

MEMORIA 2022



Oficina Municipal contra el
Fraude y la Corrupción

Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción
Memoria 2022

MEMORIA AÑO 2022

PRESENTADA ANTE EL PLENO DEL
AYUNTAMIENTO DE MADRID POR EL
DIRECTOR DE LA OFICINA

Madrid, 28 de marzo de 2023

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 37.1 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción de 23 de diciembre de 2016, se presenta la Memoria de actuaciones correspondiente al ejercicio 2022.

INDICE

1.	Presentación	4
2.	Introducción.....	6
3.	Funciones de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción.....	9
4.	Actuaciones desarrolladas por esta Oficina Municipal en el periodo al que se extiende esta Memoria	10
4.1	Funciones de Prevención.....	11
4.2	Funciones de Investigación	12
4.2.1	Número y tipo de actuaciones tramitadas en funciones de investigación.....	12
4.2.2	Tramitación de los expedientes.....	15
5.	Organización y composición de la Oficina	103
6.	Relaciones institucionales	105
7.	Presupuesto de la Oficina. Liquidación del presupuesto.	111
Anexo I.	Reglamento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción	114

Anexo II.

Estudio-Informe "Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. Eficacia de una directiva no transpuesta".	154
Estudio-Informe "Medidas antifraude y evaluación de riesgos en la gestión de fondos públicos. Especial referencia a la guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia".....	181
Estudio-Informe "Notas básicas sobre Compliance en el sector público local"	212
Estudio-Informe "La participación de la sociedad civil: Consejo Asesor.....	234
Estudio-Informe "Reflexiones sobre algunos aspectos de la nueva regulación municipal en materia urbanística".....	246
Estudio-Informe "La importancia de los planes estratégicos de subvenciones en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo".....	253
Estudio-Informe "Faltar a la verdad en declaraciones realizadas o documentación presentada ante la Administración. Parte I: alcance en el ámbito administrativo.....	259
Estudio-Informe "Faltar a la verdad en declaraciones realizadas o documentación presentada ante la Administración. Parte II: alcance en el ámbito penal"	276

1. Presentación

1. PRESENTACION

La Dirección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción tiene el honor de comparecer ante el Pleno del Ayuntamiento para presentar la Memoria anual de actividad con la finalidad de rendir cuentas de la actividad de la Oficina.

2. Introducción

2. INTRODUCCIÓN

En el año 2022, al que se extiende la memoria, la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción ha desarrollado una intensa actividad que evidencia su constante consolidación.

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, en su sesión de 24 de marzo de 2022, adoptó, entre otros, el acuerdo por el que se aprueba el Plan de Medidas Antifraude para la gestión de los fondos procedentes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia, y en él se prevé la constitución de un Comité que asuma, entre sus funciones, el control, seguimiento y supervisión del cumplimiento de las medidas antifraude, y por Decreto del Alcalde, de 27 de marzo de 2022, se creó dicho Comité correspondiendo su Vicepresidencia a la persona titular de la dirección de la Oficina contra el Fraude y la Corrupción. Esta Oficina aporta su trabajo para la mayor eficacia en las medidas antifraude.

En el Plan de Medidas Antifraude del Ayuntamiento de Madrid se acuerda, en el apartado de Canal de denuncias, que el Ayuntamiento empleará el Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción como canal de denuncias para que se comuniquen incumplimientos (fraudes) en la gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

El 6 de abril de 2022 se constituyó el Consejo Asesor, como instrumento de participación de la sociedad civil en ayuda a la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, cuyos miembros han aportado interesantes ideas, entre otras, potenciar la implicación de la Oficina en la Escuela de Formación del Ayuntamiento.

El 31 de mayo de 2022 se celebró en el Ayuntamiento de Madrid la X Reunión de las Agencias y Oficinas contra el Fraude y la Corrupción de España, cumpliéndose todas las expectativas, especialmente en el intercambio de experiencias en la lucha contra la corrupción.

Tras los trabajos preparatorios del Convenio realizados por esta Oficina Municipal, el 16 noviembre de 2022 se celebró la firma del Convenio entre el Consejo General del Notariado, el Ayuntamiento de

Madrid y el Organismo Autónomo Agencia Tributaria Madrid sobre utilización de bases de datos a efectos de reforzar la lucha contra el fraude y la corrupción. Convenio que resulta de especial interés ya que artículo 22 del Reglamento Europeo, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dispone la necesidad de recabar los nombres, apellidos y fecha de nacimiento de los titulares reales del perceptor de los fondos o del contratista.

La Métrica de la WEB de la Oficina correspondiente al año 2022, amablemente trasladada por la Unidad Técnica de Captación del Departamento de Gestión de Contenidos, evidencia la importante atención que ha suscitado la página WEB de la Oficina, superándose las 8.000 páginas visitadas, 3.487 usuarios y 458 descargas, la mayoría de ellas de los informes elaborados por la Oficina.

En el año 2022 la Oficina Municipal incrementó tanto su función investigadora como la preventiva, esta última potenciada con los informes emitidos que vienen a reforzar la integridad en distintas áreas del Ayuntamiento. En esta Memoria se incorporan dichos informes y se hace mención de las investigaciones realizadas de más interés.

Una vez más, ha de agradecerse la ayuda y colaboración recibida de las Áreas y Organismos del Ayuntamiento a los que se les ha solicitado, lo que evidencia la decidida voluntad de todos por mantener bien alta la integridad y el buen hacer en la Administración Municipal.

3. Funciones de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción

3. FUNCIONES DE LA OFICINA MUNICIPAL

Las funciones esenciales de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción son las de prevención e investigación.

En el año 2022 se incrementó su función prevención que resulta esencial para el fortalecimiento de la ética e integridad en la actuación pública, en cuanto ayuda a la eliminación de malas prácticas así como de aquellas conductas que puedan perjudicar los recursos públicos y en definitiva los intereses generales.

La función de investigación, igualmente incrementada con relación al año anterior, además de abrir cauces para recoger las inquietudes tanto de trabajadores del Ayuntamiento como de la ciudadanía sobre lo que puedan considerar mejorable dentro de la Administración Municipal, trata de dar respuesta a cuestiones concretas, con la apertura de los expedientes y con la emisión de los informes que resulten procedentes, dejando bien claro que esos informes con los que se concluyen las actuaciones de inspección son remitidos a la Autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas, como ordena el artículo 35 del Reglamento Orgánico de la Oficina.

4. Actuaciones
desarrolladas por esta
Oficina Municipal en el
período al que se
extiende esta
Memoria

4. ACTUACIONES DESARROLLADAS POR ESTA OFICINA MUNICIPAL EN EL PERIODO AL QUE SE EXTIENDE ESTA MEMORIA

4.1 Funciones de prevención

Los estudios e informes elaborados por la Oficina en el año 2022 examinaron las siguientes materias:

1/2022. Implantación de las medidas contempladas en la Directiva 1937/2019 (sobre protección de denunciantes) al Sector Público Municipal

2/2022. Medidas antifraude y evaluación de riesgos en la gestión de fondos públicos. Especial referencia a la Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

3/2022. Notas básicas sobre *compliance* en el sector público local.

