

Buen gobierno y *compliance* en el ámbito local. A propósito de los fondos Next Generation EU

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Constitucional de la UDC

1. Introducción

2. La zanahoria del plan antifraude

- 2.1. Una evaluación muy focalizada del riesgo
- 2.2. ¿Más banderas rojas?
- 2.3. En la lógica (perdida) del *compliance* público. ¿Cómo acometer el ciclo del fraude?

2.3.1. *Las medidas del Plan Antifraude: cara y cruz*

3. El horizonte del *compliance* público local y el riesgo de confundir los riesgos

4. Bibliografía

Resumen

En las siguientes páginas se analizan los impactos producidos en las políticas de *compliance* de las Administraciones locales a resultas de la gestión de los fondos *Next Generation*. La regulación jurídica que acompaña a estos fondos europeos y, en particular, la obligada adopción de medidas antifraude ha supuesto que sus gestores y destinatarios tuviesen que implementar instrumentos de prevención y control creados en el ámbito del cumplimiento normativo y, tradicionalmente, aplicados por personas jurídico-privadas (mapas de riesgo, declaraciones de conflicto de intereses, canales de denuncia...). La aplicación irreflexiva y sin el debido análisis de contexto de estas medidas, desconociendo la naturaleza pública y las características de las entidades locales, puede conllevar, en muchos casos, más problemas que soluciones.

Palabras clave: *fondos Next Generation EU; planes de medidas antifraude; Administración local; sistema interno de información; evaluación del riesgo; conflicto de intereses; compliance público; políticas de prevención; principio de legalidad.*

Artículo recibido el 30/09/2024; aceptado el 11/10/2024.

Good governance and compliance in the local sphere: the NextGenerationEU funds

Abstract

The article analyzes the impacts on local administrations' compliance policies resulting from the management of the NextGenerationEU funds. The regulations accompanying these European funds, particularly the mandatory adoption of anti-fraud measures, have led their managers and recipients to implement prevention and control tools that originated in the field of regulatory compliance and were traditionally applied by private legal entities (risk maps, conflict of interest declarations, whistleblower channels, etc.). The unreflective application of these measures without proper contextual analysis, ignoring the public nature and characteristics of local entities, can often lead to more problems than solutions.

Keywords: NextGenerationEU funds; anti-fraud measures plans; local administration; internal information system; risk assessment; conflict of interest; public compliance; prevention policies; rule of law.

1 Introducción

Como consecuencia de la crisis económica causada por el COVID-19 y la necesidad de reactivar el tejido productivo de los Estados miembros, el Consejo de Europa aprobó, el 21 de junio de 2020, el programa *Next Generation EU* (NGEU), un instrumento de financiación y estímulo económico articulado a través del denominado Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (MRR), regulado en el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, que perseguía promover la cohesión económica, social y territorial de la UE; fortalecer la capacidad de ajuste de los Estados miembros; mitigar las repercusiones sociales y económicas producidas por la crisis, y apoyar las transiciones ecológica y digital. Se trataba, en suma, de potenciar una recuperación económica orientada hacia objetivos específicos de modernización y cambio.

A tal fin, cada Estado miembro ha tenido que elaborar un Plan de Recuperación y Resiliencia que incluye las reformas y los proyectos de inversión necesarios para alcanzar los objetivos anteriormente descritos. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español (PRTR)

consta de cuatro pilares transversales (transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género¹) sobre los que descansan diez políticas públicas consideradas como impulsoras de un conjunto de acciones de transformación de la realidad económica y social.

Para llevar a cabo las iniciativas previstas en el PRTR, las distintas Administraciones públicas han tenido que adaptar sus procedimientos de gestión y control. Algunos de esos cambios se establecieron a través 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 PRTR. En desarrollo de sus previsiones, y para la eficaz tramitación de las solicitudes de desembolso de fondos, se aprobó la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, que configuraba el sistema de gestión del PRTR.

En coherencia con la idea de que las instituciones implicadas en la administración y gestión del Fondo de Recuperación se dotasen de mecanismos de prevención contra toda forma de corrupción y mejorasen la transparencia y la eficiencia, el artículo 6 de la citada orden ministerial obligaba a cualquier entidad decisora o ejecutora que participase del PRTR a que dispusiese de un “plan de medidas antifraude”, mediante el que asumiese el compromiso de que, en su particular ámbito de actuación, los fondos asignados se habían empleado con sujeción a la legalidad y a los valores propios de una sociedad democrática, adoptando las medidas necesarias para prevenir, detectar y corregir conductas fraudulentas, desviaciones injustificadas o posibles conflictos de intereses.

Este plan antifraude debía ajustarse al mapa de riesgos de cada entidad y concebirse como un instrumento vivo y flexible, de modo que se adaptase a las modificaciones normativas y procedimentales que se fuesen introduciendo, así como a las recomendaciones e instrucciones que pudiesen aprobar las autoridades responsables.

Las Administraciones locales no eran ajenas al cumplimiento de estas obligaciones, por lo que, si querían gestionar y ejecutar estos fondos, quedaban obligadas a mantener una actitud proactiva y a tener que articular una estructura organizativa y una política de comunicación e información específicas, orientadas a favorecer la buena gestión de dichos fondos europeos y a minimizar los riesgos y las irregularidades (sean penales o administrativas) derivadas de eventuales prácticas contrarias al interés general, que minan

1. Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

la credibilidad institucional y amenazan la senda de un crecimiento justo y sostenible².

