subvención, así como para la decisión final que se adopte. Esta forma de resolver no coadyuva al cumplimiento de los principios de transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación que debe presidir el procedimiento de la concesión de la subvención. Las circunstancias no conocidas por los posibles interesados, ni antes de acceder a la subvención, ni durante el proceso, incumple no solo lo dispuesto en los arts. 173.e) LGS, sino que lo más grave es que su desconocimiento vulnera los principios recogidos en el art. 8 LGS.
- c. Además de estas omisiones susceptibles de nulidad o de anulabilidad se dan, recurrentemente, otros supuestos que acarrearán la nulidad como son, por ejemplo, la falta de convocatoria de uno de los miembros, la falta de quórum en la constitución o en la votación, la presidencia del órgano por quien esté suspendido de sus funciones, etc. (STS de 13 de enero de 1997, 31 de diciembre de 2002, 28 de enero de 2003, etc.).
- d. En definitiva, tan importante es la correcta definición de los criterios objetivos de adjudicación de las ofertas como la forma de valoración y, consecuentemente, la motivación de la misma y aunque, en un primer momento, la administración ostenta un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada y pormenorizada de las puntuaciones a cada uno de los posibles licitadores que ha de darse para considerar plenamente justificada dicha asignación y entender que se ha cumplido con el requisito de la motivación de forma suficiente y adecuada al derecho.



■ Actos dictados por el órgano competente para resolver

Hemos concluido en los apartados anteriores que el órgano instructor puede emitir una propuesta provisional de resolución y, en todo caso, formulará la propuesta definitiva de resolución que deben estar motivadas y establece su contenido mínimo. Por otro lado, la propuesta de la comisión de valoración ha de estar motivada en cuanto órgano colegiado ya que los actos colegiales forman parte del contenido mínimo y necesario del acta. Por último, el órgano competente para resolver basa su decisión en las propuestas de ambos órganos. El órgano competente hace suyas las motivaciones contenidas en la propuesta de resolución aceptando, normalmente, lo que en ella se contiene para elaborar una resolución, debidamente motivada de acuerdo con lo que dispongan las bases. La motivación contenida en las propuestas se convierte, en general, en una motivación quasi vinculante (en la mayoría de los casos vinculante de facto) para el órgano que debe resolver sobre todo en aquellos casos de las actuaciones de las comisiones de valoración de carácter técnico.

Partiendo de esta realidad, nos preguntamos cómo afecta la falta o insuficiencia de motivación de los actos administrativos de los órganos auxiliares respecto a la motivación de la resolución definitiva dictada por el órgano competente para resolver el procediendo concursal de las ayudas y subvenciones. ¿Debe tener una actitud crítica para resolver o la mera remisión a los fundamentos

motivadores de los órganos auxiliares es suficiente, a pesar de la falta o insuficiencia motivación de los actos dictados por estos?

La facultad (o deber) para motivar las resoluciones relativas a las subvenciones recae sobre el órgano específico que tiene atribuida la competencia para resolver. Pero en el procedimiento subvencional se dan labores diferentes: por un lado, la labor de justificar y aportar razones, por otro, la labor de realizar formalmente la motivación y, por último, otra bien distinta, la labor sustantiva de resolver.

En los procedimientos de ayudas y subvenciones de concurrencia competitiva participan, como mínimo, de un lado, unos órganos encargados de seleccionar, las comisiones de valoración, que gozan de discrecionalidad técnica, y, de otro, los órganos que resuelven y ponen fin al procedimiento. En estos casos el órgano administrativo que resuelve decide en base a la labor evaluadora realizada por la comisión de valoración y cumplimenta la motivación recogida, en su caso, en la propuesta del órgano instructor. Pero, entendemos que la acreditación de los fundamentos de la resolución adoptada consiste en fundamentar la resolución administrativa que pone fin al procedimiento. Las actas e informes de las comisiones de valoración sirven de justificación a la decisión emitida en cada caso por el órgano sustantivo competente para resolver cada uno de los diferentes procedimientos y son también motivación de la resolución decisoria. El órgano competente para resolver cumplimenta la motivación con la colaboración del órgano colegiado. Por otro lado, ya hemos señalado que los actos administrativos producidos por órganos colegiados también deben motivarse.

En definitiva, tan importante es la correcta definición de los criterios objetivos de otorgamiento de las ayudas y subvenciones como la forma de valoración y, consecuentemente, la motivación de la misma y aunque, en un primer momento, la administración ostenta un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada y pormenorizada de las puntuaciones a cada uno de los interesados que ha de darse para considerar plenamente justificada dicha asignación y entender que se ha cumplido con el requisito de la motivación de forma suficiente y adecuada al derecho. Podemos concluir teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora que la motivación de los actos administrativos (art. 35 y 88 LPCA) constituye una garantía fundamental para el solicitante, al suministrarle la posibilidad de impugnar el acto y permitiendo el control jurisdiccional de la Administración. La falta o insuficiencia de motivación del acto administrativo lo convierte en arbitrario, y, en última instancia determinante de un vicio de invalidez (arts. 47 y 48 LPCAP).

VI. Bibliografía

- **Bacigalupo Saggese, M.** (2000): "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?"; en REDA.
- **Carbonell Porras, E.** (1999), "Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos" en Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- **Cerrillo I Martínez, A.** (2006): "Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración"; Aranzadi.
- **Coscolluela Montaner, L.** (2015); Manual de Derecho Administrativo. Parte General, Thomson, 26º edición.
- **Funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración**; Aranzadi.
- **Gallardo Castillo, M. J.** (2010): "A vueltas con la motivación de los actos administrativos"; en Actualidad Administrativa.
- **Igartua Salaverria, J.** (2003). "Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales"; Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- **Jiménez Vacas, J. J.** (2018): "Órganos colegiados de las distintas administraciones públicas, en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público" en Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, ISSN 1136-517X, N.º. 72.
- **Laguna de Paz, J.** (2005), "El otorgamiento de subvenciones"; en Fernández Farreres, Germán (coord.), Comentario a la Ley General de Subvenciones, Navarra, Thomson Civitas.
- **Muñoz Machado S.** (2017): "Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público General"; Tomo XII Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid.
- **Pascual, J.** (2004b), "Las distintas Administraciones Públicas ante la Ley General de Subvenciones: principales innovaciones"; en Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 3.
- **Valero Torrijos, J.** (2002): "Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente"; Ministerio de Administraciones Públicas-Ministerio de la Presidencia.



Prácticas colusorias y ofertas coordinadas de empresas en la Ley de Contratos del Sector Público

Rosario Paloma Rodríguez Pérez

Auditora del Consejo de Cuentas de Castilla y León

Florencio Larrea Villaroya

Jefe de Servicio Captación de Fondos y Acción Exterior
Gobierno de La Rioja

Resumen: La política de competencia se configura como un principio rector de la contratación pública que debe, por tanto, preservarse pues es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados¹.

El presente trabajo pretende exponer el marco normativo actual que en materia de defensa de la competencia y de contratación pública regulan la prohibición de prácticas colusorias, y el margen de maniobra con que cuentan tanto la mesa de contratación como el órgano de contratación en esta materia. Completado con un análisis de las principales resoluciones que han dictado los tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales que han sentado doctrina sobre aspectos tales como el levantamiento del velo y la vulneración del principio de proposición única.

Palabras Clave: Contratación pública; libre competencia; conductas colusorias; tribunales administrativos de recursos contractuales

Abstract: Competition is configured as a guiding principle of public procurement that must, therefore, be preserved as it is the way to ensure that public sector entities, and society ultimately, benefit from the best offers in terms of price, quality and innovation of the goods or services finally contracted.

The present work aims to set out the current regulatory framework in the area of public procurement that regulates the prohibition of collusive practices and the scope for manoeuvre available to both the Bureau of contracting and the contracting authority in this area. It is supplemented by an analysis of the main decisions handed down by the courts and administrative bodies on contractual appeals, which have established doctrine on such matters as the lifting of the veil and the violation of the principle of a single proposal.

Keywords: Public sector procurement; free competition; collusive conducts; administrative courts of contractual appeals

1. Así se señala en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; "Guía sobre contratación pública y competencia", 2011. Disponible en (última visita 22/02/2021). <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2009-02>

I. Introducción

La contratación pública tiene en España una importancia fundamental, pues representa entre el 10% y el 20% del PIB nacional y el 14% del PIB de la UE². En este marco de actividad la salvaguarda de la libre competencia entronca con otros principios que informan la normativa sobre contratación pública como son: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos e integridad.

Así, resulta preciso adoptar medidas contra las prácticas anticompetitivas que pueden adoptar formas muy diversas³, pues según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%⁴. Como ha señalado el Consejo Económico y Social de la UE “Una y otra vez, los ganadores son licitadores que actúan de manera desleal reduciendo los costes de sus ofertas por debajo de un precio justo y utilizando subcontratistas poco fiables. Posteriormente suele haber costes derivados, que superan el precio de la segunda o tercera mejor oferta⁵”.

Recientemente se ha publicado una Comunicación de la Comisión⁶ que recoge una serie de herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y una serie de orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo. Señala la Comisión que “en casos de emergencia, como la pandemia de COVID-19, la apremiante necesidad que tienen las autoridades públicas de obtener, en muy poco tiempo, grandes cantidades de suministros y servicios puede agravar el riesgo de colusión entre algunos operadores económicos, que podrían intentar aprovecharse de la situación de emergencia y restringir artificialmente la competencia con el fin de aumentar al máximo sus beneficios a costa de las finanzas públicas”.

Por tanto, hay que estar atentos a los indicios de colusión y saber cómo actuar cuando se sospecha que se puede haber producido una práctica contraria al principio de competencia, motivo por el cual es fundamental la intervención de las distintas unidades de contratación en la lucha contra la colusión e imprescindible la colaboración de estas unidades con las distintas autoridades que actúan en defensa de la competencia.

II. Marco normativo: competencia y contratación pública

La existencia de conexiones entre la política de competencia y la política contratación pública es innegable. A nivel europeo, el fundamento de ambas políticas deriva directamente de las normas sobre el mercado interior y las libertades fundamentales vinculadas al mismo (libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales).

Proclamadas estas cuatro libertades fundamentales que configuran el mercado interior, es fundamental completar el marco normativo con disposiciones que eviten la distorsión del normal funcionamiento del mismo. Para ello, cuelgan de la normativa del mercado interior:

- a) De una parte, la política de competencia, que regula tanto las conductas de los particulares que pueden distorsionar el normal funcionamiento de los mercados (concentraciones, abuso de posición dominante o prácticas colusorias), como determinadas actuaciones de los poderes públicos que pueden igualmente afectar al normal desenvolvimiento de la competencia, a través de las normas limitativas de las ayudas de estado.

2. Así se señala en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; “2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia fase 1: la planificación de la contratación pública”; 2020. Disponible en (última visita 22/02/2021) https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

3. Las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas. La Autoritat Catalana de la Competencia distingue, principalmente, las siguientes modalidades básicas:

- Ofertas de resguardo (Cover Bidding) también conocidas con el nombre de ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas. Se trata de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica y, por este motivo, se dificulta su detección. Estas ofertas son ofertas más elevadas u ofertas inaceptables.
- Eliminación de ofertas (Bid Supresión). En este caso, la estrategia que adoptan las empresas que intentan coludir consiste en el hecho que una o más de una de estas compañías acepten abstenerse, retirara o presentar una oferta conjunta.
- Asignación de mercados (Market Allocation). Los competidores, o bien, se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien, acuerdan asignarse carteras de clientes.
- Rotación de ofertas (Bid Rotation) Las empresas que coinciden en distintos procesos de licitación pueden decidir “repartirse” por turnos cuál de ellas será la ganadora pudiendo ser una rotación simple donde cada una de las empresas gana el mismo número de contratos o rotación según igualdad de ingresos o según dimensiones.

En términos similares se pronuncia la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía que basándose en la Guía de la OCDE “Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” identifica los siguientes comportamientos: Ofertas simbólicas, de cortesía, de cobertura o de resguardo; supresión de ofertas; rotación de ofertas y asignación o reparto del mercado.

4. Así lo señala la Autoridad Vasca de la Competencia en su “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”, 2018, pág. 45. Disponible en: (Última visita 1 /02/2021) https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf.

5. Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea sobre «Amenazas y obstáculos al mercado único» (2017/C 125/01) de 25 de enero de 2017. Disponible en: (Última visita 1/02/2021) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1244&from=ES>.

6. Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01) publicada DOUE núm. 91, de 18 de marzo de 2021. Referencia: DOUE-Z-2021-70028. Disponible en: (última visita 20/03/2021) <https://www.boe.es/doue/2021/091/Z00001-00028.pdf>.

- b) De otra parte, la política de contratación pública viene a completar la política de competencia, en la medida en que coadyuva – especialmente con las normas en materia de ayudas de estado- en evitar que a través de la contratación pública se pueda distorsionar la competencia o pueda ocultar actuaciones de los poderes públicos contrarias a las normas de prohibición por razón de la nacionalidad que fundamentan el mercado interior.

El razonamiento es muy sencillo. De la misma manera que un Estado miembro puede distorsionar la competencia a través de las ayudas de estado y ello fundamenta el establecimiento de un régimen especialmente riguroso de esa figura (que puede incluir no sólo subvenciones, sino también contratos o exenciones fiscales, entre otras medidas), se puede distorsionar igualmente la competencia favoreciendo a sus empresas a través de la contratación pública.

Consecuencia de ello, aunque las Directivas europeas en materia de contratación han fijado umbrales a partir de los cuales son de aplicación las mismas (umbrales a partir de los cuales estamos ante contratos sujetos a regulación armonizada), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que para contratos que estén por debajo de los referidos umbrales, siguen siendo de aplicación las normas referidas a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, que aplica a las libertades fundamentales que constituyen el mercado interior. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2006 (Comisión/Francia. C-264/03. 20-10-2005), el Tribunal de Justicia vino a establecer que pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (en este mismo sentido se habían pronunciado las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 47, así como el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 20).