4/2022. La participación de la sociedad civil: Consejo Asesor

5/2022. Reflexiones sobre algunos aspectos de la nueva regulación municipal en materia urbanística

6/2022. La importancia de los planes estratégicos de subvenciones en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

7/2022. Faltar a la verdad en declaraciones realizadas y documentaciones presentadas ante la Administración. Parte I: alcance en el ámbito administrativo

8/2022. Faltar a la verdad en declaraciones realizadas y documentaciones presentadas ante la Administración. Parte I: alcance en el ámbito penal

4.2 Funciones de investigación

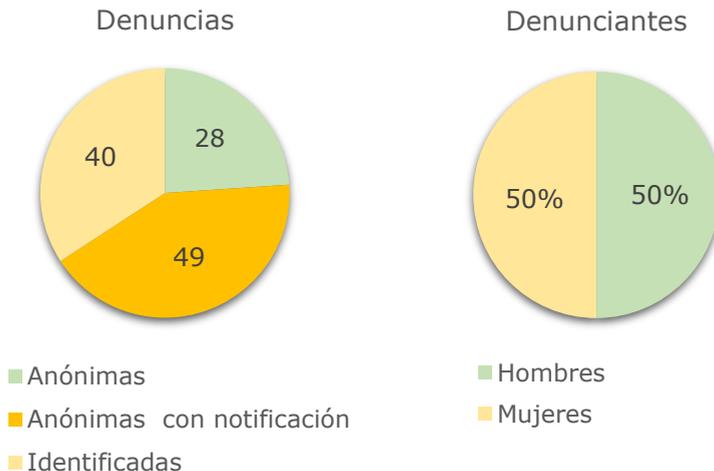
Durante el año 2022 se registraron 140 denuncias o escritos solicitando actuaciones de la Oficina. Se incoaron 117 expedientes y 23 de los escritos recibidos fueron archivados sin trámite al carecer de fundamento.

En el apartado siguiente se hace mención de los expedientes incoados, de las denuncias de mayor interés, de las actuaciones de investigación practicadas y los informes emitidos.

4.2.1. Número y tipo de actuaciones tramitadas en funciones de investigación.

Como se acaba de dejar expresado, en el año 2022 se registraron 117 denuncias que determinaron la incoación de expedientes.

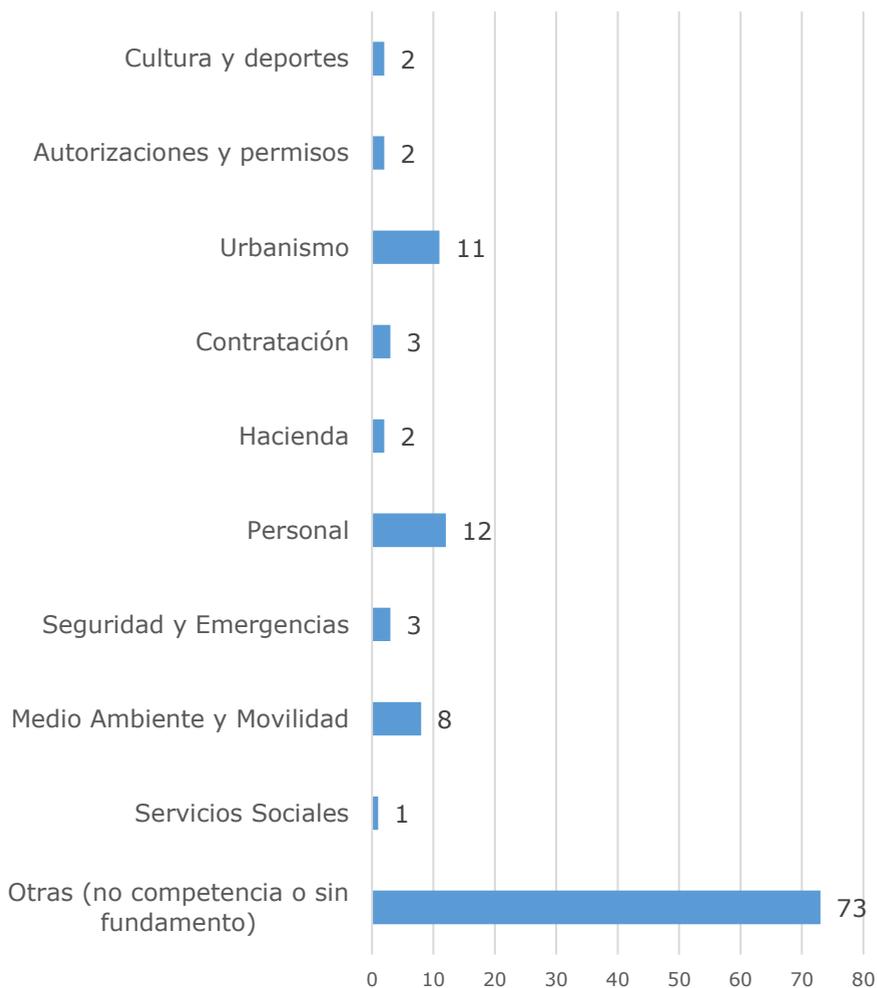
De ellas, 40 tienen remitente identificado, 28 son totalmente anónimas y 49 aportan correos o teléfonos que permiten intercomunicación y notificaciones.



Denuncias por organismos municipales:



Denuncias por contenido



4.2.2. Tramitación de los expedientes

En relación a las denuncias presentadas que determinaron la incoación de expedientes se menciona el contenido de algunos de ellos que pueden ser de interés:

Expediente 6/2022

Se denunció que la actividad en un cantón de limpiezas incumple la ordenanza de ruidos, vibraciones y emisiones, en perjuicio del sueño y salud de los vecinos.

Se solicitó informe sobre los hechos denunciados a la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos que lo emitió, y en él se indica que se pidió información a la empresa concesionaria del servicio de limpieza en la zona sobre las medidas implantadas para reducir los niveles de ruido, emisiones y vibraciones y minimizar de este modo las posibles molestias a los vecinos. Y asimismo se señala que la empresa concesionaria, respondiendo al requerimiento, especifica las medidas que adoptó para reducirlos, dando cumplimiento a la ordenanza.

Expediente 8/2022

Se denunció por el Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Madrid un presunto uso irregular de fondos públicos al haber intervenido la Banda Sinfónica Municipal, integrada por personal funcionario municipal adscrito al Área de Cultura, Turismo y Deporte, en un desfile de moda a cargo del diseñador Palomo Spain, que se celebró en el Paseo del Prado de Madrid, alegándose, entre otros extremos, que no consta convenio, contrato o documento jurídico que vincule al Ayuntamiento de Madrid con la entidad o persona interesada en el desfile reseñado, y se solicitó: Primero. - Que pudiendo existir mala administración intencionada, en beneficio

particular de personas físicas o jurídicas y en perjuicio de los intereses generales, por parte de esa Oficina se proceda a la comprobación de si en las actuaciones desarrolladas en los distintos procedimientos administrativos tramitados por el Área de Cultura, Turismo y Deporte, respecto a la actuación de la Banda Sinfónica Municipal: 1.- Se ha hecho uso irregular de fondos públicos. 2.- Si han existido conductas contrarias a los principios de objetividad e integridad. 3.- Si ha existido aprovechamiento irregular derivado de las actuaciones realizadas. 4.- Si alguna de las actuaciones realizadas ha afectado a la probidad administrativa. 5º. Se compruebe el cumplimiento de las reglas relativas a conflictos de intereses.