Este paquete de medidas reforzaba las previsiones ya contenidas en otras disposiciones legales, especialmente, por su incidencia directa, en la legislación sobre transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre) y en la de contratación pública (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), donde expresamente se dispone que “los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores” (art. 64.1 de la Ley 9/2017).

Si a todo lo anterior unimos el hecho de que la UE, mediante la Directiva (UE) 1937/2019, de 23 de octubre de 2019, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, había previsto (art. 9.9) que las entidades locales con población superior a 10 000 habitantes³ contasen con un aplicativo web, de general conocimiento, que permitiese interponer comunicaciones internas, incluso de forma anónima, en relación con el cumplimiento de la normas y la observancia de buenas prácticas administrativas, con el fin de evitar la corrupción y el fraude, y salvaguardar la integridad e imagen de los poderes públicos, es fácil comprender por qué, en muchos casos, la puesta en marcha por los Gobiernos locales del Plan Antifraude exigido por la UE sirvió de acicate para que se dotasen de una versión punto cero sobre la que construir, progresivamente, un programa de cumplimiento normativo e integridad institucional⁴.

De ese proceso de elaboración/transformación, de sus dificultades, soluciones, atajos y remedios, se ocupan las siguientes páginas, en las que deliberadamente se descartan aquellos otros aspectos relacionados con el acceso y la efectiva gestión de los fondos por las entidades locales, asuntos sobre los que ya existe una amplia literatura⁵.

2. Vid. Moreno García (2021) y Jiménez Asensio (2022), entre otros.

3. En la actualidad la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, ha extendido la obligación de disponer de un sistema interno de información a todas las entidades locales, con independencia de su número de habitantes y respecto de cualquier infracción del ordenamiento jurídico y no solo del derecho de la UE.

4. Según la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública, esta es “la alineación consistente con, y el cumplimiento de, los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público”.

5. Rivero Ortega (2024); Velasco Caballero (2021); Prieto Romero (2021).

2

La zanahoria del plan antifraude

Como ya se ha dicho, para gestionar y ejecutar fondos *Next Generation*, la Orden HFP/1039/2021, de 29 de septiembre, exige, en nuestro caso a las entidades locales, que se doten de un plan de medidas antifraude, que ha de cumplir con la estructura y los contenidos en ella previstos.

Esta disposición normativa toma como fundamento los cuatro hitos que configuran el conocido como ciclo antifraude: prevención, detección, corrección y persecución, y a partir de ese presupuesto establece un conjunto de obligaciones que tienen por finalidad la adopción de una serie de medidas integrantes de un sistema formal de gestión, bastante elemental y orientado “a definir, planificar, ejecutar, seguir y controlar los proyectos y subproyectos en los que se descomponen las medidas (reformas/inversiones) previstas en los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” (art. 1.º).

Estamos, pues, ante un estándar mínimo mediante el que dar cumplimiento al artículo 22 del Reglamento (UE) 241/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, que impone a España, como beneficiaria de los fondos MMR, la obligación de proteger los intereses financieros de la UE.

Centrándonos en la Administración local, aquellas entidades que tuviesen que gestionar o ejecutar proyectos financiados con esos fondos debían aprobar un plan de medidas antifraude, en un plazo inferior a noventa días desde que se tuviese conocimiento de la ejecución del PRTR o desde la entrada en vigor de la Orden [(art. 6.5.a)]⁶. Plazo, sin duda, poco realista y de muy difícil cumplimiento, si realmente se quiere contar con un plan antifraude mínimamente eficaz y coherente con el resto de las medidas previstas en otros instrumentos legales, incluidos los de naturaleza presupuestaria. Repárese en que alguno de los contenidos obligatorios del plan requiere que se realicen declaraciones institucionales o la aprobación de acuerdos específicos (reorganización de estructuras internas, cambios procedimentales, asignación de nuevas tareas...) que solo el pleno de la entidad local puede adoptar, a lo que deben añadirse dificultades de naturaleza política, cuando sea, si no imprescindible, sí conveniente alcanzar determinados consensos en razón de la materia. Suscribo, pues, la opinión de quienes consideran que la necesidad de

6. La Orden no obliga, sin embargo, a las entidades locales que se limiten a percibir o beneficiarse de fondos vinculados al PRTR, lo que hace pensar que, para estos casos, se estiman suficientes los controles ordinarios que llevan a cabo los funcionarios con habilitación nacional titulares de la secretaría y la intervención.

desarrollar en plazo el cumplimiento de esta condición legal ha llevado a que muchas entidades locales se hayan limitado a cubrir proforma los elementos requeridos por la Orden HFP/1039/2021, de 29 de septiembre, tratando la cuestión como un asunto aislado y sin haber realizado un análisis en profundidad de los riesgos y las capacidades de la propia organización⁷.

