

Fiscalización de los conflictos de interés

Roger Folguera Fondevila
Oficina Antifraude de Cataluña
rfolguera@antifrau.cat
Grupo 5: Nuevos retos

I. El objetivo de la presente comunicación es abrir o contribuir a un debate técnico sobre la necesidad de incluir o no en la planificación y ejecución de las fiscalizaciones de las Instituciones de Control Externo (ICEX) un trabajo específico y autónomo sobre conflictos de interés.

Parte del contenido de la comunicación es una adaptación al ámbito de actividad de las ICEX del contenido del informe de la Oficina Antifraude de Cataluña sobre “La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña”, publicado en diciembre de 2016¹.

II. Los conflictos de interés², entendidos como aquellas situaciones en que un interés particular podría influir, o parecer que interfiere, en el ejercicio adecuado de nuestro juicio profesional en nombre de otra persona que legítimamente confía en él, son considerados un riesgo de corrupción común en todas las organizaciones públicas.

El vigente marco normativo regula de forma dispersa diversas instituciones sobradamente conocidas (declaraciones de intereses, incompatibilidades, abstención, etc.) que inciden en la gestión de los conflictos de intereses de los cargos y resto de servidores públicos. El conjunto de dichas instituciones configura un sistema jurídico de gestión de conflictos de interés.

¹ Enlace: https://www.antifrau.cat/images/web/docs/publicacions/estudis_integricat/la-gestion-de-los-conflictos-de-interes-en-el-sector-publico-de-catalunya-informe-oac-esp.pdf;
Autores: Lara Baena, Roger Folguera, Oliver García, Marisa Miralles y Oscar Roca.

² La normativa no ofrece una definición o concepto jurídico transversal de conflicto de interés, como tampoco lo hace con los conceptos de fraude y de corrupción.

Más allá de aplicar procedimientos de auditoría específicamente dirigidos a determinar las circunstancias y posibles efectos en los estados financieros así como eventuales incumplimientos puntuales de las disposiciones legales ante la eventual detección de un caso de conflicto de interés, se defiende incluir ordinariamente en la planificación y ejecución de las fiscalizaciones de legalidad la revisión global del sistema de gestión de conflictos de interés.

Este enfoque resulta congruente con la reconocida importancia de las ICEx en la lucha contra la corrupción en relación con la consideración de los conflictos de interés como un riesgo de corrupción.

III. Tal como se ha avanzado, el sistema de gestión de los conflictos de interés deriva de la normativa, pero también de la potestad de auto organización de los entes públicos, y está formado por un conjunto de instituciones o “herramientas” las cuales se pueden clasificar según su finalidad como sigue:

Herramientas de detección, la finalidad de las cuales es identificar intereses particulares que de manera efectiva, potencial o aparente están en conflicto con el deber profesional:

- *Hearings*: detección intereses precargo
- Declaraciones de intereses
- Medidas de transparencia y publicidad
- Formación y asesoramiento

Herramientas de gestión, cuya finalidad es o bien eliminar el interés detectado que origina la situación de conflicto de interés o bien evitar la influencia de este interés cuando no se puede eliminar (p.ej. relaciones personales):

- Abstención y recusación
- Control de segundas ocupaciones y otras fuentes de ingreso (incompatibilidades)
- Control de intereses post cargo
- Medidas organizativas (p.ej. segregación de funciones o declaraciones responsables de sujetos no obligados)
- Política de regalos y otros beneficios

Herramientas de garantía del eficaz cumplimiento de las herramientas de detección y de gestión, mediante la detección, comunicación y sanción de los incumplimientos y la reparación de los daños causados:

- Órganos internos con funciones de control
- Canal interno de denuncias y protección de alertadores
- Régimen sancionador
- Órganos externos de control

IV. El diseño de procedimientos específicos para fiscalizar la regularidad del sistema de gestión de conflictos de interés debe tener muy en cuenta, por un lado, las debilidades normativas del sistema y, por el otro, los factores de riesgo de la entidad fiscalizada con el objetivo de minimizar el riesgo de detección y, en definitiva, el riesgo de fiscalización.

En relación con las debilidades normativas, resulta necesario referirse, en primer lugar, a una de las principales características del sistema que debilitan su eficaz cumplimiento: su elevada fragmentación y dispersión.

Así, en el ámbito del sector público en Cataluña (Generalitat, Entidades locales y Universidades públicas) existen no menos de 15 leyes que de un modo u otro inciden en la gestión de los conflictos de interés. A modo de significativo ejemplo, un cargo electo local en Cataluña debe tener en cuenta hasta 9 leyes (6 estatales y 3 catalanas) para gestionar sus eventuales conflictos de interés.