La Oficina Municipal solicitó informe a Coordinación General de Cultura, que lo emitió señalando las razones que se tuvieron en cuenta, que resumidamente son las siguientes: que a finales del mes de agosto de 2021 el diseñador Alejandro Palomo se dirige al Área de Cultura vía email para mostrar su interés en que sea Madrid la ciudad para celebrar el desfile del quinto aniversario de la firma; que se mantuvo una reunión entre la firma de moda y la dirección general de programas y actividades culturales; que una vez expuesta la propuesta artística, se planteó la posibilidad de contar con la Banda Sinfónica debido a que esta es una acción especial que resultaría beneficiosa para su formación. Se añade que las razones que sustentan esta conclusión son las siguientes: visibilidad ante un público que no es la audiencia habitual de la formación sinfónica; promoción de la Banda y participación artística en el desfile de moda más relevante del año 2021; que esta propuesta de colaboración de la Banda se traslada a la Dirección de la formación sinfónica y su director dio su aprobación por email; se sigue diciendo que esta colaboración público-privada no es una excepción y que en otras programaciones, tales como exposiciones, se han realizado acciones entre agentes de naturaleza pública y privada con el único propósito de unir fuerzas y que, por ello, atendiendo a estos ejemplos, las cesiones de espacio a terceros responden al fin último de cumplir el compromiso de atención a los ciudadanos de todo servicio público; que para el concierto de la Banda Sinfónica se invirtió única y exclusivamente 12.100 euros, suma que responde a la partida de alquiler del piano (2.057 euros, IVA incluido) y a la partida de alquiler del escenario (10.043 euros, IVA incluido); que en cuanto a la

repercusión en medios de comunicación que tuvo esta acción, se han superado las 180 piezas de prensa. Se concluyó indicando que no se había hecho uso irregular de fondos públicos; que no han existido conductas contrarias a los principios de objetividad e integridad; que no ha existido aprovechamiento irregular derivado de las actuaciones realizadas y que ninguna de las actuaciones realizadas ha afectado a la probabilidad administrativa.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, visto el informe remitido, así como la documentación unida, estimó oportuno efectuar nueva solicitud de ampliación de información para que se remitiera el expediente o documentación que recogiese los términos o condiciones de la colaboración público-privada a la que se hacía referencia en dicho informe.

A esta nueva solicitud se dio respuesta por parte de Coordinación General de Cultura, en un informe en el que, entre otros extremos, ese decía: que la buena voluntad entre ambas partes y el escaso tiempo gestión para la tramitación y ejecución de la acción hizo que los términos y condiciones del desarrollo de ésta se llevaran a cabo mediante correo electrónico: una de las prácticas habituales en la Unidad de la Banda Sinfónica Municipal de Madrid y se incluyó como anexo el informe de control de la intervención general sobre el alquiler del piano y la tarima utilizados en el concierto.

Esta Oficina Municipal, a continuación, hizo las siguientes consideraciones: Que del análisis de la documentación obrante en el expediente se deducía que el evento denominado "Desfile Palomo Spain 2021" contaba con la preceptiva autorización municipal para ocupación de vía pública, mediante Decreto del Concejal Presidente del Distrito Centro, otorgada en el marco del expediente con número de referencia 101/2021/06389. Que la autorización conllevaba la correspondiente liquidación de tasas por "utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público". Que una de las condiciones generales de la autorización exigía que las instalaciones solicitadas no supusieran un obstáculo para el tránsito peatonal de la zona, debiendo dejarse libres la utilización de los servicios públicos para su utilización inmediata. Así pues, se trataba de un aprovechamiento que podría suponer un menoscabo o limitación de uso común a los ciudadanos. Que en el presente caso pudiera haberse

producido un aprovechamiento limitativo en la zona de desfile y asistencia de invitados, si bien aparentemente no se observa dicha exclusión, al menos de manera absoluta, respecto a la ambientación musical. Del examen de la documentación visual del desfile, que podía consultarse en diferentes páginas digitales, no parecía que hubiera impedimento para el disfrute de la ambientación musical, e incluso del propio desfile, para viandantes y público en general, dada la escasa altura de los elementos separadores del evento. Las propias características del formato no conllevaban una exclusividad o total privacidad de éste. En este sentido, se pronunció la Dirección General de Programas y Actividades Culturales, en la Comisión Permanente Ordinaria de Cultura, Turismo y Deporte, celebrada en fecha 30 de noviembre de 2021, cuando indicó: "hemos puesto a disposición un espacio en vía pública cortado de manera fraccionada y al que podían tener acceso visual el resto de viandantes que estaban paseando por las calles aledañas." Según el informe recibido, se enmarca en una colaboración público-privada, cuyas condiciones quedaron plasmadas por correo electrónico, dado el escaso tiempo de gestión para la tramitación y ejecución de la acción. La colaboración público-privada supone la aportación mutua de los recursos cuando existe un interés común, entre Administración Pública y sector privado. Se puede concretar a través de un contrato, convenio o por cualquiera de las formas previstas en derecho. En el correspondiente documento de colaboración se establecerían los objetivos, finalidades y compromisos de las partes, así como el régimen de obligaciones, vigencia o seguimiento de las condiciones acordadas. Entendiendo la necesaria agilidad de tramitación de eventos como el que nos ocupa, sería recomendable que se estudiaran procesos o fórmulas jurídicas, en el marco de la normativa de aplicación, que permitan plasmar las condiciones de la colaboración de una manera más formal, facilitando el conocimiento para ambas partes y para terceros, de las condiciones acordadas, así como su seguimiento y cumplimiento, para asegurar una mayor garantía en la gestión y control de recursos públicos, y por tanto que quedaran salvaguardados, formal y efectivamente, los intereses generales.

Expediente 12/2022

Se denunció la presunta contaminación acústica producida por aparatos de climatización instalados en una residencia de estudiantes y que las irregularidades habían sido puestas en conocimiento del Servicio de Disciplina Urbanística. La Oficina Municipal solicitó informe a la Dirección General de la Edificación, que lo emitió indicando que se habían incoado el expediente 711/2021/05591, de disciplina urbanística, y el expediente 711/2019/32363, de Acondicionamiento General de edificaciones, que se tramitan en esa Dirección General. En el informe emitido por el Servicio de Disciplina Urbanística se indica que se realizó visita de inspección por la Unidad Técnica de Control de Actividades al objeto de comprobar los hechos denunciados, y como consecuencia de lo informado por los Servicios Técnicos Municipales se tramitó propuesta de cese de actividad en el expediente de denuncia 711/2021/05591, y que con fecha 9 de diciembre de 2021 se dictó Orden de Cese por el Director General de la Edificación, en la que se acordó: 1º. Ordenar el cese inmediato de la actividad que se viene ejerciendo en el emplazamiento de referencia, el cual subsistirá en tanto no se disponga de las preceptivas licencias que autoricen su funcionamiento; 2º. Advertir a los interesados que, de no acatar la presente orden de cese de actividad, la Autoridad Municipal competente podrá: a) Imponer, como medio de ejecución forzosa de la orden y de forma sucesiva, hasta tres multas coercitivas, por importes de mil, dos mil y tres mil euros, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional 1.3 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de licencias Urbanísticas, en la redacción introducida por la Ordenanza de 17/05/2014 en desarrollo del art. 52.1 de la Ley 22/2006, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid. b) Disponer la clausura y precinto de las instalaciones para impedir el ejercicio de la actividad, en aplicación de la ejecución forzosa prevista en el artículo 100 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Expediente 14/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, una denuncia en la que se hace referencia a una presunta falsificación de la firma de la hija de la persona que pretendía ingresar en el centro "Nicanor Barroso" de Moratalaz. Se solicitó a la Dirección General de Mayores, Área de Familia, Igualdad y Bienestar Social, que informase sobre los hechos denunciados, informe que fue emitido a través del Departamento de Centros de Día y Residenciales, en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente: El familiar denunciante al detectar la incidencia, una vez recibida la documentación solicitada, lo comunica a la dirección del Centro, solicitando explicaciones por la falsificación de su firma. La dirección se disculpó admitiendo el hecho y aludiendo a un error humano sin intencionalidad. Se añade que desde este Departamento de Centros de Día y Residenciales se va a iniciar el proceso de valoración de los hechos, a los efectos de proceder a la apertura del correspondiente expediente sancionador a la empresa.