La lectura de los planes antifraude ya elaborados por las entidades locales refleja, mayoritariamente, una configuración endogámica de los mismos, circunscrita a los contenidos de la Orden y excesivamente desconectada de otras áreas de interés, también de obligada observancia en el ámbito local (transparencia, legislación en materia de subvenciones, contratación pública, controles financieros de carácter general...), con las que están directamente vinculados. Un autismo regulador que hace pensar más en la necesidad de cumplir con un trámite que en la existencia de una auténtica reflexión de fondo sobre la conveniencia de tomarse en serio las políticas de *compliance* público y asumir cambios significativos en la cultura de la organización.

En todo caso, el Plan ha de contar con los siguientes requerimientos mínimos:

- a) conceptos básicos: definición de fraude, corrupción, conflicto de intereses e irregularidad;
- b) una declaración institucional de compromiso contra el fraude;
- c) realizar una evaluación de riesgo e impacto de fraude (autodiagnóstico) y, como consecuencia de ello, elaborar un mapa de riesgos específicos para los procesos de gestión y ejecución del proyecto y sus fondos, previendo su revisión y actualización;
- d) la creación de un órgano propio de seguimiento y control;
- e) la determinación de un conjunto de indicadores (*red flags*) que operen como un mecanismo de alerta temprana;
- f) medidas antifraude: de prevención, de detección, de corrección y de persecución.

De todos estos contenidos, me detendré, por su relación directa con los programas de *compliance* público, en los apartados c), e) y f).

2.1

Una evaluación muy focalizada del riesgo

La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, fue elaborada para cumplir con las obligaciones contraídas por el Reino de España en relación con la

7. Vid. Darnaculleta Gardella (2023).

gestión y ejecución de fondos *Next Generation EU*. En ningún caso pretendía ser una guía para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo e integridad institucional, lo que explica que centre su mirada en el particular ámbito de la administración, gestión y ejecución de dichos fondos europeos. Su preocupación radica en que, respecto de esos concretos fondos, no se produzcan desvíos, gastos injustificados, contrataciones irregulares y, menos aún, conductas susceptibles de ser calificadas como fraudulentas o corruptas. Para ello, haciendo suyo el moderno paradigma de la prevención y el seguimiento, ordena a los destinatarios y gestores de proyectos financiados con fondos *NGEU* que elaboren una suerte de elemental mapa de riesgos, especializado y muy simplificado, a partir de la asignación de un valor a las distintas preguntas que integran un cuestionario de autoevaluación denominado “test conflicto de interés, prevención del fraude y de la corrupción”, que se encuentra en el Anexo II.B.5 de la citada orden ministerial.

No se trata de examinar ahora el contenido de ese cuestionario, pero sí cumple advertir que la Orden no determina qué método ha de seguirse para responder a las preguntas que allí se formulan ni qué órganos son los competentes para hacerlo. ¿Debe crearse un grupo de trabajo integrado por personas de diversos departamentos? ¿Deben circularse las preguntas entre los responsables de las áreas y los departamentos afectados? La autoevaluación requiere que se puntúe el grado de cumplimiento, ¿Se trata de una evaluación puramente técnica o debe incluir percepciones subjetivas? Cuando se examina el cuestionario se comprueba que se pregunta acerca de aquello que la Orden dispone que se debe tener, de suerte que se fuerza la realización de una ponderación entre las medidas existentes y las que deben ser implementadas.

En esa evaluación los márgenes de percepción son muy amplios y permiten valoraciones muy diversas e indefinidas. Así, por valarme de la primera de las preguntas del formulario, en la que se interroga acerca de si se dispone de un plan antifraude que permita a la entidad decisora o ejecutora garantizar que, en su ámbito de actividad, los fondos públicos se usan correctamente, una diputación provincial o un municipio de gran tamaño podría responder que, aun careciendo formalmente del mismo, cuenta con un sistema ordinario de control interno previsto en las bases de ejecución del presupuesto y en su reglamento interno, y, en consecuencia, asignar una mayor puntuación a esa cuestión, según su propia percepción de la eficacia de las medidas ya adoptadas.

Mediante el ejemplo, solo pretendo significar que, al no disponer la autoevaluación de una metodología más o menos definida que le otorgue

cierta credibilidad y rigor, la asignación de valor a sus distintos ítems y su cómputo final puede fácilmente no responder a la situación real de riesgo existente en la entidad que la suscribe.

Muchas entidades locales ya contaban previamente con diferentes evaluaciones de riesgo sobre otros muchos ámbitos (riesgos de ciberseguridad, riesgos en la contratación, riesgos de inversión y financieros, riesgos sobre la confidencialidad de la información...). A veces, hasta disponían de un completo mapa de riesgos unificado, porque se habían dotado de un programa de integridad institucional en el que se habían analizado los principales riesgos de la institución y adoptado medidas de prevención y control, parte de las cuales procedían de normas estatales o autonómicas, o de recomendaciones de determinadas instituciones públicas (Tribunal de Cuentas, Agencia Española de Protección de Datos, Consejo de Transparencia y órganos autonómicos similares). En todos estos casos, cabía preguntarse si podían remitir a la Administración otorgante de los fondos su programa de *compliance* público, especialmente en lo relativo a la gestión y ejecución de recursos financieros, o si, por el contrario, tenían que cumplimentar el cuestionario de autoevaluación en sus justos términos. La opción quedaba abierta, aunque para evitar potenciales conflictos de interpretación la mejor solución era, sin duda, cumplimentar los requisitos de la Orden, amparándose en alguno de los modelos de plan de medidas antifraude que se pusieron a disposición de las entidades locales⁸.