En consecuencia, el mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, en especial de las normas sobre mercado interior. Paralelamente, en materia de ayudas de Estado, que las ayudas por debajo de un determinado importe (ayudas de minimis) se considere que no distorsionan la competencia, no implica que bajo esa figura se puedan amparar regímenes de ayuda que impliquen discriminaciones por razón de la nacionalidad u otras medidas contrarias a las normas del mercado interior.



Es por ello que las normas de competencia tienen una gran influencia en materia de contratación pública. En este sentido, sin pretensión de exhaustividad, podemos destacar las siguientes manifestaciones de esta afirmación:

- La generalización de procedimientos de adjudicación que promueven la libre competencia, en detrimento de procedimientos restrictivos. Con ello se favorece la competencia entre empresas y se favorece la participación de empresas de cualquier Estado de la UE en los procedimientos de licitación. Ello ha ocurrido con la eliminación en la Ley de contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2017 del tradicional procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.
- La diferenciación esencial entre criterios de selección del contratista y criterios de adjudicación, que vienen a suponer la prohibición de emplear la experiencia de las empresas como criterio para la adjudicación de los contratos. De esta forma se promueve que el órgano de contratación adjudique el contrato a la oferta que en mejores condiciones técnicas y económicas pueda ejecutar un contrato, en lugar de considerar como criterios de adjudicación otros elementos como la experiencia de los contratistas en ejecución de contratos similares, lo que podría suponer una barrera de entrada a nuevos competidores o incluso la concentración de la adjudicación de contratos similares en la misma empresa.

- La posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos a la empresa o la posibilidad de concurrir a un contrato en UTE.
- La prohibición de establecimiento de limitaciones injustificadas a la subcontratación.
- La posibilidad de rechazar a un licitador cuya oferta sea anormalmente baja, si no es capaz de demostrar que no ha recibido una ayuda de estado no compatible con el Derecho de la Unión Europea en un plazo razonable (art. 69.4 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE).

Dentro de estos estrechos vínculos entre contratación y competencia, se encuadra el artículo 150.1 LCSP que dispone: “Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

La remisión normativa efectuada al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, implica la necesidad de que la mesa o el órgano de contratación efectúen un análisis somero de si estamos o no ante una práctica colusoria. Recordando en primer lugar que serán nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que constituyan una conducta colusoria.

Si efectuamos un análisis somero de las exigencias para considerar que estamos ante una práctica colusoria, llegamos a que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Concertación; el concepto de concertación es amplio, al incluir tanto acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y otras prácticas concertadas. Si bien, en todos estos casos, se exige que participen de la concertación diferentes empresas.

En este punto, conviene recordar que, por inspiración del Derecho de la competencia europeo, en Derecho de la competencia se acude a un concepto funcional de empresa; lo que supone rechazar una concepción puramente formal.

En este sentido, la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1991, en el asunto C 41/90, Klaus Höfner y Fritz Elser c. Macroton GmbH., se define como “una entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial independientemente de su forma legal o del origen de su financiación”.

El concepto de empresa exige, por tanto, que se cumplan una serie de requisitos:

- Debe tratarse de un ente; si bien, si un individuo que desarrolla una actividad económica puede ser considerado como empresa a efectos de aplicación del Derecho Comunitario
- Actividad económica, entendida desde una concepción amplia.
- Que la actividad económica se lleve a cabo de forma autónoma, lo que a efectos de aplicar el Derecho de la Competencia, implica que se considere como una única empresa, a una empresa matriz y a la filial.

Al exigirse que en la práctica concertada se produzca la participación de varias empresas en el sentido funcional anteriormente expuesto, quedarán excluidas de la consideración de práctica concertada cuando la “conducta” tiene lugar exclusivamente entre empresas de un mismo grupo. En esos casos, estaremos ante una conducta unilateral y, en su caso, cabría enjuiciar si estamos ante un abuso de posición dominante, cuyas exigencias son diferentes, dado que debe partirse de que quien abusa tiene una posición dominante en un mercado relevante.

2. Restricción de la competencia; el art. 1.2 de la LDC enumera una serie de supuestos restrictivos de la competencia, considerando los efectos negativos que dichas prácticas pueden ocasionar a la economía o la competencia. En todo caso, se incluyen aquellas conductas cuyo objeto sea impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia (denominadas restricciones por el objeto); aunque la jurisprudencia europea permite que igualmente consideren las restricciones por efecto Sentencia TJCE de 30 de junio de 1996, Asunto Technique Minière. Es decir, aquellas que su objeto no es impedir, restringir o falsear la competencia, pero que producen un efecto análogo sin pretenderlo.

Los supuestos mencionados en la Ley, que como decimos, no tienen el carácter de *numerus clausus* serían los siguientes:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes “el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. De manera que cualquier actuación coordinada entre empresas competidoras en el ámbito contractual cuyo propósito sea “adulterar” el procedimiento de licitación pública merecerá la calificación de práctica colusoria.

- b. Por otro lado, los artículos 5 y 53.1.b) de la LDC, permiten que la CNC declare no aplicables los artículos 1 a 3 de la Ley, en el caso de que estemos ante conductas que atendiendo a su contexto jurídico y económico no sean aptas. Entendemos que en un contexto de contratación pública, si se produce una actuación concertada entre dos licitadores, la CNC no debería aplicar esta excepción.

Una vez efectuada la somera explicación sobre el concepto de práctica concertada, así como sus posibles excepciones en el marco de la normativa de defensa de la competencia, subrayamos la necesidad de que para que exista una práctica concertada deben intervenir, al menos, dos empresas autónomas. Dicho de otro modo, no hay conducta colusoria cuando la actuación se produce exclusivamente en el marco de empresas de un mismo grupo, dado que como se ha indicado el concepto de empresa es un concepto funcional y no formal. Por ello, nos consta que cuando la mesa o el órgano de contratación remiten a la CNMC a la luz del art. 150 LCSP un supuesto en que concurren dos empresas de un mismo grupo en que sus ofertas están claramente coordinadas, con propósito de obtener un beneficio indebido en la licitación, la CNMC ha venido considerando que no hay práctica colusoria. Sin embargo, la Comunicación de la Comisión sobre prácticas colusorias parece considerar como práctica colusoria tanto el supuesto en que la concertación se produce entre empresas del mismo grupo como en los casos en que se produce entre empresas que no pertenecen al mismo grupo. Por lo tanto, en materia de contratación, la presencia de empresas del mismo grupo no obsta a que se considere una práctica colusoria, lo cual introduce un matiz muy importante respecto al concepto de práctica colusoria que rige en Derecho de la competencia. Tal vez el Derecho de la competencia parte de que las empresas del mismo grupo no compiten entre sí y, sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, la presencia de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo debe admitirse siempre que verdaderamente estén compitiendo entre ellas, lo cual excluye cualquier tipo de concertación.

Sabido es que la normativa de contratos no impide que dos o más empresas de un mismo grupo concurren de forma independiente a una licitación. A pesar de que en contratación pública rige el principio de “oferta única”, dicho principio no se considera vulnerado por el hecho de que dos empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación. Si bien,

tal y como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2018 (as. C 531/2016), en la que parte de que no existe prohibición de presentación de diversas ofertas por parte de varias empresas de un mismo grupo. Si bien, añade que cuando un poder adjudicador tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos adjudicadores, está obligado a evaluar si dichas ofertas son efectivamente autónomas e independientes; para ello, podrá requerir toda la información que considere relevante a efectos de prueba. Si el poder adjudicador llega a la conclusión de que las ofertas están coordinadas o concertadas, con el propósito de obtener ventajas injustificadas respecto a los otros licitadores, procederá la exclusión de ambos licitadores.

A efectos de prueba de la coordinación o concertación prohibida, la Sentencia permite además de la prueba directa la denominada prueba por indicios (también denominadas “red flags” o banderas rojas), siendo necesario que se acumulen diversos indicios. Como es sabido, la prueba indiciaria también denominada prueba indirecta permite considerar acreditados determinados hechos sobre los que no existe una prueba directa, a partir de considerar probados otros hechos relacionados de los que cabalmente pueda deducirse la certeza de aquéllos. En general, para acudir a la prueba indiciaria se exige que se cumplan una serie de requisitos cumulativos:

- a. Que los hechos considerados “indicios” o red flags estén plenamente acreditados.
- b. Que los indicios sean plurales o excepcionalmente puede tratarse de un único indicio pero de singular potencia acreditativa.
- c. Que sean concomitantes al hecho que se pretende probar.
- d. Cuando sean varios indicios, debe existir una relación entre los indicios de manera que se refuercen entre sí.
- e. En cuanto a la inferencia, es necesario que sea razonable, desde la perspectiva de las reglas de la lógica y de la experiencia. En este sentido, los indicios deben operar como un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, como ha declarado el Tribunal Supremo (STS 1015/1995, entre otras)

Llegado el caso en que se considere que diversas ofertas están coordinadas o concertadas, podemos encontrarnos con diferentes situaciones:

- a. Si todas las empresas implicadas en la presentación de ofertas coordinadas no constituyen un grupo de empresa, procedería aplicar lo dispuesto en el art. 150.1 de la LCSP, cuando este procedimiento sumario esté regulado. Es

decir, la solución “ortodoxa” de la Ley es que se suspenda la licitación y se remita a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o al órgano competente autonómico, que deberá pronunciarse sobre si existe o no práctica colusoria, a través de un procedimiento sumarísimo que, por cierto, está pendiente de ser regulado reglamentariamente. Pero ¿cómo se puede abordar este asunto hasta el momento en que exista una regulación?

- b. Y, ¿qué sucede si las empresas implicadas forman parte de un grupo de empresas? Nos consta que en estos casos, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, devuelve el expediente al poder adjudicador indicando que no aprecia la existencia de práctica colusoria, en la medida en que la colusión implica la intervención de, al menos dos empresas, atendiendo al criterio funcional de empresa que considera como única empresa a dos entes de un mismo grupo empresarial. ¿Este criterio es aceptable en contratación pública?

Por ello, resulta fundamental el enfoque de los tribunales u órganos administrativos de recursos contractuales al afrontar estas cuestiones y que exponemos a continuación.

III. Doctrina de los tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales

Son numerosos los pronunciamientos de los distintos Tribunales y Órganos Administrativos de Recursos Contractuales (en adelante TARC) referidas a prácticas colusorias o fraudulentas de las empresas, si bien, con la advertencia previa de que no corresponde a los TARC analizar si pudiera o no existir una práctica anticompetitiva entre empresas pues su competencia no alcanza el conocimiento de las supuestas infracciones de la legislación de defensa de la competencia.

Su función es revisora de los actos dictados en materia contractual debiendo proceder a su anulación cuando estos vulneren las normas existentes en este ámbito, sin perjuicio, de su deber de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, cualesquiera hechos de los que

tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia, tal y como exige el art. 132.3 de la LCSP⁷. Los Tribunales puede apreciar cualquier incumplimiento de la normativa de contratación pública desde el punto de vista de la legislación y defensa de los principios de la contratación pública, en concreto, secreto de las proposiciones, libre competencia entre licitadores, igualdad entre los licitadores, transparencia y proposición única. Sin perjuicio de la posible existencia en este caso de una práctica proscrita por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de cuya apreciación los Tribunales carecen de competencia. Además, la resolución que dicte el TARC no ha de ser necesariamente posterior a la de la CNMC con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de ésta, pues su dilación podría ocasionar graves consecuencias en la satisfacción de los intereses que se pretenden cubrir con la contratación en curso y posible pérdida de recursos económicos. Por ello, nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta a la CNMC, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio non bis in ídem⁸. Sin embargo, y aunque las Directivas no exigen que el poder adjudicador busque el asesoramiento de la autoridad de competencia nacional antes de decidir si excluir o no a un operador económico de un procedimiento de adjudicación, si se consideraría aconsejable sobre todo para poderes adjudicadores más pequeños con recursos limitados contar con su asistencia y asesoramiento experto pues su evolución global del asunto ayudaría a justificar debidamente la decisión que adopten⁹.

Es común, en las distintas resoluciones dictadas, entender que las prácticas objeto de análisis suponen una violación del principio de proposición única recogido en el art.139.3 de la LCSP, según el cual, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 de la LCSP sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 del mismo texto legal, sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco se puede suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si se ha hecho individualmente o si figura en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

7. Así lo señaló el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (en adelante TARC Andalucía) en su Resolución nº 183/2018, de 14 de junio de 2018. Recurso nº 182/2018. Disponible en (última visita 07/12/2020).

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion_tarc/18/06/Resolucion183_18.pdf.

Y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en su Resolución nº 950/2015, de 16 de octubre del 2015. Recurso nº 1016/2015. Disponible en (última visita 08/12/2020).

[https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201016-2015%20\(Res%20950\)%2016-10-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201016-2015%20(Res%20950)%2016-10-2015.pdf).

8. Según señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante TACP Madrid) en su Resolución nº 74/2018, de 14 de marzo de 2018. Recursos nº 35 y 60/2018. Disponible en (última visita 08/12/2020).

<https://www.comunidad.madrid/tacp/resolucion/0742018>.

9. Así lo recomienda la Comisión en su Comunicación (2021/C 91/01), op.cit., págs. C 91/25 y C91/26.

Este principio de proposición única se debe aplicar a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas¹⁰ pues la pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permita la presentación concertada de varias empresas a una misma licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada, pues lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada.