En la siguiente Tabla 1 se recogen aquellas leyes aplicables a los cargos y servidores públicos de ámbito local (en Cataluña) que guardan relación con la gestión de los conflictos de interés:

Tabla 1: Leyes relacionadas con la regulación de los conflictos de interés

	Cargos electos	Personal directivo local	Habilitados estatales (libre designación)	Personal al servicio
Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público	○ Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	○ Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	○ Arts. 23 y 24 Abstención y recusación	○ Arts. 23 y 24 Abstención y recusación
Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general	○ Arts. 6, 177 i 178 Inelegibilidades Incompatibilidades			
Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local	○ Art. 75.7 Declaraciones	○ Art. 75.7 Declaraciones	○ Art. 75.7 Declaraciones	
Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado	○ Arts. 15 Actividades post cargo	○ Arts. 15 Actividades post cargo		
Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas	○ Art. 5 Incompatibilidades	●	●	●
Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público		○ Arts. 52 a 54 Código conducta	○ Arts. 52 a 54 Código conducta	○ Arts. 52 a 54 Código conducta
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno	○ Arts. 25 a 27 Buen gobierno	○ Arts. 25 a 27 Buen gobierno		
Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya	○ Art. 163 Registro de intereses			
Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat	○ Art. 3 Incompatibilitats	●	●	●
Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern	○ Arts. 54 a 57 Bon govern	○ Arts. 54 a 57 Bon govern		

Fuente: Elaboración propia

Al margen de la evidente fragmentación y dispersión normativa, existen otras debilidades del sistema como son los cargos y funciones públicas que quedan al margen de la normativa de conflictos de interés (p.ej. consejero independiente de una sociedad pública o arquitecto “municipal” por contrato de servicios) o la falta de reacción jurídica ante determinados incumplimientos de dicha normativa (tanto en la esfera administrativa como penal).

V. Una vez expuestas algunas de las debilidades más significativas del sistema, resulta pertinente referirse a los factores de riesgo de entidad de incumplimiento de las herramientas de gestión de conflictos: los factores de riesgo inherentes y de riesgo de control interno.

Entre los factores de riesgo inherente cabe destacar la misma actividad de las entidades fiscalizadas en las áreas clásicas de riesgo de los ICEX como son la contratación pública, las subvenciones y el urbanismo en las que el riesgo de incumplimiento de las herramientas de gestión de los conflictos de interés es

más elevado. El incentivo para ocultar un interés particular que puede interferir en el juicio profesional es superior en estas áreas debido a la gran cantidad de recursos que movilizan y, en el caso particular del urbanismo, a las elevadas plusvalías que se pueden generar.

Son también factores de riesgo inherentes de tipo organizativo y de procedimientos la inadecuada segregación de funciones, el bajo grado de transparencia en la gestión y la discrecionalidad injustificada en la toma de decisiones. Así mismo, el factor humano es un factor de riesgo muy relevante en la gestión de los conflictos debido a la baja sensibilidad de las personas al reconocimiento del conflicto entre un interés particular legítimo y el deber profesional.

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

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

VI. Finalmente, el riesgo de detección debe reducirse no solo diseñando procedimientos específicos para la revisión de la regularidad del sistema de gestión sobre la base de la valoración de los distintos factores de riesgo de entidad sino asignando a ese trabajo personal cualificado con formación suficiente y, por supuesto, disponer y trabajar con información tributaria y de registros públicos (Mercantil y de la Propiedad).

Los cuestionarios son la herramienta válida para obtener información sobre el funcionamiento y los procedimientos de la entidad así como de las debilidades

que puedan existir en el control interno. Algunos ejemplos de preguntas para un posible cuestionario:

- ¿El Pleno de la corporación ha aprobado modelos de declaración sobre causas de posibles incompatibilidades y sobre cualquier actividad que proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos?
- ¿Se requieren las declaraciones no presentadas en los plazos legales?
- ¿Se realiza algún tipo de comprobación de la información contenida en las declaraciones presentadas por los sujetos obligados?
- ¿El Ayuntamiento abona alguna compensación económica durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato a los representantes locales que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desarrollar su actividad profesional? ¿Se verifican las actividades privadas iniciadas con posterioridad al cese en relación con las actividades prohibidas?
- ¿Se verifica si los empleados de la entidad desarrollan actividades privadas sujetas a autorización? ¿Qué tipo de comprobaciones?

No obstante, será a través de pruebas diseñadas específicamente para cada herramienta las que permitirán obtener las mejores evidencias sobre la regularidad en la gestión de los conflictos de interés en la entidad fiscalizada: entre otras, verificar la información contenida en todas o algunas de las declaraciones presentadas por los sujetos obligados (p.ej. comprobaciones en registros públicos y con información tributaria), revisar las pluriocupaciones de los cargos y resto de servidores de la entidad así como sus eventuales autorizaciones.

VII. Se propone, en definitiva, considerar la existencia de un sistema jurídico de gestión de conflictos de interés y fiscalizarlo de forma específica y autónoma para evaluar de forma global si la entidad fiscalizada gestiona conforme a norma dichos conflictos, poder reducir el riesgo de fiscalización y contribuir, en definitiva, a garantizar la eficacia del sistema y reducir las oportunidades de corrupción.