Con todo, en algunas entidades locales la situación planteada llamó a la reflexión sobre la necesidad de buscar un adecuado encaje para el Plan de Medidas Antifraude y aprovechar su proceso de elaboración o la experiencia derivada del mismo, para ordenar sus tránsitos internos y dotar de coherencia a sus políticas de prevención y seguimiento, incorporándolas a un más amplio y ordenado programa de *compliance* público e integridad institucional, pensado para reforzar una más sólida cultura de cumplimiento en la organización y no solo para salir al paso de la necesidad de cumplir con el deber de protección de los fondos europeos.

El Plan de Medidas Antifraude obliga a disponer de un órgano responsable del Plan. En muchos municipios y provincias ya se disponía por razones distintas —mandato legal o decisiones propias en el ejercicio de su autonomía— de órganos de transparencia, de igualdad, de supervisión del Código ético o de conducta de la organización, de privacidad y protección de la información..., por lo que se hacía inevitable preguntarse si era conve-

8. En este sentido, puede verse el Plan Antifraude elaborado por la FEMP: https://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/femp_plan_medidas_antifraude.pdf.

niente mantener esa pluralidad de elementos institucionales o, por el contrario, proceder a su racionalización, unificando todas esas expresiones de políticas de prevención, seguimiento y control en un único órgano y bajo un programa de cumplimiento unificado y articulado sobre unos principios y pautas comunes.

El Plan de Medidas Antifraude agitó esas aguas, favoreciendo que se iniciasen políticas internas de reordenación orgánica e institucional más homogéneas y coherentes, a las que pronto se añadió la nueva obligación legal de disponer de un sistema interno de información, también con la designación necesaria de un órgano responsable del mismo (Ley 22/2023, de 20 de febrero). ¿Tiene sentido contar con una multitud de canales de entrada de comunicaciones en función de la materia, con los riesgos de ciberseguridad y gestión que todo ello comporta, o es preferible racionalizar internamente los procedimientos y disponer de un sistema de información con un solo canal general de comunicaciones? ¿Es mejor dotarse de varios órganos proponentes e, incluso, decisorios, o, por el contrario, resulta más eficiente canalizar todos los *inputs* a través de un solo órgano que remite a los especializados y recibe sus propuestas para luego trasladarlas ordenadamente al órgano de gobierno competente? La respuesta parece sencilla. Sin embargo, remover y simplificar las estructuras ya existentes no lo es tanto.

Abordar un proyecto serio de *compliance* público permite conformar una visión compartida de todas las políticas proactivas y de prevención y dotarlas de una unidad de sentido, ganando en eficacia y favoreciendo el objetivo final de proteger a la organización y salvaguardar su prestigio institucional. En su informe de septiembre de 2023, de seguimiento de los fondos *Next Generation EU*, la FEMP advirtió sobre el impacto que su gestión y ejecución ha tenido en la creación de órganos de trabajo y control, lo que nos hace sospechar que se ha producido un agigantamiento innecesario de algunas estructuras administrativas, movidas por la urgencia y la necesidad de atender a proyectos que requieren de una ejecución muy acelerada y vinculada, en muchos casos, a decisiones externas que obligan a incrementar el tiempo dedicado a la coordinación y colaboración (grupos interadministrativos de estudio, de trabajo...).

El salto de una cultura administrativa menos formal a otra más funcional⁹ no puede realizarse mediante la inflación de órganos y procedimientos. Antes bien, requiere de un firme propósito a medio y largo plazo; de una visión homogénea y transformadora, imposible de alcanzar mediante un formulario de autoevaluación o creando estructuras *ad hoc*, de vida ini-

9. Gimeno Feliu (2021).

cialmente efímera, pero que se resistirán a desaparecer. El Plan de Medidas Antifraude es una oportunidad para profundizar en un *compliance* público al servicio del derecho fundamental de la ciudadanía al buen gobierno (art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales), la transparencia y la sostenibilidad de los recursos públicos. Pero ni está al alcance de todos ni siempre es posible conformar la voluntad necesaria para hacerlo.

2.2

¿Más banderas rojas?

El Plan de Medidas Antifraude debe incorporar un catálogo de indicadores que adviertan sobre conductas y hechos que pueden generar, albergar o desembocar en actividades corruptas o fraudulentas en el manejo de los fondos. Se trata, pues, de un sistema de alerta temprana estático y circunscrito a lectores interesados. Pocas personas se acercarán a ese compendio de potenciales indicios para prestarles atención en la tramitación y ejecución de los fondos. En la gran mayoría de los planes de medidas antifraude nos encontramos con un listado de indicadores, a modo de corta-pegar, tomados de otros documentos públicos emitidos por instituciones tanto europeas como españolas.

Aunque no puede negarse su utilidad, lo cierto es que de poco sirven si no se acompañan de un proceso de formación dirigido a las personas que han de administrar y ejecutar los fondos o velar por la correcta implementación del proyecto financiado. La detección de una alerta o bandera roja no solo requiere conocimiento del contexto en el que se produce, sino también capacidad para emprender un mínimo análisis de situación, con el fin de evitar equívocos innecesarios o la adopción injustificada de cautelas anticipatorias.