Así, surge la duda de si una vez regulado el procedimiento sumario a que se refiere el artículo 150.1 LCSP, será posible excluir las ofertas por parte de la mesa de contratación. O si por el contrario, una vez regulado tal procedimiento debe entenderse que la mesa de contratación está obligada a suspender el procedimiento y remitir el asunto a la Comisión Nacional de la Competencia o, en su caso, a la autoridad autonómica correspondiente. A nuestro juicio, cuando las “ofertas concertadas” son presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas, no estamos ante una práctica colusoria, sino ante una vulneración del principio de proposición única; por lo tanto, no sería necesario proceder según lo dispuesto en el artículo 150.1 LCSP. Más dudas se plantean respecto al supuesto en que las “ofertas concertadas” son presentadas por empresas que no forman parte del mismo grupo de empresas. En este supuesto, cabría enfocar el asunto desde dos perspectivas:

- Una primera interpretación, en línea con la doctrina del TACRC, permitiría la exclusión de las empresas por infracción del principio de proposición única.
- En contra de ese criterio, cabría aducir que el tenor literal del artículo 150.1 LCSP, ha establecido una suerte de “prejudicialidad devolutiva” o, si se prefiere, un sometimiento a un informe vinculante de la autoridad de la competencia, que limita las potestades de apreciar el carácter colusorio por parte de la mesa de contratación para evitar decisiones administrativas contradictorias; algo que puede ocurrir si la mesa de contratación y la autoridad de competencia sostienen posturas diferentes acerca del carácter colusorio de la conducta revisada. Pero esa suerte de “prejudicialidad devolutiva”, ¿vincularía sólo al poder adjudicador o también al órgano competente para

resolver recursos contractuales? Por otro lado, insistimos en que de la Comunicación de la Comisión, se deduce que el concepto de conducta colusoria incluye prácticas de empresas del mismo grupo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho de la competencia. ¿Tiene sentido mantener esa suerte de “prejudicialidad devolutiva”?

La prohibición legal de que un mismo licitador presente más de una oferta tiene como finalidad¹¹ garantizar la igualdad de oportunidades y la competencia entre los licitadores, para conseguir que ningún licitador pueda obtener una ventaja sobre los demás por la vía formular más ofertas que otros e incrementar así las posibilidades de que se le adjudique el contrato y que se valore tan solo una oferta, la mejor que cada licitador pueda presentar. Y tiene como fundamento¹², por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que “liciten” contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública. En definitiva, con este principio se pretende garantizar el secreto de las proposiciones, la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé en el artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. Vemos que la Directiva hace un tratamiento conjunto de prácticas colusorias stricto sensu (desarrolladas por empresas no pertenecientes al mismo grupo) y prácticas que falsean la competencia desarrolladas por un mismo grupo de empresas. Lo cual, a nuestro juicio, puede servir para cuestionar si el enfoque del actual artículo 150.1 LCSP es el más adecuado.

En el momento en que exista el procedimiento sumario, que para garantizar el derecho de defensa, deberá prever la audiencia de las empresas afectadas, se deberá dilucidar si cuando la concertación afecte a empresas que no pertenezcan

10. Así lo señaló el TACRC en su Resolución n° 659/2019. Recurso n° 414/2019. Disponible en (última visita 08/01/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a/C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20\(res%20659\)%2020-06-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a/C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20(res%20659)%2020-06-2019.pdf).

11. Así lo señala el TACP Madrid en su Resolución n° 3/2012, de 18 de enero de 2012. Recurso n° 108/2011. Disponible en (última visita 08/02/2021).

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content-Disposition&blobheadvalue1=filename%3DResoluci%C3%B3n+3-2012.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1310850758256&ssbinary=true>

12. Según señala el TACP Madrid en su Resolución n° 381/2018, de 5 de diciembre de 2018. Recurso n° 377/2018 que reproduce el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Disponible en (última visita 08/02/2021).

<https://www.comunidad.madrid/tacp/sites/default/files/resolucion-381-2018.pdf>

al mismo grupo, es imprescindible o no remitir el asunto a la autoridad nacional de la competencia. Si bien, a nuestro juicio, la remisión a la autoridad nacional de la competencia y sometimiento a la decisión de ésta, plantea problemas en la medida en que, si atendemos a la literalidad del artículo 150.1 LCSP, muy dudosamente un órgano administrativo competente para resolver recursos contractuales podría entrar a enjuiciar la adecuación a Derecho de la decisión basada en la normativa de Derecho de la competencia adoptada en el marco del procedimiento sumarísimo. ¿Dirían los TARC de recursos contractuales que la Comisión Nacional de la Competencia u órgano autonómico equivalente ha errado al calificar una conducta como colusoria?

Probablemente no; pero si entendemos que se está limitando la posibilidad de quien debe resolver un recurso especial en materia de contratación para cuestionar la decisión adoptada por la autoridad de competencia, ¿no estaríamos limitando el efecto útil de la directiva de recursos en la medida en que se excluye de la decisión de un recurso en materia de contratación de una cuestión regulada en la Directiva por haber establecido que la decisión corresponda a la autoridad competente en materia de competencia?

En todo caso, volviendo al enfoque del Derecho Europeo, conviene destacar que el TJUE¹³ ha señalado que no es conforme a derecho comunitario que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas. Ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación¹⁴. El criterio¹⁵ para determinar el respeto de la prohibición de presentación de ofertas simultáneas es la existencia de concertación con ánimo de falsear el resultado del procedimiento, de manera que, en principio, no vulnera dicha prohibición el hecho de participar en una licitación dos personas jurídicas diferentes, a pesar de

la existencia de relaciones entre ambas. Sean o no empresas vinculadas, el Tribunal de Justicia plantea una suerte de solución basada en la clásica teoría del fraude de Ley. Es decir, es posible que dos empresas del mismo grupo presenten dos ofertas en el mismo procedimiento de contratación; lo que no se permite es que esa norma se emplee por las referidas empresas con la finalidad de adulterar el procedimiento de licitación en su provecho.

Así pues, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte del poder adjudicador, a fin de determinar si la conducta de las empresas (sean o no del mismo grupo) ha pretendido adulterar la licitación. Es evidente que la pertenencia al mismo grupo de empresas constituye en sí mismo un indicio de la relación existente entre dos entidades, pero la ausencia de relaciones no impide que se aprecie esa finalidad de adulterar el procedimiento de licitación. La constatación de tal “concertación”, sin importar su forma, es suficiente para que dichas empresas puedan ser excluidas del procedimiento de adjudicación¹⁶. En todo caso, procede un análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, se deberá analizar caso por caso y en profundidad la vinculación existente entre las empresas del grupo que participan en el mismo procedimiento, al objeto de detectar si se trata en realidad de varias proposiciones de un mismo licitador. En todo caso, será fundamental que exista un trámite de audiencia, solicitando información suplementaria¹⁷ de esos licitadores, con el fin de determinar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes. Efectivamente, de acuerdo con el 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, y recogido expresamente para el supuesto de indicios de prácticas colusorias en el artículo 69.2 de la LCSP para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esas conductas tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas¹⁸. Los

13. Asunto C-144/17 - Lloyd's of London. Disponible en (última vista 10/01/2021).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=99D2004AF6879855D82B2F5857251F8E?text=&docid=199201&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1993330>.

14. Resolución nº 659/2019, de 20 de junio del TACRC. Recurso nº 414/2019. Disponible en (última visita 03/02/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20\(res%20659\)%2020-06-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20(res%20659)%2020-06-2019.pdf).

15. Según el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). Disponible en (última visita 01/03/2021). <https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/cercador-informes-jcca#/detail?id=7296>

16. STJUE (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2009. Asunto C-538/07. Assitur Srl. ECLI: EU: C: 2009:317. Disponible en (última visita 01/03/2021).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B6B7FC8C7305FE8E4DAF4F780808985?text=&docid=78514&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6900086>.

17. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 17 de mayo de 2018. Asunto C-531/16. Disponible en (última visita 01/03/2021).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0531&qid=1614945698927&from=ES>.

18. Resolución del TACRC nº 60/2021, de 22 de enero. Recurso nº 1178 y 1183/2020 C.A. Región de Murcia 85 y 87/2020 Disponible en (última visita 01/03/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202021/recursos%201178%20y%201183-2020%20mu%2085%20y%2086-2020%20\(res%2060\)%2022-01-2021.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202021/recursos%201178%20y%201183-2020%20mu%2085%20y%2086-2020%20(res%2060)%2022-01-2021.pdf).

licitadores sospechosos de haber coludido en el marco de un procedimiento de adjudicación tienen derecho, en virtud del Derecho de la Unión, a poner en conocimiento argumentos que les mantengan en el procedimiento. Esto incluye pruebas de que han adoptado medidas para restablecer su fiabilidad (en caso de haber sido excluidos de un procedimiento anterior o declarados culpables de colusión por una autoridad nacional de competencia) o de que su participación en el procedimiento no pone en riesgo la auténtica competencia necesaria¹⁹.

Los TARC admiten²⁰ la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” en los casos en los que pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla, para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito fraudulento. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador. La aplicación de esta doctrina está basada en principios tan fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico como son la equidad en la aplicación de las normas jurídicas (artículo 3.2 CC), la regla de la buena fe en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC), la prohibición del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2 CC) o, en fin, la negación de los efectos al fraude de ley (artículo 6.4 CC).

Por tanto, el dato decisivo, al que ha de atenderse es si las empresas actúan o no en la realidad de manera independiente. Para determinarlo²¹, el órgano de contratación, y, en su caso,

los TARC podrán servirse de multitud de criterios tales como: “las circunstancias de su constitución, el parentesco entre quienes desempeñan los cargos de administración social o el domicilio de las compañías (STSJ Cataluña 20 de marzo de 2002), la titularidad del capital social (STSJ Valencia 10 de noviembre de 2001 y STSJ Castilla y León, Sala Valladolid, 15 de julio de 2003), la coincidencia del objeto social y la actividad a la que se dedican (STSJ Canarias, Sala Las Palmas, 23 de diciembre de 2009) pero siempre teniendo en cuenta que el solo cumplimiento de las condiciones del artículo 42 del Código de Comercio, que delimita el concepto de grupo empresarial, no permite el recurso a la doctrina del levantamiento del velo.”

En el nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, pueden aportarse no solo pruebas directas, sino también indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (véase, por analogía, la Sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU: C: 2016:42, apartado 37) sin que sea necesario la existencia de una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo²². Así, los elementos²³ que permiten apreciar la existencia de prácticas colusorias serían: que actúan en la licitación con la misma representante y actuante o con personas que tienen los mismos datos de contacto; la existencia de una misma estructura del documento de oferta, de páginas, del tipo de letra, con múltiples párrafos con textos de explicación idéntico; la existencia de los mismos errores en la documentación; la firma por la misma persona física; la existencia de una misma sede; mismo teléfono fijo, móvil y fax; la misma fecha de presentación de proposición o el

19. Así lo señala la Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01), op.cit., pág. C 91/27.

20. Entre otras:

- Resolución del TACRC nº 211/2019, de 8 de marzo. Recurso nº 52/2019 C.A. de la Región de Murcia 9/2019. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200052-2019%20mu%209-209%20\(res%20211\)%2008-03-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200052-2019%20mu%209-209%20(res%20211)%2008-03-2019.pdf).
- Resolución del TACRC nº 1278/2019, de 11 de noviembre. Recurso nº 1068/2019 C.A. Región de Murcia 83/2019. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%201068-2019%20mu%2083-2019%20\(res%201278\)%2011-11-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%201068-2019%20mu%2083-2019%20(res%201278)%2011-11-2019.pdf).
- Resolución del TACRC nº 548/2020, de 17 de abril. Recurso nº 253 y 254/2020 C.A. C. A del Principado de Asturias 19 y 20/2020. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202020/recursos%200253%20y%200254-2020%20ast%2019%20y%2020-2020%20\(res%20548\)%2017-04-2020.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202020/recursos%200253%20y%200254-2020%20ast%2019%20y%2020-2020%20(res%20548)%2017-04-2020.pdf).

21. Así lo señalan las Resoluciones del TACRC nos 572/2014, de 24 de julio y 950/2015, de 16 de octubre. Disponibles en (última visita 12/02/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202014/recurso%200516-2014%20val%20071-2014%20\(res%20572\)%2024-07-2014.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202014/recurso%200516-2014%20val%20071-2014%20(res%20572)%2024-07-2014.pdf). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201016-2015%20\(res%20950\)%2016-10-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201016-2015%20(res%20950)%2016-10-2015.pdf).

22. TACRC (nº 60/2021, de 22 de enero), op. cit., pág. 21.

23. Ver la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante TAC Gal) nº 28/2018, de 15 de julio. Recurso nº 34/2018. Disponible en (última visita 14/02/2021) <https://tacgal.xunta.gal/sixtacweb/resolucions/?contenido=28/2018&locale=es&page=9>

TACRC (nº 1278/2019, de 11 de noviembre), op.cit., pág.14.

TACRC (nº 548/2020, de 17 de abril), op.cit., pág.2

TACP Madrid (nº 74/2018, de 14 de marzo), op. cit., págs. 9 y 10.

Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01) op.cit., pág. C/25.9.

mismo día con minutos de diferencia y, finalmente, ofertas que estén muy por debajo de los criterios mínimos exigidos en los documentos de licitación, estén muy incompletas o procedan de un operador que claramente no es apto para ejecutar el contrato. También, indicios tales como las proposiciones enviadas desde el mismo fax o desde la misma oficina de correos²⁴ cuando sólo una de las empresas tiene en esa localidad su sede, han permitido concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación.

IV. Conclusiones

La normativa europea en materia de contratación pública permite a los poderes adjudicadores que pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando "tenga indicios bastante plausibles²⁵ de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia".

Consideramos que la transposición de la referida Directiva en el Derecho interno genera cierta confusión, cuando el artículo 150.1 LCSP hace referencia a conductas colusorias según la normativa de competencia, dado que en el caso de "ofertas concertadas" presentadas entre empresas del mismo grupo propiamente no estamos ante una práctica colusoria, aunque es evidente que normativa y jurisprudencia europea prevén como consecuencia para tales supuestos la exclusión de las empresas que hayan incurrido en la referida concertación.

La doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, en línea con el contenido de la directiva interpretado según la Comunicación de la Comisión sobre prácticas colusorias en materia de contratación pública, parece abogar por permitir la exclusión de las empresas en virtud de la vulneración del principio de proposición única, tanto en los casos en que las empresas que incurren en la concertación son del mismo grupo como cuando no pertenecen al mismo



24. Resolución del TAC Gal nº 12/2019, de 16 de enero. Recurso nº 3 y 5/2019 (acumulados) Disponible en (última visita 14/02/2021). <https://tacgal.xunta.gal/sixtacweb/resoluciones/>.