Posteriormente se recibió un informe de la Dirección General de Mayores en el que consta que el Delegado del Área de Familias, Igualdad y Bienestar Social adopta el acuerdo de imposición de penalidad que a continuación se transcribe en los siguientes términos:

“ PRIMERO. - Desestimar las alegaciones formuladas, en fecha 13 de mayo de 2022, por QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.U, con NIF número A-80106842, al acuerdo de inicio de imposición de penalidad, en su condición de adjudicataria del contrato de servicios denominado “Equipamientos y servicios municipales de atención a personas mayores que incorporen productos de comercio justo. Lotes 3, 10, 11 y 14 (Distritos Retiro, Latina, Carabanchel y Moratalaz)”, por incurrir en incumplimiento del apartado 4, del Pliego de Prescripciones Técnicas, toda vez que lo alegado por el interesado no desvirtúa los hechos por los que se acuerda el inicio del expediente.

SEGUNDO. – Imponer, en base al sistema de penalidades establecido en el apartado 18 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, una penalidad pecuniaria a la mencionada sociedad QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.U, en base al

sistema de penalidades establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, una penalidad económica a la mencionada entidad QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES SAU, consistente en el 5 por ciento del precio anual de adjudicación del Centro de día Nicanor Barroso perteneciente al Lote 14 del contrato, IVA excluido, que asciende a 574.883,63 euros, lo que supone una penalidad de 28.744,18 euros.

TERCERO. - La penalidad se hará efectiva con el correspondiente descuento en la facturación durante los seis meses siguientes (como máximo) al de la notificación de la imposición de la penalidad a la entidad contratista.

Expediente 20/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades sobre el control del Mercado Histórico Filatélico y Numismático que se realiza desde hace muchos años en los soportales de la Plaza Mayor. En concreto se señala la injustificable actuación que ha realizado el Distrito Centro por entregar el control sobre un espacio que no le corresponde gestionar a una Asociación llamada A-MAYOR, lo que considera ilegal ya que no se puede entregar al tratarse de suelo privado.

Se solicitó informe sobre los hechos denunciados a Coordinación de Distrito Centro que lo emitió, señalando, entre otros extremo, que el conocido como mercado o mercadillo filatélico y numismático, que se viene instalando en los soportales de la Plaza Mayor, es una actividad de carácter tradicional que se viene desarrollando desde hace más de 40 años en ese emplazamiento. A pesar de su antigüedad, en los archivos obrantes en este Distrito no se tiene constancia documental de ningún expediente administrativo que haga referencia expresa a algún tipo de autorización municipal sobre dicha actividad. Esta falta de constancia de antecedentes relativos a esta actividad, se puso de manifiesto con motivo de las medidas higiénico-sanitaria exigidas como consecuencia COVID-19. Con estos antecedentes y, no obrando en el Distrito ningún expediente donde consten los datos mínimos de

cualquier autorización de mercado, feria o evento; como son el número de puestos, las personas físicas o jurídicas autorizadas, planos o lugar de ocupación, duración de la autorización o período autorizado etc., es por lo que desde este Distrito siempre se ha trasladado a la Asociación AMAYOR, la necesidad de regularizar su situación. Esta necesidad de regularización ha sido objeto de debate y votación en el propio pleno de la Junta Municipal de este Distrito. Así, en su sesión ordinaria celebrada el 9 de diciembre de 2020 se aprobó por unanimidad la siguiente proposición: "Instar al órgano competente la reapertura del tradicional mercado de Filatelia y Numismática en la Plaza Mayor, cumpliendo con el distanciamiento entre puestos y las medidas de salud necesarias, con el fin de regularizar la situación de los puestos". Consultados los servicios técnicos y jurídicos del Distrito sobre la posibilidad de regularizar la situación de la actividad desarrollada en los soportales de la Plaza Mayor, se puso de manifiesto un hecho urbanístico clave y es que los espacios donde se instalan las mesas o puestos NO son de propiedad municipal sino que se trata de espacios privados de uso público. Desde los servicios técnicos y jurídicos del Distrito se valoraron dos posibles vías para la regularización y se consideró como fórmula más adecuada para su regularización someterla a autorización o licencia. También se valoró la competencia municipal para intervenir en este tipo de espacios a través de licencias y autorizaciones concluyéndose, que al tratarse de una actividad desarrollada con instalaciones provisionales en un espacio privado pero de uso público por los ciudadanos, es competencia municipal velar por el cumplimiento de la normativa urbanística, sanitaria y sectorial que permita el uso de dichos espacios en las debidas condiciones de seguridad, salubridad y accesibilidad por todos los ciudadanos a través de la correspondiente licencia o autorización. Para poder continuar con la actividad que se venía desarrollando tradicionalmente en los soportes de la Plaza Mayor, la Asociación AMAYOR solicitó autorización para la realización del "mercado de filatelia, numismática y otros coleccionismos" esta vez ocupando un espacio de dominio y uso público como es el centro de la Plaza Mayor. Con la agrupación de los puestos y el correspondiente vallado se podría dar cumplimiento a las medidas de seguridad e higiene aprobadas por la Comunidad de Madrid para los mercados o mercadillos al aire libre, según la orden

668/2020, de 19 de junio. La actividad se desarrolló según lo autorizado sin que se tenga conocimiento de que se hubiese generado problema alguno. La Orden 1177/2021 de 16 septiembre modificó la Orden 572/2021 de 7 de mayo donde se recogían las nuevas medidas y condiciones para los mercados que desarrollan su actividad en la vía pública o al aire libre.

- Autorización actual. Con fecha 23 de septiembre de 2021, el representante de la Asociación AMAYOR presenta solicitud para volver a ocupar las ubicaciones habituales en el interior de los soportales de la Plaza Mayor todos los domingos y festivos, comprometiéndose a guardar las nuevas medidas preventivas por COVID-19. La solicitud se tramita en el expediente 101/2021/06384, aportan plano de situación con la ubicación de las mesas en los soportales de la Plaza Mayor y soportales de la calle Ciudad Rodrigo, para un total de 138 mesas. Tras comprobar la nueva documentación aportada (planos, seguro de responsabilidad civil, etc) y, una vez obtenidos los informes favorables de la Unidad de Eventos en Vía Pública y de la Oficina de Actos en Vía Pública, se autoriza mediante decreto del Sr. Concejal Presidente de fecha 29 de octubre de 2021, a la ASOCIACIÓN AMAYOR la ocupación de los soportales de la Plaza Mayor conforme a la documentación técnica aportada por el interesado.

A continuación se hace en el informe recibido una valoración de los hechos denunciados, en el que se expresa lo siguiente: El expediente 101/2021/08182 se inició por un escrito presentado donde, entre otras consideraciones, exponía su queja porque la Asociación AMAYOR pretendía cobrarle una cuota que ella considera ilegal. Junto con la denuncia se aportó escrito de la Asociación AMAYOR donde constaban las cuotas a pagar por la gestión de los puestos en función de si querían ser asociados o no. También aporta una carta del Presidente de AMAYOR, de fecha 8 de diciembre de 2013, donde la Asociación de Comerciantes le recordaba la necesidad de que los asociados pagasen la cuota para poder instar la regularización. Dicha denuncia, al tratarse de un conflicto entre una entidad y sus socios, es decir, en el ámbito jurídico privado, fue contestado desde la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito, en el siguiente sentido:

“Con relación a su escrito de fecha 30 de noviembre de 2021, mediante el cual pone de manifiesto que es titular de un puesto en el Mercado de Filatelia, Numismática y otros coleccionismos afines de la Plaza Mayor y muestra su disconformidad ante el trato recibido por parte de la Asociación Amayor, le significo lo siguiente:

Consta concedida a la Asociación Amayor, por decreto de 29 de octubre de 2021, una autorización para llevar a cabo la “Feria de Filatelia y Numismática y otros Coleccionismos”, los domingos y festivos, desde el 31 de octubre de 2021 hasta el 2 de octubre de 2022, en los soportales de la Plaza Mayor. Dada la consideración de espacio privado de uso público de estos soportales, en el ejercicio de sus potestades administrativas, este Distrito concedió la mencionada autorización, si bien, condicionando sus efectos al respeto de los itinerarios peatonales de uso público y, a su vez, a las normas o estatutos que pudieran tener aprobados las comunidades de propietarios titulares del suelo afectado, tal y como se hizo constar en el título emitido. La autorización así concedida establece una relación jurídica entre la Administración concedente, el Ayuntamiento de Madrid y el titular de la autorización, la Asociación Amayor. Son ajenas a esta relación y, por tanto, quedan fuera del ámbito de las competencias de este Distrito, las relaciones jurídicas que, a su vez, la Asociación Amayor pueda establecer con otros terceros o, incluso, la que le una a sus propios asociados de manera directa. Por todo ello, lamento decirle que este Distrito no puede hacer juicio valorativo alguno sobre la problemática que ha expuesto en su escrito.” La autorización otorgada a la Asociación AMAYOR no supone en ningún momento la entrega de ninguna potestad de “control” sobre la policía administrativa de estos espacios que seguirá correspondiendo a los funcionarios que ostentan competencias para inspección o la sanción del uso de estos espacios (policía municipal, inspectores urbanísticos, etc.). Asimismo se dice que las licencias o autorizaciones que se otorgan o conceden fuera del dominio público están condicionadas, como no podía ser de otra forma, al respeto de las normas o estatutos de las correspondientes comunidades de propietarios como legítimos dueños de esos espacios. Así se ha hecho constar en la propia autorización como prescripción de la misma en consonancia con el artículo 13 de la Ordenanza sobre Uso y Conservación de Espacios Libres de 29 de junio de 1984. Como conclusión de todo lo expuesto

podemos considerar que nos encontramos con una disputa entre la Asociación AMAYOR, que tiene autorizado el uso del espacio donde pretende instalarse la denunciante y que, al parecer, era una de las personas antiguamente asociada a dicha entidad. Si fuera así, consideramos que las posibles controversias generadas deberían resolverse ante los tribunales ordinarios de justicia.

Expediente 23/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en el cobro de entradas para acceder al Campo Municipal de la Mina.

Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

El CD Carabanchel, cuyo equipo de fútbol de juveniles juega en el Campo Municipal de La Mina, ha empezado a cobrar una entrada de 3 euros a los padres de los niños de otros equipos que asistimos a ver a nuestros hijos. Considero que dicho cobro es ilegal y por tanto, una forma de corrupción, puesto que lo hace únicamente por el acceso a unas instalaciones municipales que ya hemos pagado con nuestros impuestos y no por la utilización de las mismas que es realizada por el mismo, el CD Carabanchel y que supongo que pagará un canon por la utilización de unas instalaciones municipales para realizar una actividad por la que cobra a los padres de los niños que juegan en el club. Tampoco tiene concedida una explotación económica del campo Municipal, puesto que el fútbol juvenil no es fútbol profesional y por tanto los partidos no tienen la consideración de espectáculo para cobrar por ellos. Les adjunto copia de la entrada que emiten carente de todos los requisitos legales.

Se solicitó informe sobre los hechos denunciados a Coordinación del Distrito de Carabanchel que lo emitió señalando, entre otros términos: A la vista de la denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en el cobro de entradas para acceder al Campo Municipal de la Mina, desde la Unidad del Distrito de Carabanchel nos hemos puesto en contacto con el club que hace uso de las instalaciones para comunicarles que de conformidad con el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, por el que se

establecen los precios públicos por la prestación de servicios en centros deportivos y casas de baños no hay normativa municipal que ampare el cobro de una entrada para el acceso a una instalación deportiva básica. El club manifestó que no cobrará entrada por el acceso a la instalación.

Expediente 27/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presunto conflicto de intereses en la provisión del puesto de Tesorero del Ayuntamiento de Madrid, al existir parentesco entre la Directora General de Política Financiera y la persona a la que se le adjudicó el puesto.

Se solicitó informe a Coordinación General de Contratación y Política Financiera que lo emitió y en el que se expresa, sustancialmente, lo siguiente:

El nombramiento cuestionado se ha realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido para la provisión del puesto de Tesorero/a (puesto no 30086071) y cumpliendo los preceptivos trámites legales. Se cuestiona en la denuncia la posible imparcialidad e incumplimiento de los deberes de conducta propios de los trabajadores públicos, pero de la lectura global del texto se desprende que no se alega el incumplimiento concreto de ningún precepto legal, sino que se está haciendo una interpretación general de la necesaria aplicación de los principios que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) regula en su artículo 53 relativo a los principios éticos dentro del capítulo VI relativo a los deberes de los empleados públicos y código de conducta. En este sentido es necesario poner de manifiesto que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) regula los mecanismos legales para evitar que se puedan dar este tipo de situaciones que cuestionen la imparcialidad en la actuación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas a través de la figura de la abstención en su artículo 23. Esta delimitación legal

obedece a la necesidad de circunscribir a situaciones de hecho concretas las posibles causas que deben eximir a las autoridades y personal público de participar en determinadas actuaciones, evitando de este modo configurar la situación como un concepto jurídico indeterminado sin cuya delimitación concreta traería importantes consecuencias interpretativas. Es decir, el artículo 23 regula un conjunto concreto, *numerus clausus*, de motivos que dan lugar a la abstención del trabajador público, pudiendo actuar de forma libre en aquellos supuestos en los que no opere el contenido de dicho artículo. En el presente caso, la Directora General de Política Financiera no incurre en ninguno de los supuestos de abstención legalmente establecidos, por cuanto ni tiene interés personal en el asunto, ni vínculo de parentesco recogido en el apartado 2.b), ya que el parentesco de consanguinidad está dentro del sexto grado, siendo su participación en el ejercicio de las funciones de su cargo absolutamente ajustada a Derecho e incuestionable, por aplicación de las competencias que tiene atribuidas. Se alega en el escrito el incumplimiento del artículo 53.2 del EBEP que reza "su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio". Pues bien, en este caso queda acreditado en el expediente que precisamente se ha actuado en cumplimiento de esos intereses generales de los ciudadanos, que no pueden ser otros que el cargo de Tesorero del Ayuntamiento de Madrid lo desempeñe la persona que ha acreditado cumplir de una manera más profesional y capacitada posible los requisitos exigidos para el cargo. Se cuestiona igualmente la incorrecta aplicación de lo preceptuado en el artículo 53.5 del EBEP referente a que "se abstendrán en aquellos asuntos en los que tenga un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público", lo que no deja de ser una transcripción del deber de abstención analizado en el apartado anterior y que ha quedado acreditado que no opera en el presente supuesto. Asimismo, respecto de la supuesta colisión con el artículo 53.9 del EBEP relativo a que "no influirán en la agilización o resolución

de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros”, señalar que no existe ningún beneficio a persona alguna del entorno familiar inmediato, extremo en el que operaría la causa de abstención regulada en el artículo 23.2.b) de la LRJSP y que no se da en el presente supuesto. Otro aspecto aludido es lo establecido en el artículo 53.11 del EBEP sobre que se “ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos”. Hay que reiterar nuevamente que no ha resultado comprometida neutralidad alguna en la actuación administrativa realizada por la dirección general en el nombramiento del tesorero por cuanto al no existir deber de abstención y haberse desarrollado en estricto cumplimiento de los cauces legales establecidos y en virtud de la normativa aplicable no procede cuestionar la legalidad del procedimiento correctamente desarrollado. Asimismo, se pone en tela de juicio la correcta aplicación de lo preceptuado en el artículo 53.12 del EBEP que señala que “guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”. Este principio se ha de entender inoperante e improcedente en el presente supuesto, por cuanto todas las actuaciones relacionadas con esta convocatoria fueron preceptivamente publicadas en el BOE y así lo pone de manifiesto de forma expresa el denunciante en la relación de los hechos de la misma y que se transcriben en el escrito remitido por la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción que es el objeto del presente informe, al cual nos remitimos, por lo que no se puede pretender abogar por un incumplimiento del deber de secreto en una convocatoria que es publicada en el BOE. Por todo lo anterior queda sobradamente acreditado que no ha habido ningún incumplimiento de la normativa aplicable a la materia, ni de los principios de conducta establecidos en el EBEP, habiéndose desarrollado el proceso de