La formación resulta, por tanto, un elemento clave que, sin embargo, suele pasar, en este ámbito, de forma muy ligera o desapercibida. Cuando los empleados y responsables públicos son conscientes de sus tareas y del alcance y las consecuencias de sus decisiones, están suficientemente preparados para apreciar irregularidades o prácticas sospechosas, aunque estas no aparezcan expresamente documentadas como elementos indiciarios.

Siendo conveniente la existencia de estas fórmulas de advertencia anticipada, si se quiere disponer de un verdadero mecanismo de alerta temprana es necesario dedicar tiempo y recursos formativos (talleres de trabajo, técnicas de gestión de proyectos, casos prácticos, gestión de la información...), ya sean presenciales o telemáticos. Las políticas de prevención y con-

trol no nacen y mueren en documentos voluntariosos. Requieren perseverar en un cambio de cultura en la organización. Y, a veces, la mejor prevención se encuentra en el reconocimiento del trabajo bien hecho. Este aspecto, sin embargo, no aparece en los planes de medidas antifraude, cuando las políticas de incentivos han probado con creces su eficacia en la lucha contra toda forma de corrupción.

2.3

En la lógica (perdida) del *compliance* público. ¿Cómo acometer el ciclo del fraude?

La obligada incorporación al Plan Antifraude de medidas de prevención, seguimiento, detección y control obedece a la metodología que, tradicionalmente, informa las políticas de *compliance*. Con ese proceder se quiere dejar constancia escrita del conjunto de remedios que se deben establecer para aminorar los riesgos detectados mediante el cuestionario de autoevaluación. Puesto que esos riesgos están muy focalizados en la prevención del fraude y el manejo de los fondos, las medidas también se circunscriben fundamentalmente a ese ámbito de intervención.

Ahora bien, en la batalla contra las diversas formas de corrupción no hay compartimentos estancos. Las medidas generales de dación de cuentas, transparencia o evaluación del rendimiento institucional pueden ser tan eficaces para prevenir o detectar el fraude como las expresamente establecidas en el Plan.

Las personas responsables de velar por su cumplimiento asumen una tarea crucial y sobre ellas recae un deber más acentuado de actuar de forma proactiva, planificando las tareas de seguimiento y control, evaluando de forma continuada la eficacia de los controles establecidos y reportando en tiempo las anomalías que se detecten. En la práctica, estos cometidos suelen recaer mayoritariamente en personas de la asesoría jurídica, la dirección de personal o la dirección financiera, que se incorporan a un órgano presidido por un responsable político.

Los municipios pequeños lo tienen mucho más difícil y, por lo general, estas tareas se han atribuido básicamente a las personas titulares de la secretaría y la intervención. Desde su perspectiva, los planes de medidas antifraude son algo así como más de lo mismo o, si se prefiere, una carga adicional que, en muchos casos, han de asumir en soledad y sin un verdadero compromiso del órgano de gobierno, cuyo interés no va más allá de la necesidad coyuntural de salir del paso.

La responsabilidad de los órganos locales intermedios es aquí fundamental. A ellos corresponde planificar procesos de formación continua y de intercambio constante de información en la percepción y gestión del paradigma de la proactividad en el ámbito de la gestión pública, si se quiere que la necesidad de implementar el plan antifraude y otras políticas públicas con potencial presencia de riesgos de corrupción se convierta, finalmente, en virtud.

2.3.1

Las medidas del Plan Antifraude: cara y cruz

Puesto que lo que caracteriza las políticas de cumplimiento normativo es el acento en la prevención y la exigencia de proactividad por parte de sus responsables, centraré mi examen en las medidas de prevención, con el propósito de adelantar algunos problemas específicos de los planes públicos de integridad que ayuden a comprender su distinta naturaleza respecto de los programas de cumplimiento normativo de las organizaciones privadas.

Una de las medidas estrella de los planes de medidas antifraude es la obligación de las entidades gestoras o ejecutoras de fondos NGEU de dotarse de una política de conflicto de intereses, hasta el punto de que se dedica al asunto el apartado 1 del Anexo III.C, y se proporciona un modelo de declaración en el Anexo XX.

La detección temprana de un conflicto de intereses, sea aparente, potencial o real, es, evidentemente, un medio muy valioso para prevenir y detectar contextos de riesgo favorables a la comisión de comportamientos irregulares, enriquecimientos ilícitos o conductas fraudulentas. También resulta muy eficaz como política de prevención que todas las personas implicadas en la gestión y tramitación de los fondos tengan que subscribir una declaración de conflicto de intereses (DACI) al inicio de su actividad, pues siempre se puede cotejar cualquier indicio o sospecha ulterior con lo manifestado en aquel documento.

En la práctica, sin embargo, las cosas no son tan fáciles, incluso cuando se incluyen en la DACI cuestiones de respuesta meramente voluntaria por parte de la persona que la firme. La legislación en materia de protección de datos personales, a pesar de la finalidad del tratamiento, no lo pone, en muchos casos, nada fácil. Así, solicitar a una persona en una DACI información acerca de si, con anterioridad, ha sido sancionada o condenada por el manejo de fondos públicos, puede ser considerado como una exigencia

desproporcionada de información personal en relación con la finalidad de la declaración.