25. La Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01) dedica el apartado 5.4 a la Noción de «indicios suficientemente plausibles»: hechos que pueden considerarse indicios, qué constituye un «indicio» en lugar de una «prueba» y cómo tratar a los solicitantes de clemencia, pág. C.91/14.

grupo de empresas. Si bien, es una doctrina que se ha gestado sin que se haya desarrollado el procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1 LCSP. Queda por ver si, en caso de que dicho procedimiento se regule, la doctrina de los referidos Tribunales va a variar o no.

A nuestro juicio, sería conveniente que se regule esta cuestión en línea con la Directiva europea, permitiendo al poder adjudicador excluir a los licitadores cuando se constate la voluntad de adulterar el procedimiento de licitación con independencia de que provenga de la adulteración se haya perpetrado por empresas que pertenezcan o no al mismo grupo de empresas. De esta forma se evitan posibles limitaciones contrarias a la directiva de recursos en caso de que se entienda que el órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación no pueda cuestionar la decisión adoptada por la autoridad de la competencia. Todo ello sin perjuicio de considerar muy adecuada la posibilidad de facultativamente solicitar su asesoramiento y asistencia especializada sobre cómo abordar el asunto pues ayudaría al poder adjudicador a justificar debidamente las decisiones adoptadas y de este modo reduciría considerablemente el riesgo de que prosperara una impugnación de la decisión final.

Por tanto, la existencia de conductas colusorias en el procedimiento de contratación pública que resulten de claros indicios fundados basados en una coordinación de comportamientos determina que esa conducta sea irregular e

inaceptable y justifican la exclusión de las ofertas presentadas aplicando la doctrina del levantamiento del velo y previo trámite de audiencia al mismo. Pues bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única. Esta posibilidad de excluir a los licitadores por parte del poder adjudicador debería reconocerse sin necesidad de que exista una intervención previa de la autoridad de la competencia, aunque resulte conveniente su asesoramiento, y sin perjuicio de que subsista la obligación de remitir a esta autoridad el asunto para que se valore la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador.

V. Bibliografía

- **Agencia de Defensa de La Competencia de Andalucía;** “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza.” Diciembre 2010. Disponible en:
http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Recomendaciones_ContratacionPublica.pdf.
- **Albors Llorens, A.;** “EC Competition Law and Policy” Cambridge University Press. 2002. ISBN I-903240-74-3.



- **Autoridad Catalana de la Competencia;** “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública” 2010. Disponible en:
http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco_documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf.
- **Autoridad Vasca de la Competencia;** “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”, 2018. Disponible en:
https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf.
- **Comisión Europa;** “Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo” (2021/C 91/01) publicada DOUE núm. 91, de 18 de marzo de 2021. Referencia: DOUE-Z-2021-70028.
Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2021/091/Z00001-00028.pdf>.
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “Guía sobre contratación pública y competencia”, 2011. Disponible en:
<https://www.cnmc.es/expedientes/g-2009-02>
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “E/CNMC/004/18. Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España”, 2019. Disponible en:
https://www.cnmc.es/sites/default/files/2314114_6.pdf
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública”, 2020. Disponible en:
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf
- **Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF);** “Fraud in Public Procurement – A collection of red flags and best practices” (El fraude en la contratación pública: recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas), de 20 de diciembre de 2017, Ref.: Ares (2017) 6254403, de 20/12/2017. Disponible en:
https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf
- **Ortiz Blanco, L.;** “Manual de derecho de la competencia”, Technos, D.L, Madrid 2008. ISBN 978-84-309-4809-3.
- **Pérez de Las Heras, B.;** “El mercado interior europeo”, Universidad de Deusto, Barcelona 2008. ISBN. 978- 84-9830-169-4.





El enriquecimiento sin causa en la Ley de Finanzas de Cantabria: un análisis crítico

Alfonso Luis Blanco Higuera

Asesor Jurídico. Gobierno de Cantabria. Profesor Asociado de Seguridad Social.
Universidad de Cantabria

Resumen: El presente estudio plantea un enfoque crítico de un polémico precepto introducido en la Ley de Finanzas de Cantabria, única norma autonómica en la materia que lo recoge expresamente, que parece generalizar la figura civil del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones asumidas por la Administración, analizando su arquitectura y poniendo de relieve que dicho precepto parece buscar la complicidad escalonada de hasta cinco centros de imputación implicados en la tramitación del correspondiente expediente a fin de diluir eventuales responsabilidades derivadas de la inaplicación pura y simple de la normativa contractual, convencional y presupuestaria, en una suerte de atajo jurídico presuntamente bañado en una excepcionalidad que, en realidad, corre el riesgo de trocarse en normalidad en la gestión del gasto público.

Palabras Clave: Buena fe, cuasi contrato, enriquecimiento sin causa, obligación no convencional.

Abstract: The present study raises a critical approach to a controversial precept introduced in the Cantabrian Finance Law, the only autonomous regulation on the matter that expressly includes it, which seems to generalize the civil figure of enrichment without cause or unjust enrichment as a source of the obligations assumed by the Administration, analyzing its architecture and highlighting that said precept seems to seek the staggered complicity of up to five imputation centers involved in the processing of the corresponding file in order to dilute possible responsibilities derived from the pure and simple non-application of the contractual regulations, conventional and budgetary, in a kind of legal shortcut allegedly bathed in an exceptionality that, in reality, runs the risk of becoming normality in the management of public spending.

Keywords: Good faith, quasi-contract, unjust enrichment, unconventional obligation.

1. El planteamiento: el nuevo artículo 21.bis de la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria

El artículo 17. Uno de la Ley de Cantabria 12/2020, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas¹, ha introducido un nuevo artículo 21.bis en la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria, el cual –bajo la rúbrica de «Obligaciones derivadas de supuestos de enriquecimiento injusto de la Administración»– regula, como excepción a la regla general de los supuestos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones contenida en el artículo 21.1 de dicha Ley², un curioso expediente de reconocimiento de obligaciones para para «el caso de que se haya producido una actuación de un tercero sin título jurídico que le dé cobertura, que haya dado lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración, y no exista un cauce legal para proceder al pago».

Lo primero que llama la atención de este nuevo artículo, cuyo estudio se irá desglosando, es su justificación en el Preámbulo de la citada Ley de Cantabria 12/2020, de 28 de diciembre, acudiendo a motivos de excepcionalidad y de evitar pleitos jurisdiccionales que culminen en la más que probable condena a la Administración al abono de la prestación recibida más las correspondientes costas e intereses. Esta motivación merece de principio ser objeto de una seria censura, pues no es de recibo –entiéndase que en términos estrictamente jurídicos– generalizar y consagrar, positiviéndolas legalmente, unas actuaciones a priori excepcionales que podrían evitarse en la mayor parte de los casos aplicando otras medidas ajustadas al ordenamiento e igualmente ágiles, como la contratación menor o –si ese fuera el caso– la contratación de emergencia.

Llama también poderosamente la atención que la arquitectura de la tramitación del correspondiente expediente se convierte en una suerte de complicidad escalonada o «en cadena», donde intervienen –por este orden– los siguientes centros de imputación, a saber: órgano que promovió la actuación, Asesoría Jurídica de la correspondiente Consejería u Organismo, Intervención Delegada, titular de la Consejería afectada y Consejo de Gobierno. Pues bien: ya se puede adelantar que el segundo eslabón de la cadena, la correspondiente Asesoría Jurídica, llevará todo el peso del expediente, pues es quién verdaderamente –además del órgano que promovió el gasto–

debe pronunciarse sobre si concurre o no un enriquecimiento sin causa de la Administración –y también, cabría añadir, si en aquel concurren los elementos suficientes para poder generar una obligación no convencional para la Administración– pues, como se expondrá a continuación, el papel de los restantes actores en el procedimiento será testimonial o meramente formal.

Por último, lo que sin embargo no llama excesivamente la atención es que esta figura del enriquecimiento sin causa como fuente no convencional de obligaciones no viene regulada expresamente en ninguna de las restantes dieciséis normas legales autonómicas consultadas, y ello no sorprende porque la figura a analizar ha de ser algo excepcional en el devenir de la gestión del gasto público, y –por tanto– extramuros de lo que ha de ser una eficiente gestión financiera ajustada a Derecho.

2. La naturaleza del expediente de reconocimiento de la obligación por enriquecimiento sin causa: un «salvavidas» frente al reparo suspensivo de la intervención

El expediente estudiado es similar, aunque no igual, al expediente de subsanación o convalidación de un gasto cuando se ha omitido la preceptiva fiscalización previa referido en el artículo 148 de la Ley de Finanzas de Cantabria³, habiendo de emitirse por el órgano de control actuante un informe –que no tiene la consideración de fiscalización previa, pues se prohíbe intervenir de conformidad las actuaciones⁴– que ha de recoger los extremos previstos en el citado artículo, cuales son las infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran puesto de manifiesto de haber sometido el expediente a fiscalización previa en el momento oportuno, las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto, la procedencia de la revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento y la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Consejería elevar el expediente –previo Informe de la Intervención General– al Consejo de Gobierno, sin que aparezcan aquí ni el órgano promotor de la actuación controvertida ni la correspondiente Asesoría Jurídica.

1. «Boletín Oficial de Cantabria» Extraordinario núm.122, de 30 de diciembre de 2020.

2. El artículo 21.1 de la Ley de Finanzas de Cantabria (Exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones) establece lo siguiente: «1. Las obligaciones de la Hacienda Pública autonómica sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución del Presupuesto, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas».

3. Trasunto del artículo 157 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

4. VALERO ESCRIBANO (2015: 171 y 172).

Por ello, y de una interpretación sistemática de la literalidad de los artículos 21.bis y 148 de la Ley de Finanzas de Cantabria –en relación con su artículo 146– se concluye que el expediente de reconocimiento de obligación por enriquecimiento injusto habrá de traer su causa, no en la omisión de la preceptiva fiscalización previa (en cuyo caso, se reitera, se aplicaría el expediente referido en el artículo 148), sino en un reparo suspensivo ex artículo 146 de dicha Ley y, más concretamente, un reparo suspensivo fundado en las causas c), d) o e) de su apartado 2⁵, a modo de «salvavidas» de un reparo frente al que sería prácticamente imposible que prosperara una discrepancia planteada al amparo del artículo 147 de la Ley.

3. El predecible pronunciamiento del titular del órgano o unidad que promovió la actuación del tercero sin título jurídico: la vis atractiva del principio «venire contra factum proprium non valet»

El primer eslabón de la cadena de adhesiones al expediente de enriquecimiento sin causa, según la letra A) del apartado 1 del nuevo artículo 21.bis de la Ley de Finanzas de Cantabria, es el titular del órgano o responsable de la unidad que promovió la realización de la actuación del tercero sin el pertinente título jurídico, quien habrá de emitir un informe motivado –al que se acompañará una relación de las facturas debidamente conformadas– que deberá versar, al menos, sobre los siguientes extremos:

1. La necesidad de la actuación realizada para la Administración, y su idoneidad para el fin perseguido.
2. Las causas por las que no se siguió el procedimiento legalmente establecido para dar adecuada cobertura jurídica a la actuación del tercero.
3. Los criterios por los cuáles se seleccionó al tercero para llevar a cabo la actuación.
4. Que la actuación llevada a cabo por el tercero ha generado un beneficio o enriquecimiento injusto para la Administración, y que no existe título jurídico que permita el pago.



5. El valor de la actividad llevada a cabo por el tercero, en el momento de su puesta a disposición a favor de la Administración, atendiendo a precios de mercado.

Centrándonos en los tres primeros puntos a motivar en el Informe, se puede afirmar que la praxis administrativa –puesta de manifiesto en una relativamente reciente Recomendación General de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, de lectura más que recomendable– impulsará inercialmente a la persona titular del órgano en cuestión a fundar su actuación en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público, lo cual viene siendo una constante de los acuerdos contrarios a los reparos de las Intervenciones en este asunto⁶, «*garantía del servicio público*» que se asumirá como un mantra para tratar de colorear actuaciones irregulares en el ámbito de la contratación, tales como la contratación verbal (facturas sin contrato que las soporte), concatenación de contratos menores, modificaciones de contratos sin procedimiento de aprobación, recurso al procedimiento negociado sin publicidad fuera de las excepciones tasadas por Ley,

5. Es decir: c) Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa del reconocimiento de la obligación o no se acredite suficientemente el derecho de su perceptor; d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios; e) Cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, o cuando la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos a la Tesorería o a un tercero.

6. Agencia de Prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana (2020: 19).

7. Agencia de Prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana (2020: 35); vid. también, en parecido sentido: PRADA RODRÍGUEZ y HERRERO GONZÁLEZ (2015: 121 y 122); VALERO ESCRIBANO (2015: 152).

8. SÁNCHEZ MORÓN (2002: 228 y 229).

formalizar un convenio cuyo objeto sea una prestación contractual, formalizar un encargo a medio propio sin cumplir los requisitos previstos en la legislación contractual o prorrogar injustificadamente la duración de los contratos⁷.

En cuanto a la motivación del cuarto punto del informe – esto es, que la actuación llevada a cabo por el tercero ha generado un beneficio o enriquecimiento injusto para la Administración, y que no existe título jurídico que permita el pago– señalar que dicha motivación viene de suyo impuesta de antemano por el juego del artículo comentado con el principio de *«venire contra factum proprium non valet»*, que supone que no es lícito que un sujeto de Derecho –en este caso, la persona responsable del órgano o unidad que generó la actuación administrativa controvertida– adopte unilateralmente decisiones incompatibles con la conducta que ha mantenido con anterioridad en sus relaciones con otro (en este supuesto, el acreedor del producto o servicio prestado) y con la que ha generado una situación jurídica de algún modo favorable a éste⁸.