provisión del puesto de tesorero siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Esta Oficina Municipal hace las siguientes puntualizaciones: El único hecho y dato objetivo que se cita en la denuncia es la posición familiar y, consiguientemente el vínculo de parentesco, y en ello se sustenta para defender que la denunciada ha actuado con parcialidad, ha infringido el deber de abstenerse y ha incurrido en conflicto de intereses. Ningún otro dato objetivo se aporta para fundamentar la denuncia. La Coordinación General de Contratación y Política Financiera, en un razonado informe, da respuesta a todos los argumentos esgrimidos por el denunciante, y asimismo indica que el parentesco entre la denunciada y la persona que ha sido designada es de consanguinidad dentro del sexto grado, sin que se haya observado ninguna irregularidad en el proceso que ha culminado con dicho nombramiento. Esta Oficina está especialmente interesada en que no se produzcan conflictos de intereses y por ello en el año pasado se elaboraron dos informes, los números 4/2021 y 5/2021, publicados en la WEB de la Oficina, donde se hacen consideraciones sobre el máximo rigor que debe seguirse para evitar cualquier apariencia de parcialidad. En el caso en concreto examinado, visto el informe emitido, no se aprecian actuaciones de fraude y corrupción ni se observan malas prácticas ni conflicto de intereses que pudieran motivar el ejercicio de las competencias atribuidas a esta Oficina Municipal por su Reglamento Orgánico.

Expediente 29/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presunta ubicación irregular en el Parque Dehesa de la Villa de unas antenas de telefonía móvil. En concreto se denunció que la Mesa de Participación de la Dehesa de la Villa de Madrid, Grupo formado por Asociaciones Vecinales, Ecologistas, Culturales y Ciudadanos a título particular, exponen que con el deseo de proteger y conservar para la Ciudadanía Madrileña el Parque Dehesa de la Villa, viene solicitando de la Administración Municipal, desde hace tiempo, la retirada de las

antenas de telefonía móvil instaladas en la Zona Verde "Cerro de los Locos".

La Oficina Municipal solicitó informe sobre el contenido de la denuncia que fue emitido por la Dirección General de Gestión del Agua y Zonas Verdes, en el que se concluía que, como fruto de los contactos realizados durante 2021, se efectuó una reunión con VANTAGE TOWERS en marzo de 2022 recibiendo por parte de la nueva empresa disposición de estudiar el problema positivamente, estando emplazados para el mes de mayo para informarnos de los avances en el estudio del traslado.

Esta Oficina Municipal quedó pendiente del resultado de esas gestiones y posteriormente se solicitó información sobre la retirada de las infraestructuras de telecomunicaciones por parte de Vantage Towers Spain, S.L. prevista para la primera quincena del mes de septiembre de este año 2022. Dicha Dirección General, en fecha 8 de noviembre, remite Nota de Servicio Interior, en la que comunica que la infraestructura de comunicaciones se encuentra en la actualidad desmantelada.

Expediente 32/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presuntas irregularidades en la obtención de una licencia de actividad. En concreto se decía que el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de la Comunidad de Madrid, que es un organismo público, hizo una reforma en su local y como no reunía las condiciones para obtener la licencia de actividad, quitaron los aires acondicionados, para pasar la inspección del Ayuntamiento de Madrid y una vez pasada la inspección los volvieron a colocar. Además, se indicaba que el local no tiene los metros obligatorios para el tipo de actividad de un Colegio Profesional y mucho menos para dar cursos que allí se imparten.

La Oficina Municipal solicitó informe sobre los extremos denunciados a la Agencia de Actividades que lo emitió señalando, entre otros extremos, que consultado el sistema informático consta la presentación por parte del titular de la actividad, de la declaración

responsable con número de expediente 500/2020/01681, para implantar una actividad de oficina de uso privado, para la sede del colegio profesional de protésicos dentales de Madrid y la realización de obras de acondicionamiento, que fue declarada ineficaz por Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades, de fecha 14/10/2020, ordenándose el cese de la actividad, notificándose al interesado en fecha 19/11/2020. Toda vez que no se ha localizado título habilitante que ampare el funcionamiento de la actividad, verificándose como único antecedente la licencia de obra mayor del 22 de mayo de 1978, con número 363.943, se va a verificar la procedencia de iniciar la ejecución forzosa de la orden de cese dictada con ocasión de la ineficacia de la declaración responsable número 500/2020/01681, solicitando la correspondiente comprobación a Policía Municipal de la orden de cese dictada, habiéndose iniciado a estos efectos el expediente número 220/2022/3156, de precinto DR.

Expediente 39/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a una presunta persecución por determinados funcionarios municipales, que considera el denunciante que operan de manera poco transparente, supuestamente fraudulenta y corrupta. La denuncia se centra en sus operaciones en el sector de los Mercados Municipales, y en especial en el de Santa Eugenia, del que, el denunciante fue Gerente entre 2014 y 2017, y Presidente entre 2017 y 2019.

La Oficina Municipal solicitó informe sobre los hechos denunciados a la Dirección General de Comercio y Hostelería, informe que se emitió y en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente:

El Mercado de Santa Eugenia, ubicado en el Distrito de Villa de Vallecas, calle Virgen de las Viñas 16, es un bien de dominio público municipal destinado a servicio público de mercado, gestionado indirectamente, en régimen de concesión administrativa, por la "Asociación de Comerciantes del Mercado de Santa Eugenia" en virtud del contrato administrativo adjudicado a la misma por Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 30 de abril de 1986, por un plazo de 50

años. Los gerentes o administradores son personas contratadas por el concesionario de cada mercado. Como gerente de cualquiera de los 45 mercados municipales, la relación con la Dirección General de Comercio y Hostelería, como órgano municipal que ostenta las competencias en materia de mercados municipales de acuerdo con las disposiciones vigentes, comenzó de forma normal y con un trato correcto. Sin embargo, con el transcurrir de los meses la relación de esta persona con todos los funcionarios de la Dirección General comenzó a tornarse cuanto menos extraña y fuera del cauce normal de cualquier relación administrativa, con comentarios siempre a destiempo, impertinencias y finalizando a través de sus correos y escritos en insultos y amenazas contra los funcionarios y personal directivo, absolutamente rechazables y vergonzantes. Se adjuntan ejemplos de correos electrónicos enviados por el señor ... (DOCUMENTOS 1, 2, 3, 4 Y 5, 6, 7 y 8). El comportamiento y las actitudes de esta persona hicieron muy difícil la relación de interlocución con el mercado por lo que se dirigió un escrito a la presidenta de la asociación de comerciantes concesionaria para que designara otro interlocutor para relacionarse con el Ayuntamiento con la voluntad de mejorar el marco institucional. Mediante comunicación de fecha 17 de abril de 2020 (DOCUMENTO 9), se le instó a la presidenta de la asociación concesionaria a que el secretario-Gerente se abstuviera de cualquier comunicación con la Dirección General de Comercio o sus funcionarios y que, si se produjera, se daría por no recibida. Se le comunicó a la presidenta que la interlocución del mercado de Santa Eugenia con el Ayuntamiento sería exclusivamente a través de la presidenta y representante legal de la asociación de comerciantes concesionaria del mercado. Esta decisión tuvo su origen en la situación señalada y en toda una serie de conductas continuadas y graves atentatorias contra el mínimo respeto exigible a cualquier persona y con mucho mayor motivo a quien ostenta ese papel de interlocución institucional. Conductas que, a todas luces, lo inhabilitaban sin remedio para ejercer esa tarea. A su vez esta actitud en sus escritos y relaciones ha sido similar con los funcionarios del Distrito de Vallecas, que en el ejercicio de sus funciones han tenido que relacionarse con esta persona, como así consta en los archivos de esta Dirección General (DOCUMENTO 10). Con fecha 31 de agosto de 2020 los nuevos administradores contratados por el concesionario

