



COMPLIANCE E INTEGRIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

Federico A. Castillo Blanco
Coordinador



tirant
lo blanch

ESFERA
Todo el Derecho

COMPLIANCE E INTEGRIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

Coordinador



tirant lo blanch
Valencia, 2019

INTRODUCCIÓN GENERAL

Federico A. Castillo Blanco

1. OBJETO Y OBJETIVOS DE ESTUDIO DEL PROYECTO I+D DER2016-79920-R	21
2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE OTRAS RESPONSABILIDADES POR CONDUCTAS INADECUADAS Y ANTIJURÍDICAS: RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD PENAL	23
3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LOS TRABAJOS QUE COMPOENEN EL PRESENTE ESTUDIO	25

CORRUPCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL 27

Antonio Jiménez-Blanco

Carrillo de Albornoz

TRANSPARENCIA Y ÉTICA PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS DE LA INTEGRIDAD Y DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

Juana López Pagán

1. INTRODUCCIÓN	51
2. LA AGENDA 2030: UN PLAN PARA TRANSFORMAR EL MUNDO Y RECUPERAR LA CONFIANZA EN EL GOBIERNO	52
2.1. De los Objetivos del Milenio a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.....	52
2.2. Enfoque TAAPP y políticas palanca para la implementación de la Agenda 2030	59
2.3. Instituciones confiables y transparentes que rinden cuentas: ¿una palanca para el desarrollo sostenible?	60
3. LA AGENDA 2030 EN ESPAÑA: UN PROYECTO DE PAÍS CON UNA NUEVA GOBERNANZA.....	63
3.1. Antecedentes: el impulso de los ODS en España.....	63
3.2. El Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 en España	65
3.3. El Gobierno Abierto: palanca para el desarrollo sostenible en España	67
3.4. Desafíos pendientes: las recomendaciones de Transparencia Internacional	68
3.5. Gobernanza del Plan de Acción: participación, transparencia y rendición de cuentas.....	70
4. ESTRATEGIA DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2020-2030: MARCOS DE INTEGRIDAD, ÉTICA PÚBLICA Y CONFIANZA.....	72
5. CONCLUSIONES.....	76
Bibliografía.....	77
Siglas.....	79

LA IRUPCIÓN DEL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE: UN INSTRUMENTO DEL BUEN GOBIERNO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

José María Pérez Monguió

1. INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA	83
2. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN DE LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA	85
3. POSIBLES ARGUMENTOS DEL SUSTRATO QUE SUBYACE EN LA REGULACIÓN DEL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE EN ESPAÑA.....	91
4. ¿LA PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE ES UN REQUISITO IMPRESCINDIBLE PARA LA EFECTIVIDAD DEL INSTRUMENTO DE LA DENUNCIA?.....	95
5. LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE: EL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE	97
5.1. ¿Quién debe ser objeto de protección?.....	98
5.2. Medidas de protección	101
5.2.1. Confidencialidad	103
5.2.2. Medidas de indemnidad.....	105
5.3. Medidas de naturaleza procedimental: los canales de denuncia	107
Bibliografía.....	110

EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA ACTUACIÓN DE CARGOS PÚBLICOS

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DE NUESTRO ESTUDIO	115
2. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS	121
3. MECANISMOS APLICABLES A LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS.....	124
3.1. Los medios autocompositivos y heterocompositivos.....	124
3.2. Los Códigos de Conducta	127
4. EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALTOS CARGOS.....	132
4.1. La Administración General del Estado.....	132
4.1.1. Dedicación exclusiva al cargo.....	139
4.1.2. Retribución única	141
4.1.3. Percepción de regalos o servicios.....	141
4.1.4. Actividades públicas compatibles.....	143
4.1.5. Actividades privadas compatibles.....	145
4.1.6. Control y gestión de valores y activos financieros.....	149
4.1.7. Declaraciones de actividades y de bienes y derechos.....	150
4.1.8. Régimen jurídico tras el cese	151
4.2. Las Comunidades Autónomas.....	153
4.3. Las Entidades Locales	154
5. CONCLUSIONES.....	157

LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Agustí Cerrillo i Martínez

1. LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA COMO ELEMENTO CLAVE DE LOS MARCOS DE INTEGRIDAD	161
2. LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA EN LAS ENTIDADES LOCALES EN CATALUÑA	164
3. EL CONTENIDO DE LOS MODELOS DE CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA	168
4. LOS MECANISMOS DE GARANTÍA	173
4.1. Las comisiones de ética	173
4.2. Los canales de alerta o denuncia	174
4.3. El régimen sancionador	175
5. REFLEXIONES FINALES	177
Bibliografía.....	177

LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

Severiano Fernández Ramos

1. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LOS PROCESOS SELECTIVOS	183
2. COMPETENCIA PROFESIONAL DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN	186
3. IMPARCIALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN	188
4. INDEPENDENCIA DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE SELECCIÓN	193
4.1. La exclusión del personal de elección, de designación política, funcionarios interinos y personal eventual	193
4.2. La intervención de representantes sindicales	195
4.3. Los límites al corporativismo y la endogamia	198
4.4. La designación de los miembros del órgano	201
5. INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO DE SELECCIÓN	202
5.1. Los centros y organismos de selección	202
5.2. Competencia revisora de la actuación de los órganos de selección	207
5.3. Excurso: sobre la externalización de los procesos de selección	208
Bibliografía.....	209

POSIBILIDADES DEL COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ELEMENTOS CLAVE PARA SU UTILIZACIÓN

M^a Concepción Campos Acuña

1. LA INTEGRIDAD COMO EJE DEL NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	215
1.1. La necesidad de impulsar la integridad en la contratación pública	215
1.2. La integridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	216

2.	UNA APROXIMACIÓN AL <i>COMPLIANCE</i> EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DIMENSIÓN <i>AD INTRA</i> Y <i>AD EXTRA</i>	218
2.1.	Exigencia de programas de <i>Compliance</i> a licitadores y adjudicatarios	219
2.2.	La dimensión interna: los programas de <i>Compliance</i> en las Administraciones Públicas	220
3.	LA GESTIÓN DE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN COMO POLÍTICA DE GESTIÓN DE RIESGOS PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN.....	222
3.1.	Gestión de riesgos y gestión de la integridad en la contratación	222
3.2.	Identificación de riesgos en las diferentes fases de la contratación pública.....	223
3.2.1.	Gestión de riesgos en la fase de preparación del contrato	224
3.2.2.	Gestión de riesgos en la fase de licitación del contrato	225
3.2.3.	Gestión de riesgos en la fase de ejecución del contrato	227
4.	LA TRANSPARENCIA Y EL PERFIL DEL CONTRATANTE COMO HERRAMIENTAS AL SERVICIO DE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN.....	228
4.1.	La nueva configuración del perfil del contratante como herramienta de publicidad activa	229
4.2.	Acceso a la información contractual y principio de confidencialidad: el necesario equilibrio	230
5.	EL CONFLICTO DE INTERESES: DEFINICIÓN Y GESTIÓN EN LA LCSP	231
5.1.	El concepto de conflicto de intereses en el ordenamiento jurídico	231
5.2.	El conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.....	232
5.3.	Bases para la gestión de los conflictos de intereses en materia de contratación	233
5.3.1.	Prevención de los conflictos de intereses	234
A)	Declaración de inexistencia de conflicto de intereses	234
B)	Cuarentenas post-empleo como control posterior al cese	235
C)	Condiciones especiales de compatibilidad de los licitadores	236
D)	Aprobación de programas de cumplimiento normativo (<i>Compliance</i>)	237
E)	Las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter ético	237
5.3.2.	Detección de los conflictos de intereses.....	237
A)	Información y publicidad en el perfil del contratante.....	238
B)	Declaraciones de bienes y actividades de los responsables públicos	238
C)	Canales de denuncia sobre los conflictos de intereses	239
5.3.3.	Solución de los conflictos de intereses.....	240
5.3.4.	Sanción de los conflictos de intereses	240
A)	Sanción de los conflictos de intereses de los empleados públicos....	240
B)	Sanción de los conflictos de intereses de los altos cargos y responsables públicos	241
C)	Sanción de los conflictos de intereses de licitadores y adjudicatarios	241
5.4.	El control de los conflictos de intereses en la LCSP: La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación	241

6. CONCLUSIONES: OPORTUNIDADES DEL <i>COMPLIANCE</i> PARA LA MEJORA DE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	242
Bibliografía.....	246

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Juan José Lavilla Rubira

1. INTRODUCCIÓN	251
2. ESTABLECIMIENTO DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	253
2.1. Exigencias sustantivas	253
2.1.1. Objetividad en la formulación	253
2.1.2. Carácter no discriminatorio	257
2.1.3. Eficacia garantizadora de la posibilidad de una competencia efectiva...	259
2.2. Exigencias formales	260
2.2.1. Motivación	260
2.2.2. Claridad y comprensibilidad	260
2.3. Predeterminación	261
2.4. Inalterabilidad	262
2.5. Especificaciones que permitan comprobar que la información facilitada por los licitadores se ajusta a la realidad	263
2.6. Ponderación de los criterios de adjudicación	264
3. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.....	264
3.1. Competencia para la aplicación de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.....	264
3.2. Verificación de la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores a efectos de la aplicación de los criterios de adjudicación	266
3.3. Orden en el que han de aplicarse los criterios de adjudicación	267
3.4. Motivación	267
3.5. Margen de apreciación de la Administración en la aplicación de los criterios de adjudicación	268
4. CONSIDERACIONES FINALES	269
Bibliografía.....	270