En tal sentido, recordar que la doctrina es unánime al señalar que, cuando se trata de actos propios de la Administración, la misma queda vinculada sin perjuicio de que sea distinta la persona o personas que adoptaron las conductas previas y las posteriores contradictorias, sobre todo si se parte de la premisa de la personalidad jurídica única de cada Administración, a la que se imputan sus actos como a un todo, y ello porque los actos de un órgano administrativo son jurídicamente imputables al sujeto colectivo «Administración», de modo que las declaraciones de voluntad emitidas por cualquiera de sus órganos – en este caso, el órgano o unidad que realizó la actuación generadora de la obligación a convalidar– tienen el carácter de «actos propios» de la Administración y, en cierto modo, son también «actos propios» de los restantes órganos del mismo sujeto colectivo porque las relaciones entre los órganos administrativos son meramente internas al no ser relaciones jurídicas stricto sensu, ya que les falta la nota de alteridad esencial a toda relación jurídica, de modo que al no existir el alter, el otro, todo se atribuye a un mismo sujeto⁹.

4. Los restantes «eslabones» secundarios en la «cadena de complicidades»: el inductor, el propulsor y el decisor

Toca abordar ahora el papel meramente secundario o de comparsa de los eslabones tercero, cuarto y quinto en la cadena de adhesiones del expediente analizado, y se dice *secundario* porque –como ya se anticipó y se reiterará más adelante– el protagonismo en el fondo de la cuestión le ha sido asignado por el precepto comentado al segundo eslabón, esto es, a la Asesoría Jurídica.

Y, así, el tercer eslabón de la cadena se asigna por la letra C) del apartado 1 del artículo 21.bis de la Ley de Finanzas de Cantabria a la correspondiente Intervención Delegada, la cual habrá de emitir un Informe –que se pondrá en conocimiento de la Intervención General, y que no tiene ni puede tener carácter de fiscalización previa– que se pronunciará sobre los siguientes extremos: a) El cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados A) y B), esto es, que consta el Informe motivado del titular del órgano o responsable de la unidad que promovió la realización de la actuación del tercero sin el pertinente título jurídico, así como el Informe de la Asesoría Jurídica sobre si concurre o no la figura del enriquecimiento sin causa; b) La existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes. Nótese que el papel secundario

7. Agencia de Prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana (2020: 35); vid. también, en parecido sentido: PRADA RODRÍGUEZ y HERRERO GONZÁLEZ (2015: 121 y 122); VALERO ESCRIBANO (2015: 152).

8. SÁNCHEZ MORÓN (2002: 228 y 229).

9. LÓPEZ RODÓ (1952: 14); SÁNCHEZ MORÓN (2002: 236).

que el precepto atribuye a este tercer eslabón, que ni siquiera ha de pronunciarse sobre si concurre o no enriquecimiento injusto, es el de *inductor* de la tramitación del expediente de enriquecimiento sin causa, que ha de iniciarse —se recuerda— previo reparo suspensivo al correspondiente expediente de gasto, reparo que *orientará* al órgano gestor a iniciar aquel.

El cuarto eslabón de la cadena será la persona titular de la Consejería a la que pertenezca el órgano o a la que esté adscrito el organismo autónomo que promovió la realización de la actuación del tercero, a quién el apartado 2 del precepto estudiado atribuye el papel de acordar, en su caso, el sometimiento del asunto al Consejo de Gobierno para que resuelva sobre la procedencia del reconocimiento de la obligación de indemnizar por existencia de un enriquecimiento injusto de la Administración. Es por ello que el papel de este eslabón sea el de mero propulsor del expediente para su elevación, si fuera el caso, al quinto y último eslabón de la cadena de complicidades, atribuido por el apartado 3 del precepto examinado al Consejo de Gobierno, que será el que adopte el correspondiente acuerdo, limitándose su rol al de mero eslabón decisor del expediente a la vista de los tres Informes —del órgano de gestión, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Delegada— y de la propuesta de la persona titular de la Consejería afectada.

5. El papel protagonista del «eslabón» más débil en la «cadena de complicidades»: el pronunciamiento de la asesoría jurídica alumbrado por el principio de buena fe

Desgranados los papeles secundarios del órgano del gestor del gasto, que vendrá predeterminado —como se dijo— por el juego de la letra A) del apartado 1 del artículo 21.bis de la Ley de Finanzas de Cantabria con el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, de la Intervención General —auténtica inductora del expediente estudiado— de la persona titular de la correspondiente Consejería (con su papel de *propulsión o impulsión* del expediente) y del Consejo de Gobierno, con su decisión predeterminada por el ensamblaje de los diferentes eslabones de la cadena de complicidades, sólo queda fijarse en el papel estelar asignado por el precepto comentado a la correspondiente Asesoría Jurídica en la letra B) de su apartado 1, conforme al cual la Asesoría Jurídica

de la Consejería a la que pertenezca el órgano o a la que esté adscrito el organismo autónomo que promovió la realización de la actuación del tercero, emitirá Informe que se pronunciará sobre si concurre el supuesto de hecho de enriquecimiento injusto de la Administración, o —lo que es lo mismo— el peso de apreciar tal concurrencia recaerá en dicha Asesoría, *eslabón* éste que podría romper la *cadena de adhesiones* si su Informe contradijese el emitido en primer lugar por el órgano de gestión.

Si bien no corresponde abordar ahora en profundidad la figura civil del enriquecimiento sin causa, tanto por razones de espacio como por tratarse de una figura cuyo estudio comparativo con la responsabilidad patrimonial ya se abordó en esta publicación¹⁰, no estaría de más recordar (como ya se dijo en dicho estudio, al cual nos remitimos *in totum*) que el cuasi contrato —institución que reviste y cubre la del enriquecimiento sin causa— se perfiló desde siempre como una fuente no convencional de la obligación, que nacería de un hecho *lícito, voluntario y unilateral* de quien lo ejecuta —remarcamos estos tres caracteres, pues ninguno de ellos concurrirá como regla en el expediente examinado— a modo de una especie de consentimiento tácito que generaría una obligación, considerando expresamente el Código Civil como cuasi contratos la gestión del negocio ajeno y el cobro de lo indebido¹¹, cuasi contrato cuya ejecución produciría un empobrecimiento de la persona que gestiona o entrega indebidamente —el proveedor del producto o servicio a la Administración— y un correlativo enriquecimiento de la persona titular del negocio o que recibe lo que no tenía derecho a recibir (la Administración), ligándose los posibles efectos de la figura cuasi contractual con el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, el cual supone el lucro de uno a costa de otro sin causa ni relación jurídica que lo justifique (esto es, sin convenio, contrato ni cualquier otro título jurídico), a lo cual se opondría el Derecho y la equidad, teniendo por ello a su favor la persona empobrecida una acción de restitución¹².

Como ya se expuso en el citado estudio, este esquema civil de la prohibición del enriquecimiento sin causa y del cuasi contrato ha sido trasladado por la jurisprudencia al campo propio del Derecho Administrativo como principio general aplicable al mismo¹³, y —más concretamente— al campo de la contratación administrativa, anudando el enriquecimiento

10. «Obligación no convencional y gasto público: un binomio inadecuado». *Auditoría Pública* núm. 65 (2015: 99-106).

11. GARCÍA GOYENA (1852: 241 a 243); MANRESA Y NAVARRO (1907: 538 a 540). La figura de los cuasi contratos, como fuentes no convencionales de las obligaciones, se regula en los artículos 1887 a 1901 del Código Civil. Señala el artículo 1887 lo siguiente: «*Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados*».

12. REBOLLO PUIG (2006: 8 y 13).

13. COSCULLUELA MONTANER (1977: 190). La prohibición del enriquecimiento sin causa sería, conforme ha declarado la jurisprudencia, un Principio General del Derecho aplicable también al ordenamiento administrativo, en supuestos —entre otros— de intromisión administrativa indebida en bien ajeno (por accesión, consumo de cosa ajena o afectación a non domino de bien ajeno al servicio público), así como de inversión realizada por el sujeto empobrecido (bienes, trabajo o desembolso pecuniario) en provecho de la Administración o por realización de gastos que incrementen el valor de un bien de aquella; REBOLLO PUIG (2006: 8 y 14 a 17).

sin causa a los supuestos de realización por un contratista, por orden expresa o por mera aquiescencia o pasividad de la Administración, de prestaciones que excedían de las contratadas, así como a los supuestos de contrato inexistente o nulo, echando mano el juzgador en este caso de la figura del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos¹⁴.

Con todo ello, nuestra jurisprudencia –más preocupada en estos casos de llegar a un resultado concreto que de guardar los contornos y esencia de la figura que nos ocupa– habría *olvidado* que la gestión de negocio ajeno generaría obligaciones recíprocas entre el gestor–contratista y la Administración, no cabiendo restitución por ésta cuando hubiera ilicitud en la conducta de aquel o hubiera conocido y asumido el riesgo de su actuación en un contrato inexistente o nulo, pues no puede otra cosa que dudarse de la buena fe de ambas partes en tal situación¹⁵, máxime cuando, a buen seguro, el proveedor o suministrador busca con su actuación más su propio provecho que el de la Administración, situación ésta en la cual podría hablarse de una concurrencia de culpas entre ambas partes.

Y es ahí precisamente, en la concurrencia o no de la buena fe en la conducta del proveedor o suministrador –principio de buena fe que ha terminado con el tiempo por convertirse en el fundamento de todas las obligaciones no formales, no regladas o discrecionales¹⁶– donde radicaría el núcleo central de la cuestión a dilucidar en el Informe de la Asesoría Jurídica, habida cuenta que uno de los requisitos para que prospere la vía resarcitoria del enriquecimiento injusto es la buena fe de quién ejecute el encargo de la Administración¹⁷, residiendo la cuestión –por tanto– en saber si la Administración está vinculada por sus actos propios que han generado una situación de confianza cuando esos actos o el respeto a sus consecuencias supone realizar actuaciones contrarias a la ley o al Derecho¹⁸.

Este planteamiento impide ofrecer una solución única, pues –y a fin de evitar un purismo extremo– habrá de adoptarse

una óptica casuística en cada uno de los expedientes que a tal fin se presenten para graduar en cada caso mediante pruebas indiciarias el nivel de buena fe que concurra (o no) en la conducta del acreedor no convencional, pues –a título de ejemplo– no puede ser lo mismo el encargo verbal de una prestación o suministro, o su prórroga, en situaciones de excepcionalidad, que la realización de múltiples encargos no formales a un mismo proveedor o suministrador en un periodo de tiempo dado en situaciones de normalidad, sea ésta *nueva* o *vieja*. No obstante, la bisonñez del precepto analizado impide por ahora realizar pronunciamientos certeros, por lo que habrá de esperarse a su aplicación para poder ofrecer conclusiones más interesantes.

6. A modo de conclusión: ¿La «normalización» de lo «anormal» o el principio del fin de la función interventora?

Llegados a este punto, se podría concluir afirmando que la normalización del expediente regulado por el precepto comentado –cuyo objetivo, se reitera, sería el soslayar reparos suspensivos en la fiscalización previa a través de una *cadena de complicidades* orgánicas que diluya responsabilidades hacia atrás (el Consejo de Gobierno apoyándose en la propuesta de la persona titular de la Consejería, ésta en el Informe de la Intervención, quién se remitirá al Informe de la Asesoría Jurídica del que implícitamente el precepto comentado espera que ratifique el del órgano gestor)– unido al precepto ya existente que regula el procedimiento de convalidación de gastos en los que se haya omitido la preceptiva fiscalización, hace sospechar un progresivo arrinconamiento del ejercicio de la función interventora en su modalidad de fiscalización previa para acabar reducida –en el mejor de los casos– a un mero control financiero posterior, máxime teniendo en cuenta la previsión normativa de exención de fiscalización previa de los expedientes de gasto financiados con los fondos europeos de recuperación¹⁹, cuestión esta última que a buen seguro daría para un monográfico.

14. COSCULLUELA MONTANER (1977: 191 y 194); VICENTE GONZÁLEZ (2005: 415, 416, 419 y 420); REBOLLO PUIG (2006: 17 a 21).

15. VICENTE GONZÁLEZ (2005: 425 y 427).

16. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2010: 285); SÁNCHEZ MORÓN (2002: 240 y 241).

17. Agencia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana (2020: 54).

18. SÁNCHEZ MORÓN (2002: 240 y 241).

19. Así se prevé en el artículo 45.7 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, «BOE» núm. 341, de 31/12/2020, que prevé lo siguiente: Artículo 45. Régimen de control previo aplicable a los expedientes que implementen la aplicación de los Fondos de los Planes Next Generation UE: «7. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el Consejo de Ministros podrá acordar la aplicación del control financiero permanente en sustitución de la función interventora». En igual sentido, aunque con mayor contundencia, se expresa la Disposición adicional décimo cuarta (Excepciones a la fiscalización previa) de la Ley de Cantabria 11/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2021, Boletín Oficial de Cantabria Extraordinario núm. 122, de 30/12/2020, que reza del siguiente tenor literal: «Durante el ejercicio 2021, quedarán exceptuados de la fiscalización previa, además de los gastos enumerados en el artículo 143 de la Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas, los expedientes de gasto de los proyectos europeos que sean objeto de financiación a través del Fondo Europeo de Recuperación y Resiliencia Next Generation y del Fondo REACT-UE».