En todo caso, ha de tenerse presente que en nuestro modelo de función pública contamos con una completísima legislación en materia de incompatibilidades, tanto de carácter general, como aquellas que implican impedimentos concretos para el desarrollo de una específica función. Prueba de ello es que el modelo de DACI adjuntado a la Orden remite en varios de sus apartados a la normativa española y comunitaria. Incluso cuando no realiza un reenvío expreso a una disposición legal, como ocurre con el apartado 3 e) del modelo (“tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia y lugar”), es inevitable recordar el artículo 12.1.a) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En el ámbito de nuestra función pública son muy pocos los conflictos de intereses que se han escapado a la acción del legislador, lo que hace que la DACI sea, en muchos casos, un recordatorio redundante sobre el cumplimiento de obligaciones legales.

Mientras las declaraciones de conflicto de intereses desenvuelven un papel fundamental en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados, aportando un compromiso individual vinculante, en la esfera de las instituciones públicas y sus relaciones con terceros, el grueso de esa función ha sido sustituido por el establecimiento de obligaciones o condiciones legales de ejercicio, cuya eficacia ya no depende de lo declarado por las personas, sino de la aplicación de un mandato legal. En muchos casos, más que exigir una DACI bastaría con informar expresa e individualmente de las incompatibilidades y los impedimentos legales que acompañan el desempeño de una determinada función pública o la prestación de servicios (como contratista o como proveedor) para la Administración, cuando, como ahora es el caso, se tienen que gestionar o ejecutar fondos NGEU. Frente a una DACI puede alegarse falta de consentimiento informado, cuestionarse la autoría o que su firma no fuese previa a los hechos alegados. Frente al incumplimiento de la ley, nada de ello se puede sostener.

La segunda pieza capital para la prevención y el control de conductas irregulares es el establecimiento de un canal interno de comunicación que permita advertir o denunciar la comisión de eventuales irregularidades en la gestión de los fondos. La previsión de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, se ha visto superada, como ya hemos dicho, con la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 22 de febrero, que además aplica a todos los municipios españoles con independencia de su población. Es

cierto que, en principio, el sistema de información introducido por esta ley tiene por objeto la comunicación de las infracciones graves, muy graves o conductas eventualmente constitutivas de delito que se produzcan en el giro o tráfico de la organización. Ahora bien, por razones de sistemática y racionalización organizativa y funcional, la propia ley autoriza que, a través de ese mismo sistema de información, también puedan transitar comunicaciones sobre infracciones de menor entidad u otras irregularidades no sancionadas administrativamente (por ejemplo, las laborales) o que afecten a la inobservancia de principios y valores o normas y protocolos internos.

Pues bien, una vez más, y aunque la Ley 2/2023 solo lo haga de forma tácita y un tanto confusa, es imprescindible diferenciar la lógica funcional de este instrumento en el ámbito de los sujetos privados en relación con la esfera propia de las Administraciones públicas, so pena de incurrir en graves descabros.

En efecto, ni el sistema de información es un procedimiento administrativo ni las decisiones que se adopten en él (admisión de la comunicación, archivo, inicio de una *due diligence*, traslado de la propuesta al órgano decisor...) son, en puridad, actos administrativos, sino única y exclusivamente actos preparatorios y previos al ejercicio propiamente dicho de una potestad pública¹⁰. Con acertada expresión, la ISO 37002, sobre gestión de canales de denuncia, denomina a esta etapa de verificación de las comunicaciones recibidas “fase de triaje”, es decir, de filtrado previo de la información (sobre todo cuando es anónima), para constatar si presenta un mínimo de verisimilitud que la haga merecedora de una consistencia suficiente como para poder iniciar un procedimiento disciplinario o sancionador o, en su caso, que se dé traslado al Ministerio Fiscal. Solo una vez superada esta fase preparatoria se inicia el procedimiento legal correspondiente¹¹. Es entonces, y no antes, cuando hay que comunicar a la persona o las personas investigadas que se inicia un procedimiento contra ellas, dándoseles traslado de la imputación y ofreciéndoles el ejercicio de sus derechos de alegación y defensa. Dicho con otras palabras, la Ley

10. *Vid.* Caamaño Domínguez (2023).

11. Precisamente por ello, en contra de lo sostenido por algunos autores, el art. 20.4 de la Ley 2/2023 no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva ni conculca la reserva constitucional de jurisdicción. Se trata de un conjunto de actos preparatorios cuya finalidad principal es otorgar cierta credibilidad de inicio a una comunicación anónima que de otra manera, por su falta de autoría, sería directamente rechazada en derecho. Se comprende, así, que la propuesta que remita la Autoridad independiente de Protección del Informante a la autoridad competente no sea susceptible de impugnación ante los órganos judiciales, pues solo es una denuncia cualificada.

2/2023 no modifica las leyes de procedimiento administrativo, laboral o el de igualdad, y mucho menos la LECrim¹².

En lo que concierne a la persecución de fraude, la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, dispone un procedimiento de comunicación específico, en cuya virtud la entidad local, tan pronto tenga conocimiento de la realidad del fraude, debe informar a la entidad gestora o ejecutora de los fondos, y esta se lo hará saber a la Autoridad Responsable. Cuando los hechos revistan cierta gravedad o puedan tener consecuencias penales, además de iniciar una información reservada, la entidad local ha de ponerlos en conocimiento del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (que, a su vez, debe informar a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude) o del Ministerio Fiscal, y, en su caso, emprender acciones ante los tribunales competentes.