NOVEDADES, PREVENCIÓN Y CAUTELAS DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Francisca Leonor Villalba Pérez

1. INTRODUCCIÓN: CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS SOCIALES.....	273
2. MARCO NORMATIVO DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES: NOVEDADES DE LAS DIRECTIVAS DE 2014 Y DE LA LCSP DE 2017	276
2.1. Gestión indirecta de los servicios sociales en las Directivas de contratación del sector público de 2014.....	277

2.2. Gestión indirecta de los servicios sociales en la LCSP de 2017	281
3. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES.....	287
3.1. Gestión directa	287
3.2. Gestión indirecta	288
3.2.1. Gestión indirecta por mecanismos contractuales	288
3.2.2. Gestión indirecta del servicio por mecanismos no contractuales.....	292
4. RESPUESTAS DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LAS DIRECTIVAS DE 2014 Y EN LA LCSP DE 2017 SOBRE LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES	294
5. PREVENCIÓN Y CAUTELAS EN LA CONFIGURACIÓN DEL CON- CIERTO SOCIAL. BREVE APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA	298
6. CONCLUSIONES.....	306
Bibliografía.....	308

DE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL DELITO EN NUEVE PREGUNTAS

Antonio Luis Fernández Mallol

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	313
2. ¿CUÁNDO COMIENZA A TENER RELEVANCIA PENAL LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA? ¿POR QUÉ?	313
3. ¿POR QUÉ ADQUIERE RELEVANCIA PENAL EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?.....	316
4. ¿ES CIERTO QUE SE CRIMINALIZA EL DERECHO ADMINISTRATIVO? ¿EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?	319
5. ¿CUÁLES SON ALGUNAS DE LAS IRREGULARIDADES TÍPICAS EN LA CONTRATACIÓN QUE PUEDEN LLEGAR A SER CONSTITUTIVAS DE DELITO?.....	320
6. ¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS TIPOS PENALES QUE SE ASOCIAN A COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?.....	321
7. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA, COHECHO, MALVERSACIÓN, FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN, TRÁFICO DE INFLUENCIAS ¿CONTENIDO ESENCIAL DE LOS TIPOS PENALES?.....	322
8. ¿CUÁLES SON ALGUNAS DE LAS IRREGULARIDADES TÍPICAS EN LA CONTRATACIÓN QUE PUEDEN LLEGAR A SER CONSTITUTIVAS DE DELITO?.....	325
8.1. Irregularidades relacionadas con preparación del contrato.....	326
8.2. Irregularidades relativas a la fase de adjudicación del contrato	327
9. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE ATRIBUYEN EL PLUS DE ANTIJURIDICIDAD A LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA? ¿QUÉ FACTORES SE TIENEN EN CUENTA PARA SOSTENER EL INICIO DE UNA CAUSA PENAL (INSTRUCCIÓN). ¿QUE HAY DESDE UNA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA HASTA EL COMIENZO DE UNA CAUSA PENAL?.....	329

10. ¿QUÉ FACTORES SON DETERMINANTES EN JUICIO, EN EL PLENARIO?: EL ERROR EN LA GESTIÓN, EL ERROR DE HECHO O DE DERECHO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 330

LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA Y LAS CAUSALES DE RESCISIÓN POR ACTOS DE CORRUPCIÓN: HACIA LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE “COMPLIANCE” EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA GLOBAL EN LATINOAMÉRICA

Public procurement and the causes of rescission for acts of corruption: towards the creation of the compliance system in the public global procurement in Latin America

Mirko A. Maldonado-Meléndez

1. INTRODUCCIÓN.....	335
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LATAM.....	340
2.1. Globalización, Estado, el ciudadano y la contratación pública.....	340
3. LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN LATAM.....	344
3.1. Conflicto de intereses en la legislación peruana.....	348
4. LA REGULACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN LA LATAM.....	352
5. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LATAM.....	356
6. HACIA LA CREACIÓN DEL SISTEMA DE COMPLIANCE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA GLOBAL EN LATAM.....	358
7. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIONES.....	361
Bibliografía.....	364

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR URBANÍSTICO. ACOTAMIENTO DEL CONCEPTO Y REFLEXIÓN SOBRE EL REMEDIO CENTRALIZADOR

Joan Amenós Álamo

1. ÁMBITO DEL ESTUDIO Y CONCEPTO DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA.....	370
1.1. Nuestro objeto de análisis.....	370
1.2. Bibliografía. Una cuestión ampliamente tratada.....	372
1.3. Concepto de corrupción urbanística y reflexión en torno a su gravedad.....	373
2. HECHOS Y ACTOS QUE NO SE INCLUYEN EN EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA.....	378
2.1. Introducción. La confusión reinante.....	378
2.2. Fenómenos estéticos, sociales y económicos.....	378
2.3. Operaciones jurídicas excluidas del concepto.....	381
2.3.1. Adquisición de inmuebles y blanqueo de capitales. Meras ilegalidades <i>inter privados</i>	381
2.3.2. La decisión ilegal. La falta de medios. La desidia. La mera inactividad.....	382
2.3.3. La aplicación de normas medioambientales o patrimoniales conexas con el Derecho urbanístico. Inclusión en nuestro campo de estudio	383