7. Bibliografía

- **Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (2020):** *Recomendación General. La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?* (La versión digital de este documento está accesible en el sitio web: <https://www.antifraucv.es>)
- **Blanco Higuera, Alfonso Luis (2015):** «Obligación no convencional y gasto público: un binomio inadecuado», *Auditoría Pública. Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, núm. 65, Sevilla, pp. 99-106.
- **Coscolluela Montaner, Luis (1977):** «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Madrid, pp. 185-202.
- **Fernández de Buján, Antonio (2010):** «El papel de la buena fe en los pactos arbitrales y contratos», *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, Madrid, pp. 275-306.
- **García Goyena, Florencio (1852):** *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico – Editorial, Madrid.
- **López Rodó, Laureano (1952):** «Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos», *Revista de Administración Pública*, núm. 9, Madrid, pp. 11-53.
- **Manresa y Navarro, José María (1907):** *Comentarios al Código Civil español, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, Tomo XII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.
- **Prada Rodríguez, Alba y Herrero González, Elena (2015):** «Reconocimiento extrajudicial de crédito», *Auditoría Pública. Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, núm. 66, Sevilla, pp. 119-126.
- **Rebollo Puig, Manuel (2006):** «Enriquecimiento sin causa y nemo auditur en el Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 7-37.
- **Sánchez Morón, Miguel (2002):** «Venire contra factum proprium non valet», *Documentación Administrativa*, núms. 262-264, Madrid, pp. 223-246.
- **Vicente González, José Luis de (2005):** «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local», *Revista de Administración Pública*, núm. 168, Madrid, pp. 409-441.
- **Valero Escribano, José Ignacio (2015):** «La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares», *Revista Española de Control Externo*, Vol. XVII, núm. 50, Madrid, pp. 149-179.



El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva la Ley de Contratos del Sector Público

M.ª José Santiago Fernández

Directora de la Asesoría Jurídica y Cumplimiento Legal del Grupo TRAGSA.

Ex presidenta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Ex presidenta del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía

Resumen: Este artículo aborda la superación de la doctrina restrictiva de control y fiscalización de los encargos a medios propios anterior a la regulación de estos en la Ley de contratos del sector público de 2017 que traspone las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, en las que se regula por primera vez de forma detallada los medios propios y las exigencias que estos deben cumplir para tener la condición de tal. Una vez creado el medio propio, la realización de encargos a los mismos, es una potestad de autorganización del poder adjudicador y no pueden exigirse en cada encargo en particular, el cumplimiento de los requisitos que la ley establece respecto al medio propio para obtener la condición de tal.

Abstract: This article deepens into the overcoming of the former restrictive doctrine of control and auditing of “in house providing”, prior to their present regulation in the Law 9/2017, on Public Sector Contracts, that transposed European Directives 2014/24/EU and 2014/23/EU and for the first time regulates in detail the use of horizontal cooperation by public authorities with their controlled legal persons, which includes the possibility of cooperation with other public authorities, and the requirements that they must meet in order to be considered exempted from the Public Sector Contracts Law. Once the controlled entities have been created, the contracting authority can entrust the performance of tasks to them, so the requirements do not have to be verified in each particular assignment in order to obtain the qualification of controlled legal persons.

Palabras Clave: Medios propios, potestad de autorganización, fiscalización y control de los encargos

Keywords: Controlled entity, contracting authority, horizontal cooperation



I. De las encomiendas de gestión a los encargos a medios propios

En torno a la figura de las encomiendas de gestión ha persistido una apreciación muy generalizada de que debe ser un instrumento excepcional y su régimen jurídico debe interpretarse de forma restrictiva. En este sentido, el Tribunal de Cuentas advirtió de los riesgos derivados del recurso a la encomienda de gestión en el curso de fiscalizaciones sobre distintos aspectos de la gestión económico-financiera del sector público tanto estatal, como autonómico y local¹,

La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o una entidad del sector público –encomendante–, encarga a otra Administración o a otro ente, organismo o entidad del sector público –encomendatario– la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Se trata de una forma de gestión administrativa, en la que durante un tiempo se han englobado bajo la misma denominación de “encomienda de gestión” dos figuras que son distintas tanto en cuanto al sujeto y al objeto, esto es

los encargos a medios propios y las encomiendas de gestión propiamente dichas.

Este artículo quiere clarificar, en la medida de lo posible, como los riesgos y cautelas puestas de manifiesto por los órganos de control y fiscalización en relación a las encomiendas de gestión, han quedado superados con la regulación de los medios propios y los encargos a los mismos, que recogen las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español aquéllas. Por lo tanto, el marco legal de los medios propios ya está definido con precisión y al tenor del mismo es donde hay que situar los controles y estos se han de centrar en lo necesario para el reconocimiento de un medio propio y, por tanto, no deberían extenderse dichas exigencias a los encargos que se le hagan.

El punto de partida está, como hemos advertido, en la confusa regulación de las llamadas encomiendas de gestión en la normativa contractual anterior a la vigente LCSP. Así, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) en su artículo 3.1.1) introducido por el artículo 34.3 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. (B.O.E. nº 62, de 14 de marzo de 2005), excluyó del ámbito de aplicación del TRLCAP a “*las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*” (letra l del artículo 3.1 del TRLCAP), pero sin identificar ni establecer el régimen jurídico aplicable a las mismas, que, según el apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP debían configurar sus normas especiales de aplicación.

Más adelante, la Disposición Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (B.O.E. nº 311, de 29 de diciembre de 2006), modificó la referida letra l) del artículo 3.1 del TRLCAP, restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a “*las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan*” (y de nuevo, sin referenciar ni establecer las normas especiales de aplicación a este supuesto).

1. “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado, ejercicios 2008 – 2012”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de noviembre de 2013. “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, ejercicios 2011-2012”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015.

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cambió la conceptualización, el alcance e incluso parcialmente la denominación de esta figura rediseñándola como *“negocio jurídico en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”*, con unos perfiles emparentados, pero ya claramente diferenciados, con respecto a la encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en los términos que desarrollaron los artículos 4.1 n) y 24.6 de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, y que mantienen luego, los mismos artículos del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP).

Sin embargo, la confusión persistió al referirse el citado artículo 24.6 del TRLCSPP a las encomiendas de gestión que los poderes adjudicadores pueden conferir a los entes que ostenten la condición de medio propio por concurrir en los mismos los requisitos que delimita dicho precepto, y así dispone que *“si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.”*

Pero el régimen jurídico de la encomienda de gestión se encontraba fuera de la normativa contractual, en el artículo 15 de la LRJPAC, que habilitaba la posibilidad de llevar a cabo encomiendas de gestión para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público, a favor de otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño. El propio artículo 15 de la LRJPAC limitó el recurso a esta figura exclusivamente al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos y así disponía que:

“El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”

En este sentido, la Circular 6/2009, de 14 de julio de 2009 de la Abogacía General del Estado vino a aclarar la distinción entre la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 LRJPAC y la del artículo 24.6 de LCSP y así la confusión surgida por el empleo de utilizar la misma denominación, esto es, “encomienda de gestión”, para dos ámbitos de actividad totalmente distintos se delimitaba del siguiente modo:

- Las encomiendas de gestión realizadas al amparo del citado artículo 15 de la Ley 30/1992 (LRJPAC) iban referidas a *“actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público”* encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración (en ningún caso a personas jurídico-privadas).
- Las encomiendas de gestión a que se referían los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), quedaba limitada, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios.

Un paso más para aclarar las confusiones que pudieron surgir en torno a la figura de la encomienda de gestión se ha dado con la nueva regulación que separa la figura de la encomienda de gestión de los encargos a medios propios, en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que dispone que:

1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

Por tanto, del ámbito objetivo de las encomiendas de gestión quedan excluidas aquellas prestaciones que constituyen el objeto de los contratos del sector público y en el ámbito subjetivo queda excepcionada la posibilidad de realizar encomiendas de gestión a las personas jurídico privadas, limitando las mismas a órganos u entidades de la misma o distinta Administración.

De cualquier forma, el paso decisivo para aclarar la figura de la encomienda de gestión vino dada con la regulación de los “encargos a medios propios” que realiza la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al ceñir el objeto de éstos a las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, pero sin que tengan naturaleza contractual.

II. La nueva regulación de los encargos a medios propios en las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE

Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, haciéndose eco de los perfiles con los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue delimitando las relaciones in house, recogen por primera vez el régimen jurídico de los medios propios y ya en la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24 se indica el objetivo de terminar con las incertidumbres en torno a esta figura, señalando que:

<<Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente

administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública.>>

El fundamento de este tipo de relaciones, habitual en el Derecho Administrativo, como bien señala SOSA WAGNER², no está en la existencia de un vínculo contractual, sino que se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas, resultando irrelevante el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente, que es tan solo una herramienta que no significa la desvinculación de la organización empresarial de las entidades públicas de que trae su causa³. Por tanto, las sociedades públicas y otras formas de personificación son simples opciones de organización y el otorgamiento de personalidad jurídica, lo es sólo a efectos instrumentales por lo que en modo alguno pueden considerarse terceros respecto de la Administración⁴.

Así, tal y como indica GIMENO FELIU⁵, nos encontramos ante un sistema de autoprovisión en el que es la propia Administración, a través de la entidad que nace de su decisión organizativa, la que va a prestar por sí misma ese determinado servicio. Ahora bien, tal y como indica NOGUERA DE LA MUELA⁶, la posibilidad de que ciertas adjudicaciones escapen de la normativa contractual, solo es posible si se cumplen los requisitos, que fruto de la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han plasmado en el citado artículo 12 de la Directiva 2014/24 y que en esencia se resumen en dos: el requisito del "control análogo" que debe darse entre el ente que realiza el encargo y el medio propio, donde cabe que dicho control se ejerza de forma conjunta por varias Administraciones o entes públicos, de un lado; y, de otro, que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente o entes que lo controlan.

El artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE y también el artículo 17.1 de la Directiva 2014/23/UE, recogen los requisitos de la doctrina TECKAL⁷ para excepcionar la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, esto es:

2. SOSA WAGNER, F. (2007) " El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales", en *Libro Homenaje al profesor Martin-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas Cizur Menor .p. 137.

3. HUERGO LORA, A. (2001) "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas privadas" RAP n° 154, p. 180.

4. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2001) " Comentario a la sentencia Scala de 12 de julio de 2001 " Actualidad Jurídica Aranzadi n° 505, afirma que: no hace falta decir, porque es obvio, que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de las obras de ejecución de sistemas generales o de obras aisladas, la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la legislación vigente de contratos, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las leyes de régimen local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes ad hoc y de sociedades mercantiles. Mientras aquéllos y éstos no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva europea queda al margen porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos".

5. GIMENO FELIU, J.M. (2006) "La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma" Thomson Civitas, Madrid.

6. NOGUERA DE LA MUELA, B. "Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos", en *Tratado de Contratos del sector Público*, coordinado por Eduardo Gamero e Isabel Gallego, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo I, p. 669.

7. STJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Teckal).

1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- b) Que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.
- c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.”

Estas Directivas clarifican el régimen de los medios propios frente a las Directivas anteriores, tal y como venía siendo reclamado por instancias comunitarias (Comité de las Regiones, Consejo Económico y Social, en sendos dictámenes 2001/c. 144, de 16 de mayo y 2001/c. 193 de 10 de julio) y esa falta de regulación clara de los medios propios determinó que la apreciación de los requisitos exigidos a los mismos, fuera interpretada de manera restrictiva, como advertía la STJUE de 11 de mayo de 2006 (Cabotermo) y la carga de la prueba de que realmente se dan las especiales circunstancias que justifiquen la excepción de aplicación de la normativa de contratación correspondía a quien quiera beneficiarse de ella, teniendo como límite el no afectar a la libre competencia.

Ahora bien, esta interpretación restrictiva venía justificada por la falta de una regulación positiva de los medios propios y tener los mismos prácticamente un tratamiento exclusivamente jurisprudencial y esto es lo que quiebra con la regulación que realizan las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, del encargo del poder adjudicador al medio propio dependiente de él (y por él controlado). La primera de ellas, expande el ámbito del actualmente denominado encargo, admitiendo así tres posibilidades nuevas: 1) “encargo vertical ascendente o inverso”, esto es, el conferido por el medio al poder adjudicador que le controla; 2) “encargo horizontal”, es decir, el que confiere el medio propio de un poder adjudicador a otra persona jurídica controlada por ese mismo poder adjudicador, siendo distintos e independientes la entidad que confiere el encargo y la entidad que lo recibe; y 3) encargos efectuados por poderes adjudicadores independientes entre sí a un medio propio constituido y controlado por ellos.



Por tanto, la Directiva 2014/24/UE regula de manera detallada y amplía, como se ha dicho, el ámbito de los encargos, ampliación que se refuerza al establecer que el control que debe ejercer el poder adjudicador sobre el medio propio puede ser tanto directo como indirecto en los encargos verticales (descendentes, así como ascendentes o inversos) y en los encargos horizontales.

III. Regulación de los medios propios en la Ley 9/2017, de Contratos el Sector Público

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) traspone en su artículo 32 el citado artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, pero respetando la triple exigencia de la normativa comunitaria para tener la condición de medio propio (control del poder adjudicador sobre el medio propio, que más del 80% de las actividades de éste se lleven a cabo para el poder adjudicador que le hace el encargo y le controla y que, de ser el medio propio un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública), aunque la norma española añade los siguientes requisitos:

- 1) Expreso reconocimiento, por parte del poder adjudicador, de la condición de medio propio en los estatutos o acto de creación de éste.
- 2) Verificación por el poder adjudicador que controla el medio propio de que éste cuenta con los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos.

- 3) Inclusión de los encargos en el objeto social del medio propio.
- 4) Determinación en los estatutos o acto de creación del medio propio del poder adjudicador respecto del que ostenta esa condición.
- 5) Publicación en la Plataforma de Contratación que corresponda de la condición de medio propio.

Todas estas exigencias que recoge la LCSP para tener la consideración de medio propio, se completan con las exigencias que para ello dispone la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 86 señalando lo siguiente:

“1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura «M.P.»

3. En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado”

Estas exigencias, como veremos a continuación con más detalle, las establece el citado precepto a efectos de poder tener la consideración de medio propio y forman parte del control de eficacia del mismo, pero no son extensibles a cada encargo en particular que se hagan al medio propio reconocido como tal.

IV. Superación de la doctrina de restrictiva de los medios propios

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) concibe la doctrina de los contratos in-house como una excepción a los principios de libre competencia y no discriminación que rigen la contratación pública. Por ello, establece que su aplicación práctica ha de tener carácter restrictivo y que las entidades que se declaren medio propio o servicio técnico deben cumplir estrictamente las condiciones para serlo. La no aplicación de la legislación de contratos se justifica sólo en los casos de que el medio propio sea verdaderamente tal porque, cuando esto es así, no existe un contrato (faltan los elementos de voluntad y participación en el precio por parte del que realiza la prestación), sino más bien una decisión organizativa que el Derecho de la Unión Europea ha de respetar como tal si se dan los presupuestos legales que establece el Derecho de la Unión Europea y la legislación nacional.