También aquí, y obviando ahora la especificidad de la materia, existen diferencias, y no solo de matiz, entre las soluciones de *soft law* típicas de los programas de cumplimiento normativo y los deberes de información legalmente impuestos a los poderes públicos. Cuando en el ámbito de un operador privado se plantea la cuestión de si procede o no informar al Ministerio Fiscal sobre una indebida utilización de fondos públicos, el órgano de gobierno se tiene que plantear si con ese traslado de información no está también autodenunciando a la persona jurídico-privada a la que representa, y si es posible invocar el derecho a no declarar contra sí mismo del artículo 24.2 CE, cuestión que, obviamente, no puede producirse en el ámbito de las entidades públicas a las que no son de aplicación las reglas de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 bis del Código Penal.

La filosofía del *compliance* opera sobre la lógica de prevenir e intentar solucionar los conflictos en el interior de la organización, lavando, cuando se pueda, la ropa sucia en casa, y, si las conductas descubiertas fuesen ilegales, llevando a cabo su explosión controlada para evitar perjuicios innecesarios, contener los daños reputacionales y las repercusiones negativas en el mercado.

12. Si el responsable del sistema interno de información diese traslado de una comunicación que se acaba de recibir a la persona o personas implicadas en ella para que ejerciesen sus derechos de alegación y defensa, estaría privando *de facto*, al instructor del ulterior procedimiento, de sus potestades legales de investigación, de las que, obviamente, el responsable del sistema carece. Podría llegarse al absurdo de que, por entender que la admisión de la comunicación era un acto jurídico y trasladar al investigado su existencia con el fin de que ejerciese sus derechos, se frustrase toda una investigación penal, pues la comunicación operaría como un aviso que, en muchos casos, haría inútil la posibilidad del juez instructor de acordar el secreto del sumario a fin de investigar los hechos sin el conocimiento de las personas investigadas.

En los planes públicos de integridad institucional, generales o sectoriales, como los planes antifraude previstos para los fondos NGEU, los distintos hitos que integran la cadena de información interadministrativa son mandatos legales de obligado cumplimiento, y cualquier forma de omisión o retraso deliberado no solo carece de justificación en función de otros intereses en conflicto, sino que, además, constituye una nueva infracción de la legalidad potencialmente delictiva. Además, las formas de comunicación y el acceso a la información están sujetos a otros requisitos y condicionantes fijados normativamente. De hecho, uno de los principales problemas de interpretación que plantea la Ley 2/2023 es el relativo a las obligaciones de comunicación de las entidades privadas con la Autoridad Independiente y la existencia de un doble circuito (canal interno y externo) que puede operar de forma simultánea.

3

El horizonte del *compliance* público local y el riesgo de confundir los riesgos

El derecho público no lo puede todo, aunque parezca, a diferencia del privado, que ese es uno de sus principales propósitos regulatorios. La decisión pública siempre se ha construido sobre una selección de preferencias y prioridades que se proyectan en particulares contextos. La interpretación administrativa de la ley necesita de un grado imprescindible de desvinculación para traducirse en la expresión concreta de un poder público, a pesar de la sabia vigilancia del principio de legalidad y de la obligación de objetividad de quien la aplique.

En los limitados márgenes de ese espacio de negociación decisoria, consentido por la ley para que la Administración pública traduzca sus objetivos en expresiones de poder al servicio de la comunidad, se cuela en ocasiones, bajo muy diversas formas, la corrupción. Se puede incrementar la amenaza punitiva o pretender una regulación reglada y muy minuciosa de todos los elementos que rodean al proceso administrativo de decisión. Pero, como en la película de Billy Wilder, versión española, la tentación vive arriba.

En este reducido espacio de maniobra, tan relevante, sin embargo, como el punto de apoyo de una palanca, las políticas de prevención y la filosofía del *compliance* como cultura compartida de una organización pueden resultar de suma utilidad, pero también ser causa de desintegración funcional y un peligroso acelerador de la “huida del derecho administrativo”, en un ámbito en el que el control público es especialmente necesario.

Conviene, pues, no dejarse llevar por el canto de sirena de las consultorías ni por falsos remedios alternativos. Las posibilidades de autorregulación, incluida la obligatoria (*enforced self-regulation*), solo cobran sentido en nuestra concepción del derecho público como complemento y apoyo de lo previamente regulado en la ley. Nunca para cubrir una laguna o un vacío.

Cuando lo ordenado coincide con la conciencia individual de quien tiene que cumplirlo, la ley es innecesaria. No se actúa con arreglo a la ley, sino conforme a los dictados de la voluntad. Las políticas de *compliance* sirven para promover una cultura mediante la que lo dispuesto en la ley se sienta como parte de la conciencia, precisamente en aquellos espacios de decisión en los que, por su posición límite, la fuerza de ley no lo puede todo.

Mientras en el ámbito privado ese espacio presenta cierta holgura por el juego concedido a la autonomía de la voluntad, no ocurre así en las relaciones jurídico-públicas. En efecto, como es bien conocido, los sujetos privados pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe (principio de legalidad en sentido negativo), mientras que los sujetos administrativos solo pueden hacer aquello que la ley les permite (principio de legalidad en sentido positivo). Por eso el *compliance* privado y el público son, en su aplicación, distintos¹³.