del mercado de Santa Eugenia remitieron a la Dirección General de Comercio a través de correo electrónico el Acta de la asamblea de comerciantes de 20 de julio de 2020 en la que se decide el cese del señor X. En este correo electrónico (DOCUMENTO 11) los nuevos administradores comunican: "Buenos días, nos ponemos en contacto con Uds. en calidad de nuevos Administradores del MERCADO DE SANTA EUGENIA. Tras la celebración de una Junta General Extraordinaria el pasado 28 de Julio de 2020, se decidió la contratación de nuestros servicios para llevar la gestión del mercado, (les adjuntamos el Acta) (DOCUMENTO 12). En primer lugar nos ponemos a su disposición siendo muy grato para nosotros emprender este nuevo trabajo al igual que la relación con la Dirección General de Comercio y la Administración. Igualmente nos es necesario trasladarles y ponerles en conocimiento la gran dificultad con la que nos estamos encontrando para llevar la gestión de manera correcta por los diferentes motivos que les expongo. El Administrador anterior pese a haberle comunicado fehacientemente su destitución como administrador del Mercado, a día de hoy no ha entregado ni facilitado ninguna documentación. Por nuestra parte como Administradores actuales, como la Junta Directiva, vemos necesario una Auditoria que evalúe la gestión del anterior Administrador, por el coste de las obras realizadas, los contratos firmados y el contenido de los mismos, y otras gestiones realizadas que consideramos inaceptables." Respecto a la gestión del señor ..., el concesionario Asociación de Comerciantes del Mercado de Santa Eugenia ha informado a esta Dirección General, que ha interpuesto contra esta persona una querrela criminal por administración desleal y apropiación indebida. Se sigue constatando a fecha de hoy con desagrado (a pesar de no ejercer ya sus funciones de gerente desde el 20 de julio de 2020, como más adelante se referirá), que continúa con su actitud insolente y maleducada a través de correos electrónicos que nadie le pide y diferentes escritos en los que muestra a las claras una total falta de autocontrol que preocupa, porque no es seguro, más bien al contrario, que esa creciente violencia en sus expresiones, desenfrenada con un orgullo un tanto infantil y desmesurado, no pueda convertirse en algún momento en violencia física. Se le declaró persona "non grata" en reunión de Junta Directiva de 11/abril/2022, después de que increpase en el mercado a varios asociados, no es una prohibición de entrada "estricto sensu",

la media se adopta, además, teniendo en cuenta que, en aquel momento, tenía algún local a su nombre.

El informe recibido contiene las siguientes conclusiones:

- Los concesionarios de los mercados asumen a través de la adjudicación de un contrato administrativo, la responsabilidad de la gestión de un mercado municipal a su riesgo y ventura (artículo 3.d de la Ordenanza de Mercados Municipales OMM). Deben dotar al mercado de los recursos humanos, físicos y técnicos que aseguren la gestión profesionalizada del mismo (contratación de gerentes o administradores) (artículo 29 OMM).
- El Ayuntamiento de Madrid no tiene relación jurídico-administrativa ni laboral con el personal al servicio de los concesionarios ni con los usuarios de los locales (artículo 17.2 OMM).
- Desde la Dirección General de Comercio y Hostelería siempre se mantiene una relación constante y fluida con los gerentes, como interlocutores, de cada uno de los 45 mercados municipales.
- La relación con el antiguo gerente del Mercado de Santa Eugenia se tornó muy difícil por su actitud, amenazas, insultos, falta de respeto e incluso acoso con el personal funcionario y directivo de la Dirección General de Comercio y Hostelería, por lo que se solicitó a la presidenta de la asociación de comerciantes de este mercado, que la interlocución fuera exclusivamente con ella, como representante legal del concesionario.
- Después de que en 2020 el concesionario cesara al gerente de su puesto, esta persona ha continuado enviando escritos y correos electrónicos a esta Dirección General de Comercio y Hostelería de todo punto impertinentes y amenazantes, absolutamente rechazables. La sensación de acoso es permanente.
- El denunciante hace referencias constantes a una supuesta agresión en 2020 infligida a su padre por un tercero. Esto no es competencia de esta Dirección General de Comercio y Hostelería sino en su caso de la Policía.
- La decisión de no permitir la entrada en el mercado a esta persona es exclusiva de la entidad concesionaria.

La Oficina Municipal hace las siguientes consideraciones:

En el informe recibido se ha dado razonada y extensa respuesta a las cuestiones planteadas en la denuncia y se describen las descalificaciones, insultos y amenazas a funcionarios de este Ayuntamiento en el ejercicio de sus funciones, lo que queda claramente constatado en los correos remitido por el denunciante a estos funcionarios, que contienen, junto a las amenazas, inaceptables expresiones en menoscabo del honor y prestigio de estos funcionarios que se encontraban en el correcto ejercicio de sus funciones.

Por todo ello, vistos los términos de la denuncia, el informe recibido y los documentos que acompañan al informe de la Dirección General de Comercio y Hostelería, no se aprecian en las actuaciones de los funcionarios de este Ayuntamiento afectados por tan anómala denuncia, conductas de fraude o corrupción ni se observan malas prácticas ni irregularidades ni conflicto de intereses que pudieran motivar el ejercicio de las competencias atribuidas a esta Oficina Municipal por su Reglamento Orgánico, por lo que, sin más actuaciones, procede el archivo del presente expediente.

Expediente 44/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en el procedimiento del nombramiento del Tesorero del Ayuntamiento de Madrid y a un presunto conflicto de intereses.

Se reitera lo expresado en la denuncia que dio lugar al expediente 27/2022 de esta Oficina, antes mencionado, que se da por reproducido.

Asimismo se denuncia, como presunta irregularidad, que el nombramiento del titular de la tesorería no se ha producido por la Junta de Gobierno y que la propuesta de nombramiento se ha efectuado por órgano incompetente.

Sobre estas dos presuntas irregularidades no se había pronunciado esta Oficina al no estar incluidas en la denuncia que conoció con anterioridad, por ello se solicitó informe a la Dirección General de Costes y Gestión de Personal exclusivamente sobre estos dos extremos. Se recibió el informe solicitado en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente:

El puesto tesorero/a figura en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Madrid como un puesto de trabajo que debe ser ocupado por personal funcionario con habilitación de carácter nacional y adscrito a la Dirección General de Política Financiera. El procedimiento para la convocatoria de este puesto de trabajo de tesorero/a, teniendo en cuenta que está reservado a personal con habilitación de carácter nacional y que su forma de provisión es la libre designación, es el previsto para la provisión de puestos de trabajo de personal funcionario del Ayuntamiento de Madrid junto a lo recogido en el artículo 92 bis, apartado 6, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y en los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. En cuanto a la competencia para resolver la provisión del puesto de tesorero/a, hay que comenzar señalando que el punto 1.4.a) del apartado 12 del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, atribuye a la Dirección General de Costes y Gestión de Personal, por delegación, la competencia para "Convocar, elaborar y aprobar las bases y resolver las convocatorias de provisión de puestos de trabajo, así como la resolución de las adscripciones provisionales, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias." Por otro lado, respecto al caso concreto del puesto de trabajo tesorero/a hay que tener en cuenta que si bien el artículo 24 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid señala que se trata de un órgano directivo que su titular deberá ser un funcionario de Administración local con habilitación nacional y que su nombramiento corresponderá a la Junta de Gobierno, el punto 2 del apartado 1º del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de