El Tribunal de Cuentas⁸, en los Informes de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Administración del Estado y de las entidades del sector público autonómico, ha sido muy crítico sobre la forma en que se viene aplicando esta «vía de escape» de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos, llamando la atención sobre la parquedad y las insuficiencias de la regulación que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2011, la legislación administrativa de organización del Sector Público y la

8. Los más reseñables a los efectos que aquí interesan son, a nuestro juicio: el Informe núm. 1088, de 30 de abril del 2015, de “Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, que se centra en las encomiendas realizadas en favor de ciertos medios propios de determinados Ministerios; el Informe núm. 1.116, de 29 de octubre de 2015, referido a la “Fiscalización de la actividad de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. INECO como medio propio y servicio técnico y como empresa asociada en el marco de la normativa de contratación aplicable a las empresas estatales”; y el Informe núm. 1.197, de 22 de diciembre de 2016, de “fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.” Todos ellos se pueden consultar en <http://www.tcu.es>.

legislación económico-financiera y presupuestaria hacían de esta cuestión. E indicaba textualmente en el Informe núm. 1088, de 30 de abril del 2015, de “Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”:

<<En este contexto, de no recurrir a las encomiendas a medios propios más que en los casos estrictamente necesarios y una vez contrastada su mayor idoneidad, y de no abordar con rigor el cumplimiento de la exigencia de motivarlas fundada y adecuadamente, los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrutilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios, con las implicaciones que ello conlleva, como se constatará a lo largo del presente informe>>

Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia advirtió en su Informe sobre “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” de 2013, que la utilización de estas encomiendas, si se extralimita de su justa cabida legal, puede generar serias implicaciones para la competencia efectiva en los mercados.

Incluso la propia Abogacía del Estado en la Circular de la Abogacía General del Estado 6/2009, de 14 de julio de 2009, en relación con el carácter de excepción que tiene la doctrina del “in house providing” señalaba lo siguiente:

<<Con fundamento en la jurisprudencia del TJCE (sentencias Teckal de 18 de noviembre de 1999; Stadt Halle y RPL Louchau de 10 de enero de 2005; Comisión contra el Reino de España de 13 de enero de 2005; Parking Brixen de 13 de octubre de 2005; Carbotermo Consorzio Alisei de 11 de mayo de 2006; Asociación Nacional de Empresas Forestales y Transformación Agraria, S.A. de 19 de abril de 2007; y Coditel Brabant de 13 de noviembre de 2008, entre otras), la encomienda de gestión constituye una excepción a las reglas que el Derecho Comunitario establece en materia de contratación pública.

En efecto, las Directivas de las que se ha hecho mención garantizan, en el ámbito de la contratación pública, los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, de igualdad de trato, así como la obligación de transparencia que se deriva de ellos, y ello con objeto de hacer efectiva la regla de libre concurrencia o competencia. Es por ello por lo que los contratos públicos han de adjudicarse a través de procedimientos específicamente diseñados para “abrir el mercado de la contratación pública a la libre competencia”, procedimientos basados en principios de publicidad y concurrencia.

Pues bien, la doctrina del “in house providing” (que se traduce en el Derecho español, como se ha dicho, en la figura de la encomienda de gestión que establecen los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP) se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de adjudicar los contratos públicos (esto es, los que otorgan los poderes adjudicadores) a través de esos procedimientos encaminados cabalmente a hacer efectivos dichos principios, y ello en razón de que, dados los requisitos, a los que más adelante se hará referencia, de dicha doctrina, la aplicación de ésta no incide ni interfiere en la libre competencia. Debiendo mantenerse, ciertamente, un criterio restrictivo o, al menos, estricto en la determinación del ámbito de actuación u objeto de un medio propio>>.

Ahora bien, tal y como recomendaba el TCU en su informe de 2015, era necesario regular, mediante una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control.

Y esto es precisamente lo que han hecho las Directivas comunitarias y la LCSP al trasponerlas y regular de manera extensa e incluso de forma más exigente los requisitos para tener la consideración de medio propio en los citados artículos 32 LCSP y 86 LRJSP. En estos preceptos se recogieron todas las propuestas del Tribunal de Cuentas incluidas en la “Moción nº 1198 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas, de 22 de diciembre de 2016”, con excepción de la propuesta nº 3.14, relativa a que el medio propio solo pueda subcontratar en aquellos supuestos en los que así se le haya autorizado en el documento de formalización del encargo, que no ha sido acogida por el legislador limitándose, en el artículo 32.7 de la LCSP, a permitir la subcontratación de prestaciones parciales hasta un 50 por ciento del importe del encargo.

En consecuencia, el punto de mira del control ha de centrarse en el momento de reconocimiento de la condición de medio propio, una vez reconocido este y declarado como tal, cumplidas las exigencias del artículo 32 de la LCSP y del artículo 86 LRJSP, los encargos que se realicen al mismo no deben tener más control que el que el encargo se adecue al objeto social del medio propio y que se abone conforme a las tarifas aprobadas al efecto y la limitación porcentual de las prestaciones que el medio propio puede contratar con terceros para la ejecución del encargo.

Lo que no tiene ya encaje legal es seguir reparando los encargos que se realicen a un medio propio reconocido como tal, en base a una doctrina restrictiva de las llamadas

“encomiendas de gestión”, ya superada al haberse regulado con rango de ley la figura del medio propio y las exigencias para tener tal condición y mucho menos extender los controles de eficiencia y eficacia exigibles para tener la condición de medio propio, a cada encargo en particular a quienes ya tienen reconocida la condición de tal.

En este sentido, es relevante el reciente Informe de la Abogacía General del Estado 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, en relación a una consulta sobre determinadas cuestiones planteadas en razón de sendos encargos conferidos por la Confederación Hidrográfica del Tajo a la sociedad mercantil estatal Tragsatec, S.A, en el que se concluye que: *“no puede negarse que el encargo a medios propios constituye una excepción al sistema de adjudicación de los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato con objeto de hacer efectiva la libre competencia.*

Ahora bien, la excepcionalidad de esta figura queda matizada por una doble circunstancia, referida, de una parte, al régimen que de ella ha dispuesto el Derecho de la Unión Europea y, de otra parte, al régimen establecido, con base en el anterior, por la legislación española.”

Una cosa es que los encargos a medios propios sea una excepción a la aplicación de las normas de contratación pública y otra cosa es que sea algo excepcional. Las exigencias que el Tribunal de Cuentas fijaba en los informes

citados, ya están recogidas en la Ley y, en consecuencia, el control del cumplimiento de los mismos ha de ser constatado en el momento de reconocimiento del medio propio y la memoria justificativa de tales requisitos debe ser informada por la Intervención General de Estado.

En este sentido, ya el artículo 32.2.d).2º de la LCSP exige la verificación, por parte del poder adjudicador del que dependa el medio propio, de que éste dispone de los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos y este juicio de suficiencia o idoneidad del medio propio queda intensificado por el artículo 86 de la LRJSP desde el momento en que este último precepto agrega una exigencia de mayor trascendencia y que queda referida, no ya a la concreta entidad que se configure como medio propio y para un determinado encargo, sino a esa entidad como destinataria de una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos, esto es, al propio sistema del encargo (considerado globalmente) como alternativa preferente al sistema de contratación, por entenderse, con referencia a una determinada entidad que se pretenda configurar como medio propio, que este sistema es más ventajoso que el sistema de contratación.

Es más, en el citado Informe de la Abogacía General del Estado de 7 de mayo de 2021 se concluye que, en consecuencia *“no hay, pues, un juicio de suficiencia del medio propio para un concreto encargo, sino un juicio de preferencia –por las razones que explicita el artículo 86.2.a) y b) de la LRJSP– del sistema de encargos a un determinado medio propio sobre el sistema de contratación y para todos los que se le hagan.”*



De esta forma, el artículo 86.2 de la LRJSP, no se limita a exigir, como hace el artículo 32.2.d).2º de la LCSP, que el poder adjudicador constatare la suficiencia de medios personales y materiales del medio propio, sino que, dando un paso más, exige la acreditación de que la opción por el sistema de encargos sea preferente o prevalente sobre el sistema de contratación bien porque el primero es más eficiente que el segundo aplicando para ello criterios de rentabilidad económica, bien porque concurren razones de seguridad pública o urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados o prestados por el medio propio.

Pues bien, debiendo acreditarse para la declaración de medio propio y servicio técnico no sólo que éste dispone de los recursos precisos para la realización de los encargos que se le confieran, sino que, además, su configuración como medio propio –y subsiguiente actuación como tal, esto es, realizando los encargos que se le confieran– es una opción más eficiente que la contratación pública y que resulta sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, acreditación que, expuesta en la correspondiente memoria justificativa, ha de ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado, no tendría ningún sentido, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad por haber quedado debidamente acreditado que es la opción más eficiente, que tuviera luego que acreditarse, encargo por encargo, que la utilización de esta figura está justificada por ser preferible a la contratación, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP, deviniendo así esta norma un precepto inútil.

V. Alcance de la justificación de cada encargo

La LCSP, configura la posibilidad de acudir al encargo como una manifestación de la potestad de auto organización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos.

Con relación a la potestad de auto organización de las entidades del sector público, la misma se predica de forma clara e indubitada, tanto en el artículo 31, como en el artículo 32 de la LCSP. En el primero de ello, se establece que las entidades del sector público podrán cooperar entre sí mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, precepto éste último que reconoce el derecho de los poderes adjudicadores a **organizarse** ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación

tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta de ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado. Es decir, como se indica en la propia Exposición de Motivos y en los artículos 31 y 32 de la LCSP, los encargos son supuestos de ejecución directa, por lo que, una elemental observación de los principios de eficacia y sostenibilidad del sector público, llevan a la obligación de los poderes adjudicadores de utilizar los medios de que disponen.

Precisamente, con relación a la posibilidad de elección de los poderes adjudicadores para realizar encargos o para acudir a una licitación, debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 3 de octubre de 2019, dictada en el asunto C-285/18, cuyo objeto era una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, para la interpretación (entre otros) del artículo 12 apartado 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18.

La cuestión relevante en sí versa sobre el margen de libertad de los Estados miembros para elegir acudir a un contrato público u optar por celebrar una operación interna (*in house providing*). En concreto se plantea (reformulando la cuestión elevada por el Tribunal lituano), si a la vista de la famosa STJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), y las SSTJUE de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), debe interpretarse el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 en el sentido de que *éste se opone a que una norma nacional supedita la celebración de operaciones internas a determinados requisitos y en particular, al de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad o la continuidad de los servicios que han de prestarse*. La disyuntiva radica, pues, en dilucidar si el Derecho de la Unión prohíbe que los Estados miembros eleven las exigencias para que sus poderes adjudicadores puedan acudir a las operaciones internas de “*in house providing*”, estableciendo una tendencia hacia la contratación pública o externalización necesaria de los servicios.

En este punto, el TJUE hace hincapié en aspectos fundamentales de la relación entre el Derecho de la Unión y la capacidad de los Estados miembros en materia de contratación del Sector Público, al destacar que la Directiva 2014/24 tiene por objeto coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor y el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse a la luz de esta consideración. También se cita el considerando 5 de esta norma en cuanto que «*ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva*».



Por consiguiente, *“no puede interpretarse que el Derecho de la Unión prive a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. Esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Ni la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, ni les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplan las condiciones del artículo 12.1 de la propia Directiva.”*

En el mismo sentido concluye el citado Tribunal Superior en el Auto de fecha 6 de febrero de 2020, dictado en el seno los asuntos acumulados C- 89/19; C-90/19; C-91/19, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por un Estado miembro. EITJUE concluye que el artículo 12.1 de la Directiva 2014/24 - el cual se limita, a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna- solo tiene el efecto de facultar a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Por consiguiente, esta disposición no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras.

A efectos demostrativos de lo anteriormente manifestado, debe traerse también a colación la Resolución de 25 de julio de 2018 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación

a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios, que en el punto 8.2, al referirse a los encargos, solo alude a la verificación por la Intervención del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32, sin que, en ningún apartado se refiera a la necesidad de verificar o explicar porque se utiliza un medio propio en vez de acudir a un procedimiento de licitación. A mayor abundamiento, el examen de lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP lleva a la misma conclusión, en cuanto que al regular los requisitos del encargo en los apartados 6 y 7, y concretamente, al regular el documento de formalización no establece la obligación de que el recurso al encargo esté especialmente justificado, o que su utilización por los poderes adjudicadores tenga que tener un carácter excepcional.

El punto 2 del artículo 86 de la LRJSP exige acreditar para el reconocimiento de un medio propio que, *“además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de su actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.”*

Asimismo, dicho artículo señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es a la Intervención General del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, o bien cuando se crea el medio propio, o en el momento de realizar el control de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen.

Esta conclusión también se obtiene del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

Dicha interpretación ya ha sido avalada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)⁹ que se ha pronunciado al respecto en diversas Resoluciones, concluyendo que el citado artículo 86 se refiere a las condiciones que, con carácter general, debe cumplir una entidad para obtener la condición de medio propio, pero sin que ello implique que el medio propio deba acreditar el cumplimiento y vigencia de los requisitos establecidos en el citado artículo 86 a cada uno de los entes que realizan el encargo, ni se deba justificar en cada encargo, en cuanto que ello corresponde a la IGAE al realizar el control de eficacia, si bien es cierto que los mismos deberán asegurarse que, al menos, formalmente la entidad sigue teniendo la condición de medio propio.

Todo ello significa que no se puede exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en el punto 2 del artículo 86 de la LRJSP en cada uno de los encargos, sino que dichos requisitos han de cumplirse por el medio propio personificado de manera general para obtener dicha condición, sin perjuicio de que se le someta a un control periódico para verificar que sigue cumpliendo con los citados requisitos y reiterando lo expuesto anteriormente no tendría ningún sentido, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad, que tuviera luego que acreditarse, encargo por encargo, que la utilización de esta figura está justificada por ser preferible a la contratación, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP.