Esta elemental diferenciación tiende a olvidarse ante la progresiva importación de las técnicas de *compliance* presentes en el sector privado y en ordenamientos jurídicos con una Administración pública conceptualmente distinta de la nuestra (básicamente los anglosajones), a lo que ha de sumarse el impulso que les ha dado la UE, cuya principal preocupación es articular soluciones jurídicas flexibles y capaces de acomodarse al universo de Administraciones públicas de los Estados miembros.

En nuestro modelo de Estado de derecho la ética pública es la ética de la ley, y salvo por lo dispuesto en la Constitución, la ética de la ley es la de la mayoría. A eso lo llamamos democracia. Superar la invocación de la moral como fuente jurídica superior o igual a la ley no fue fácil. Hoy es un logro incuestionable.

La proliferación de códigos éticos y de conducta en el ámbito de la Administración pudiera hacer pensar en una suerte de regresión al pasado. Solo cuando las políticas de *compliance* son un complemento aquilatado y no un sustituto velado de la ley o un cauce alternativo, el refuerzo que aportan es valioso y estimable.

13. No creo, en consecuencia, que el fundamento ético del programa de cumplimiento sirva de soporte igual al *compliance* privado que al público, como sostienen Fortuny y Subirana (2021), a no ser que esa ética sea, en el caso del *compliance* público, la que hace suya la ley.

Para ello es imprescindible, en mi opinión, ajustar las técnicas de *compliance* a la realidad muy diversa de nuestro sector público y, en lo que ahora nos interesa, a las peculiaridades y necesidades funcionales de la Administración local, para, finalmente, hacerlo respecto de cada concreta entidad. Todo programa de cumplimiento que aspire a ser un aporte positivo para la organización ha de confeccionarse como un traje a medida elaborado a partir de las medidas de la ley, buscando la utilidad y la sencillez.

No dudo que el nuevo reto de la prevención y la proactividad favorecerá la integridad en el ejercicio de la función pública. Las obligaciones de *compliance* derivadas de la normativa de la UE, como las que aquí se han analizado, son un importante estímulo. Pero también pueden comportar algunas disfunciones si no se aquilatan a la naturaleza pública de sus destinatarios y si solo se abordan desde un enfoque estrictamente sectorial.

Los fondos NGEU y los planes de medidas antifraude son una oportunidad digna de ser aprovechada, especialmente por las entidades locales. Pero ello exige un esfuerzo adicional: extender la misma actitud a otras áreas donde la adopción de decisiones ofrezca *a priori* un alto nivel de riesgo en el cumplimiento de la legalidad, y hacerlo, además, con un programa de *compliance* público reflexivo, hecho a la medida de la organización, coherente y completo, que evite solapamientos procedimentales y la superposición de estructuras, y sobre todo que procure la integridad institucional mediante el reforzamiento cultural de la legalidad. Expresado con otras palabras: un programa que promueva el cumplimiento de la ley allí —y solo allí— donde el mapa de riesgos de la organización aprecie la potencial concurrencia de riesgos que la sola publicación de la ley no sea capaz de paliar.

No basta, pues, con la mera acumulación de medidas e instrumentos de *compliance*, creados para dar cumplimiento formal a nuevas obligaciones legales, como ocurre en el seno de algunas entidades locales. Esta forma “Frankenstein” de paliar los riesgos, aparte de poco operativa y disfuncional, introduce un nuevo y más preocupante riesgo: que el *compliance* público y sus instrumentos de regulación puedan invocarse como excusa ética para un puntual apartamiento de la vinculación positiva de la Administración pública a la ley. Ni la autonomía local ni las potestades de autorregulación y organización facultan la creación de un ámbito de paralegalidad mediante el que “maquillar” (*make up compliance*¹⁴) la ley.

14. La expresión es la utilizada en el ámbito del *compliance* penal, para hacer referencia a los programas de cumplimiento cuya finalidad es la de crear una apariencia formal bajo la que camuflar un propósito ilícito.

4 Bibliografía

- Caamaño Domínguez, F. (2023). Una aproximación a los sistemas de información y los canales de incidencias. Algunos problemas de interpretación e implementación de la Ley 2/2023. En A. Galán Galán y P. Mahillo García (dirs.), *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (pp. 13-31). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2023). Planes antifraude, integridad y *compliance* de las entidades locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 16, 47-76.
- Fortuny Cendra, M. y Subirana de la Cruz, S. (2021). El Compliance de las entidades locales. *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, 2, 79-92.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2021). El desafío de fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XX, 21-41.
- Jiménez Asensio, R. (2022). Sistema de integridad institucional y planes de medidas antifraude en los Gobiernos locales. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial I.
- Moreno García, P. (2021). Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales: repercusiones de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 12.
- Prieto Romero, C. (2021). Las medidas urgentes de modernización de la Administración para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su aplicación a las entidades locales. *Anuario del Gobierno Local 2020*, 499-535.
- Rivero Ortega, R. (2024). La gestión de los fondos de recuperación en el ámbito local. *Revista digital CEMCI*, 61, 1-22.
- Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales. *REALA*, 16, 33-52.