3. LOS REMEDIOS Y SUS ARISTAS.....	384
3.1. El viento centralizador.....	384
3.1.1. La teoría del eje central desinfectante. Tecnología, limpieza, integración y control.....	384
3.1.2. Pérdidas competenciales concretas de la Administración Local.....	386
3.1.3. En unas corporaciones locales de mayor dimensión operarían con más comodidad los controles ordinarios.....	387
3.2. El estatuto de la integridad de las autoridades locales.....	389
3.2.1. Visión general.....	389
3.2.2. Las declaraciones de bienes y actividades.....	390
3.2.3. El “período de enfriamiento”.....	391
3.3. El salvavidas de la función pública. La confianza en los secretarios de Ayuntamiento.....	392
3.3.1. El rol de los funcionarios públicos. La ortodoxa apuesta constitucional y sus laminaciones.....	392
3.3.2. Función pública local y corrupción urbanística.....	393
3.3.3. En especial, el personal funcionario con habilitación de carácter nacional.....	394
4. CONCLUSIONES.....	397

LA REVOCACIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS

Federico A. Castillo Blanco

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FINALIDAD DEL ESTUDIO.....	401
2. LA OBTENCIÓN DE LA SUBVENCIÓN FALSEANDO LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA ELLO U OCULTANDO AQUÉLLAS QUE LO HUBIERAN IMPEDIDO.....	408
3. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO.....	412
3.1. Incumplimiento de los objetivos por los que se concedió la subvención o del modo de alcanzarlos.....	412
3.2. Incumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario.....	417
3.2.1. El incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.....	417
3.2.2. El incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión que permita el control de la concurrencia de subvenciones.....	420
3.2.3. El incumplimiento de otras obligaciones y compromisos impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios.....	421
4. RESISTENCIA, EXCUSA, OBSTRUCCIÓN O NEGATIVA A LAS ACTUACIONES DE COMPROBACIÓN Y CONTROL FINANCIERO.....	422
5. CAUSAS DERIVADAS DEL DERECHO DE LA UNIÓN.....	422
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES?.....	423
Bibliografía.....	424

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONCURRENTIALES Y LA PRESERVACIÓN DE SUS REGLAS ESENCIALES. ¿ES UN PROBLEMA PENAL O DE DERECHO DE LA COMPETENCIA?

Alberto Palomar Olmeda

1. INTRODUCCIÓN.....	429
2. LA RESPUESTA PENAL: EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL.....	430
2.1. Antecedentes	430
2.2. Determinaciones generales sobre el reproche penal contenido en el citado artículo	431
2.2.1. Sujeto activo.....	432
A) Acciones relativas a la participación en los concursos o subastas públicos	432
B) Acciones que conectan directamente con la participación y el resultado del concurso público.....	434
C) Aproximación general a las conductas incluidas.....	436
2.2.2. Consecuencias sobre el agente público interviniente	436
A) Régimen específico de la clausura	439
B) Conductas típicas.....	439
2.3. Algunas reinterpretaciones necesarias para la aplicación al ámbito de los contratos públicos	440
2.3.1. Imprecisión y falta de congruencia actual del concurso y la subasta como forma de adjudicación de los contratos públicos	441
2.3.2. Inutilidad de las conductas en relación con los nuevos procedimientos de adjudicación de contratos públicos	441
2.3.3. Prohibición de contratar	442
2.4. Procedimientos patrimoniales	443
2.5. Procedimientos de ejecución forzosa de los actos administrativos.....	444
3. LA CONCERTACIÓN DE PRECIOS: UNA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA Y, ADICIONALMENTE, UN REPROCHE PENAL.....	445
3.1. Consideraciones generales sobre el marco de la competencia	445
3.2. Las referencias al derecho de la competencia en el marco contractual	449
3.2.1. Uniones de Empresarios.....	450
3.2.2. La competencia en la formulación de los pliegos técnicos y demás instrucciones que componen la oferta	450
3.2.3. Principios generales aplicables a la adjudicación	451
3.3. Aproximación conceptual a las conductas que afectan a la competencia.....	452
3.3.1. Referencias de la conductas	452
3.3.2. Asimetría entre las conductas.....	453
4. LA NECESIDAD DE ARTICULACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS PENALES Y ADMINISTRATIVOS CUANDO COINCIDEN EN UN MISMO ÁMBITO SECTORIAL.....	454