La justificación, encargo por encargo, de que la utilización de este instrumento es preferible, por ventajosa, sobre el contrato resultaría coherente si no existiese la exigencia

de que se constate, al tiempo de la declaración de medio propio de una determinada entidad y como exigencia básica para ello, que su configuración como tal y de forma global –para una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos comprendidos en su objeto– es más eficaz que la utilización de la contratación; existiendo tal exigencia, y esto es precisamente lo que establece el artículo 86 de la LRJSP, carece de sentido la justificación de la conveniencia de cada encargo sobre el contrato.

VI. Especial referencia a las empresas del Grupo TRAGSA

El Grupo TRAGSA es un grupo de sociedades mercantiles integrado por la “Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P” (TRAGSA) como matriz, y su filial, la sociedad de carácter unipersonal “Tecnologías Y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P” (TRAGSATEC).

La «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), fue creada por un Decreto del Consejo de Ministros de 21 de enero de 1977, configurándose desde el principio como un medio instrumental al servicio de la Administración.

En la actualidad, el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales está regulado por la Disposición Adicional 24ª de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y por el Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la misma.

9. La Resolución del TACR nº 120/2019:

“Cabe añadir que la justificación de la mayor eficiencia del encargo frente a la contratación pública, o de la concurrencia de razones de seguridad o urgencia a las que se alude, de forma alternativa, en el artículo 86.2 de la LCSP aparece referida al momento previo a de la creación del medio propio, sin que resulte exigible que una u otra circunstancia se acredite en cada encargo singular que se confiera al medio propio, siendo así que los requisitos de los encargos concretos que se efectúan a los medios propios se regula en el artículo 32.6 de la LCSP, que nada dice al respecto. Por tanto, hay que atribuir una mera eficacia explicativa a las manifestaciones que, al efecto, se efectúan en la resolución de formalización del encargo.”

De la misma manera, el mismo TACRC, en su Resolución nº 1106/2019, recaída en el Recurso nº 814/2019 C.A. Cantabria 34/2019, establece:

“Ahora bien, al contrario de lo que afirma la recurrente, el artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.”

“La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúan a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados en el desarrollo de este motivo de impugnación. Fruto de ello, dicha justificación no se encuentra entre la información a suministrar preceptivamente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público conforme al artículo 63.6 LCSP antes analizado.

En consonancia con lo expuesto, el informe sobre la eficacia y eficiencia de la “encomienda de gestión encargada a TRAGSA” de 16 de noviembre de 2018 que obra en el expediente remitido como documento número 15 ha de reputarse con una mera eficacia explicativa, dado que la figura que nos ocupa tiene naturaleza de encargo en los términos previamente aludidos (...).”

El apartado 2º de la D.A. 24ª de la LCSP establece que:

“TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de TRAGSA y su filial TRAGSATEC con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encargos de los previstos en el artículo 32 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el artículo 32.6.b).”

En lo referente al régimen económico de las empresas del Grupo TRAGSA, de acuerdo con en el apartado 7º de la D.A. 24ª de la LCSP, el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por la mismas se determinará aplicando las tarifas atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión

o de los servicios realizados directamente por el medio propio. La elaboración y modificación de las tarifas se lleva a cabo por una comisión adscrita al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación e integrada por representantes del Estado, de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla, de los cabildos y consejos insulares, de las diputaciones forales del País Vasco y de las Diputaciones Provinciales.

Por tanto, en el caso de TRAGSA, la condición de medio propio personificado se reconoce en una norma con rango de ley, concretamente en la citada Disposición Adicional 24ª de la LCSP que condiciona los encargos que les confieran al cumplimiento de los requisitos del punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, exclusivamente, sin referencia alguna al artículo 86 de la LRJSP.

No obstante, aunque la condición de medio propio de TRAGSA y TRAGSATEC viene reconocida por ley; en cumplimiento del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado; con fecha de 13 de noviembre de 2017, la IGAE emitió el informe previsto en el citado artículo 86.3 sobre la declaración de medio propio y servicio técnico de las sociedades del Grupo TRAGSA señalándose que queda acreditado en el análisis respecto del resto de condiciones establecidas en el mismo.

Desde una perspectiva jurisprudencial¹⁰, TRAGSA se configura como un medio instrumental, entre otros, del Estado y de las Comunidades Autónomas y las Directivas comunitarias sobre contratación pública no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas.

EITJUE (STJUE 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA) analizando la jurisprudencia comunitaria relativa a la admisibilidad de la adjudicación de encargos directos a los entes instrumentales de la Administración (STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal), concluyó que TRAGSA puede ser

10. Tribunal Supremo Sentencia num. 686/2020 de 8 junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el sentido de si resultaba de aplicación a la citada entidad la doctrina contenida en la STJUE de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97),

medio propio de varios entes territoriales que controlan una empresa y el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto.

Por tanto, teniendo las sociedades del Grupo TRAGSA reconocida la condición de medio propio por ley, el control de legalidad de los encargos que se hagan a las mismas, no puede hacerse en cuanto al cumplimiento de los requisitos del citado artículo 86 LRJSP, que son los exigidos para tener la condición de medio propio, ya que carecería de sentido, tener que volver a justificarlos en cada encargo en particular.

VII. Conclusiones

En primer lugar, la interpretación restrictiva que desde los órganos de control y fiscalización se venía haciendo en relación a los contratos “in house providing”, estaba justificada por la falta de una regulación positiva de los medios propios y tener los mismos prácticamente un tratamiento exclusivamente jurisprudencial. Esto ha sido superado por el nuevo régimen jurídico de los medios propios que realizan las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, y la LCSP que traspone aquéllas, quedando ya delimitada claramente la distinción entre la encomienda de gestión y los encargos a medios propios.

En segundo lugar, la posibilidad de acudir al encargo se configura en la LCSP como una manifestación de la potestad de auto organización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos, aunque la propia LCSP establece que los mismos no tienen naturaleza contractual.

En tercer lugar, al ser los encargos a medios propios una excepción al sistema de contratación pública, regido por los principios de publicidad y concurrencia, los controles respecto a los mismos deben centrarse en el cumplimiento de los requisitos que, tanto el artículo 32 de la LCSP y como el artículo 86 de LRJSP, establecen para el reconocimiento de la condición de medio propio. Controles que deben de llevarse a cabo por los órganos de fiscalización antes de reconocer a un medio propio la condición de tal y en las correspondientes auditorias de las cuentas anuales del mismo.

En cuarto lugar, hay que resaltar que, una vez reconocido un medio propio, no es condición de legalidad de cada encargo ni puede exigirse la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa, ya que el encargo a medios propios constituye un recurso ordinario normal en la adquisición, por parte del poder adjudicador, de obras, suministros y servicios.



Bibliografía

- **Fernandez Rodriguez, T. R.** (2001) “Comentario a la sentencia Scala de 12 de julio de 2001” Actualidad Jurídica Aranzadi nº 505.
- **Gimeno Feliu, J.m.** (2006) “LA nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma” Thomson Civitas, Madrid.
- **Huergo Lora, A.** (2001) “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas privadas” RAP nº 154.
- **Noguera de la Muela, B.** (2018) “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, en Tratado de Contratos del sector Público, coordinado por Eduardo Gamero e Isabel Gallego, Tomo I , Tirant lo Blanch , Valencia.
- **Sosa Wagner, F.** (2007) “ El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales”, en *Libro Homenaje al profesor Martin-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas Cizur Menor.

BIBLIOTECA



TÍTULO: Auditoría : Incluye el nuevo reglamento de la LAC
AUTOR: José A. Trigueros Pina, Antonio Duréndez Gómez-Guillamón coord.
EDITA: Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2021
ISBN: 978-84-18405-57-0

Esta obra, actualizada con el nuevo Reglamento de Auditoría y la reforma del Plan General Contable, incluye como novedad toda la normativa COVID aprobada en relación con la materia y algunas resoluciones del ICAC.

También incluye una colección de supuestos prácticos sobre los modelos de informes de auditoría y cuestionarios de autoevaluación tipo test al final de cada tema.

Incorpora las Normas Internacionales de Auditoría (NIA's).

Todo ello junto con cuadros comparativos de la nueva normativa y casos prácticos con los que poder comprender el desarrollo real de un trabajo de Auditoría, proporcionando soluciones rápidas a todas las dudas que puedan surgir al auditor en su actividad diaria.



TÍTULO: El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. una aproximación multidisciplinar
AUTOR: Rodríguez Ayuso, Juan Francisco, Atienza Macías, Elena (Dirs.)
EDITA: Barcelona: Bosch, 2021
ISBN: 978-84-9090-502-9

Esta monografía se centra, en primer lugar, en el análisis del teletrabajo y sus derivadas en materia de Seguridad Social, tras el RD-Ley 28/2020. Del mismo modo, se analizan también otras muchas temáticas de indudable alcance: el encaje del teletrabajo en los convenios colectivos; su empleo como medida de conciliación y su repercusión en el tiempo de trabajo; el teletrabajo como oportunidad para la inclusión laboral de las personas con discapacidad; el polémico asunto de la regulación de la prestación sanitaria a través de la Telemedicina; la relación entre el teletrabajo y los ciberdelitos; las Nuevas Tecnologías en relación con la robotización del trabajo; el derecho a la protección de los datos personales de los trabajadores y a su privacidad en el desempeño del trabajo en remoto, etc.



TÍTULO: La potestad administrativa : concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo
AUTOR: Gamero Casado, Eduardo.
EDITA: Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021
ISBN: 978-84-1355-615-4

El ejercicio de potestades administrativas viene adquiriendo un protagonismo creciente como criterio de aplicación del Derecho administrativo, planteando muchos problemas que esta obra pretende contribuir a resolver.

Uno de ellos es definir de manera precisa el concepto de potestad administrativa, que no aparece enunciado en ningún precepto del Derecho positivo, y es objeto de diferentes acepciones por parte de las normas, la jurisprudencia y la doctrina científica.

Esta obra viene a cubrir una importante laguna bibliográfica, pues no existía ninguna monografía sobre esta temática, a pesar de su indudable interés teórico-práctico.



TÍTULO: Derecho comparado y digitalización
AUTOR: López Rodríguez, Ana Mercedes.
EDITA: Madrid: Tecnos, 2021
ISBN: 978-84-309-8152-6

La presente obra se adentra en el fenómeno de la digitalización y aborda algunos de los principales desafíos a los que se enfrenta el Derecho ante la aparición de tecnologías disruptivas como la blockchain, la contratación inteligente o la inteligencia artificial. A través del estudio de la metodología comparada y de sus disciplinas conexas ofrece una visión general de los principales sistemas jurídicos que han influenciado a la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno.



CÁMARA DE
COMPTOS
DE NAVARRA
NAFARROAKO
KONTUEN
GANBERA

C/ Ansoleaga, 10
31001 PAMPLONA
Tel. 848 421 400 Fax: 848 421 433
camara.comptos@cfnavarra.es
www.cfnavarra.es/camaracomptos



Audiencia de
Cuentas de
Canarias

C/ Suárez Guerra, 18
38003 STA. CRUZ DE TENERIFE
Tel.: 922 280 066 Fax: 922 279 040
institucional@acuentascanarias.org
www.acuentascanarias.org



SINDICATURA
DE COMPTES
DE CATALUNYA

Via Laietana, 60
08003 BARCELONA
Tel.: 932701161 Fax: 932701570
sindicatura@sindicatura.cat
www.sindicatura.cat



Cámara de Cuentas
Comunidad de Madrid

C/ Ramirez de Arellano, 15
28043 MADRID
Tel.: 914 207 900 Fax: 914 207 918
camara@camaradecuentasmadrid.org
www.camaradecuentasmadrid.org



SINDICATURA DE COMPTES
DE LA COMUNITAT VALENCIANA

C/ Sant Vicent, 4
46002 VALENCIA
Tel.: 96 3876400 Fax: 96 3876417
sindicom@sindicom.gva.es
www.sindicom.gva.es



SINDICATURA DE COMPTES
Illes Balears

C/ Sant Feliu, 8 A
07012 PALMA DE MALLORCA
Tel.: 971 214800 Fax: 971 214801
info@sindicaturaib.org
www.sindicaturaib.org



Consello de Contas
de Galicia

C/ Domingo Fontán, 7
15771 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel.: 981 542 216 Fax: 981 542 210
secret@contasgalicia.es
www.ccontasgalicia.es



CONSEJO DE CUENTAS
DE CASTILLA Y LEÓN

C/ Mayor, 54
34001 PALENCIA
Tel.: 979 167 500 Fax: 979 167 527
consejodecuentas@consejodecuentas.es
www.consejodecuentas.es



Herri-Kontuen
Euskal Epaitegia
Tribunal Vasco
de Cuentas Públicas

C/ Beato Tomás de Zumárraga, 69
01008 VITORIA-GASTEIZ
Tel.: 945 016000 Fax: 945 016001
presidencia@tvcp.org
www.tvcp.org



Sindicatura de Cuentas
del Principado de Asturias

Plaza de Riego, 5
33003 OVIEDO
Tel.: 984 183 050 Fax: 984 183 090
sindicatur@sindicatur.es
www.sindicatur.es



CÁMARA DE CUENTAS
DE ANDALUCÍA

C/ Don Fadrique, s/n
Hospital de las Cinco Llagas
41009 SEVILLA
Tel.: 955 009 600 Fax: 955 009 646
registro-ccuentas-and@ccuentas.es
www.ccuentas.es



CÁMARA DE CUENTAS
DE ARAGÓN

C/ Jerusalén, 4 planta 5ª
50009 ZARAGOZA
Tel.: 976 556 115 Fax: 976 565 498
camara@camaracuentasaragon.es



ASOCEX

ASOCIACIÓN DE ÓRGANOS
DE CONTROL EXTERNO AUTONÓMICOS