Hacienda y Personal señala que "2. En tanto se apruebe por el Pleno la adaptación de la organización del Ayuntamiento de Madrid a lo previsto en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, la Tesorería, adscrita a la Dirección General de Política Financiera, tendrá rango de Subdirección General y ejercerá las funciones que le atribuye la legislación que le resulta de aplicación." Por tanto, la competencia para convocar y resolver las convocatorias de provisión de puestos de trabajo, sin excepción, corresponde por delegación a la Dirección General de Costes y Gestión de Personal, tal y como determinó la Junta de Gobierno en el punto 1.4.a) del apartado 12 del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y Personal. Además, en el caso del puesto de tesorero/a, la competencia de la Dirección General de Costes y Gestión de Personal queda reforzada teniendo en cuenta que conforme a la normativa vigente la tesorería tiene rango de subdirección general y la competencia para convocar y resolver la provisión debe ser la misma que para el resto de los puestos cuyo titular tenga rango de subdirector/a general. Respecto a la competencia para efectuar la propuesta de adjudicación del puesto de tesorero/a hay que indicar que corresponde a la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal conforme a lo indicado en la base 6.1 de las Bases que han de regir la provisión mediante libre designación del puesto de Tesorero/a del Ayuntamiento de Madrid reservado a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que señala lo siguiente: "6.1. Concluido el plazo de presentación de solicitudes, la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, tras constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la convocatoria y previos los informes que procedan, formulará, de manera motivada y con referencia al cumplimiento, por parte del candidato elegido, de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, la propuesta de adjudicación a la Directora General de Costes y Gestión de Personal." En virtud, de lo previsto en dicha base, una vez finalizado el plazo de presentación de solicitudes, con fecha 3 de diciembre de 2021, se remitió desde esta Dirección General de Costes y Gestión de Personal a la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal la relación de solicitantes que

reunían los requisitos exigidos junto con la correspondiente documentación para que formulara la pertinente propuesta. (Se adjunta como anexo I copia del escrito remitido a la Secretaría General Técnica). A la vista de las solicitudes presentadas, la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, con fecha 7 de febrero de 2022, formuló la correspondiente propuesta de adjudicación, previa petición de informe a la Dirección General de Política Financiera según se desprende de lo indicado en la propuesta de adjudicación. (Se adjunta como anexo II copia de la propuesta de adjudicación formulada por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal). Es preciso señalar que conforme a lo previsto en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, la adjudicación del puesto de tesorero/a fue comunicada a la Comunidad de Madrid, al Ministerio competente para su conocimiento y publicación en BOE, así como al Pleno del Ayuntamiento de Madrid. Por último, teniendo en cuenta todo lo anterior, se considera que la propuesta y adjudicación del puesto de tesorero/a del Ayuntamiento de Madrid se ha llevado a cabo por los órganos competentes para ello y conforme a toda la normativa municipal y estatal aplicable a la provisión de un puesto de trabajo reservado a personal funcionario con habilitación de carácter nacional.

La Oficina Municipal, consideró que en el informe recibido se ofrece razonada explicación de lo correcto que ha sido que el nombramiento del titular de la Tesorería se hubiera realizado, por delegación, por la Dirección General de Costes y Gestión de Personal, y asimismo que la propuesta de adjudicación del puesto de Tesorero se ha realizado por el órgano competente, en este caso la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Personal.

EXPEDIENTES 46/2022 Y 50/2022

Estos expedientes se refieren a la actuación de un empleado público de la Empresa Municipal de Transportes, S.A. (EMT), en relación a un contrato de mantenimiento en dicha empresa, por posible vulneración de normativa en materia de incompatibilidades.

Esta Oficina Municipal emitió informe en el que se concluía que "podiera inferirse la existencia de indicios de haberse incurrido en causas de incompatibilidad y conflictos de intereses. Dispone el artículo 35 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción que la Dirección de la Oficina emitirá un informe razonado que será remitido a la autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas. Correspondería a los responsables de la EMT con competencia en la materia valorar si hubieran existido causas de incompatibilidad y conflictos de intereses. Habida cuenta de que actualmente, según la información facilitada por el Director-Gerente de la EMT, en su informe de fecha 3 de junio, se encuentra en tramitación "expediente informativo en relación con las noticias aparecidas en prensa sobre el mencionado empleado y las actuaciones de la Oficina", esta Oficina Municipal deja abierto el presente expediente pendiente de que se conozcan las conclusiones del expediente informativo al que se ha hecho mención.

El Director Gerente de la EMT remitió informe del Director de Recursos Humanos, conteniendo las "conclusiones del expediente informativo abierto al empleado X en relación al expediente de contratación 219/00019 suscrito por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid", y en dicho informe se expresaba lo siguiente:

"A vista de la noticia publicada por distintos medios de comunicación, sobre la intervención de X en el contrato suscrito con la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (en adelante EMT) con la entidad INESCO, la Dirección de Recursos Humanos a requerimiento de la Dirección Gerencia de la EMT, se decidió incoar un expediente informativo, con el fin de aclarar con los medios a su alcance, los referidos hechos, habiendo resultado de las comprobaciones efectuadas lo siguiente:

- * Que X, fue contratado por la EMT, el 01/10/2008, con la Categoría de Jefe de División (Contrato de trabajo que consta en el expediente personal).
- * Que, tras su contratación, el Sr. X desempeñó dicha categoría, en el Departamento de Construcciones e Infraestructuras de la EMT (documentación interna de la empresa).
- * Que con fecha 09/02/2018, el Sr. X fue sancionado como autor responsable de una falta muy grave con la sanción de 60 días de suspensión de empleo y sueldo, sin que el motivo de dicha sanción tenga relación alguna con los hechos objeto del presente informe (Expediente sancionador que consta en el expediente personal del Sr. Pradillo).
- * Que con fecha 20/06/2018 la EMT comunico al Sr. Pradillo, que el mismo pasaba a desempeñar su trabajo en el Servicio de Consultoría (Comunicación que obra en el expediente del Sr. Pradillo).
- * Que con fecha 01/01/2019 se suscribió entre el Sr. X y la EMT un documento en el que se acordaba la suspensión del contrato de dicho señor por un periodo de 3 años, pudiendo el Sr. X reincorporarse a la empresa bastando para ello que lo comunicase con al menos un mes de antelación, no estableciéndose en dicho contrato ninguna limitación o condicionamiento alguno en cuanto a la actividad que podría realizar el Sr. X durante la suspensión del contrato. (documento de suspensión del Contrato de trabajo que consta en el expediente personal del Sr. X).
- * Que con fecha 25 de marzo de 2019 la EMT sacó un concurso con nº 19/019/1 el cual tenía por objeto la EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION, MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN A NORMATIVA EN LAS INSTALACIONES DEL CENTRO DE OPERACIONES DE FUENCARRAL de la EMT, siendo finalmente adjudicado el mismo a la UTE formada por las empresas ASFALTOS Y PAVIMENTOS S.A., CISER OBRAS Y SERVICIOS (documentación obrante en la División de Contratación de la EMT).

* Que con fecha 26/08/2021 el Sr. X solicitó su reincorporación a la empresa (solicitud que obra en el expediente personal del mismo).

* Que con el fin de tramitar dicha solicitud la EMT solicito al Sr. X un informe de vida laboral en la que constaba que el mismo figuraba dado de alta como autónomo en la Seguridad Social, exigiéndole que debía darse de baja como autónomo para poder reincorporarse a la empresa (dicha vida laboral consta en el expediente personal).

* Que, al presentar su baja en el régimen de autónomos, de acuerdo con lo pactado en documento de suspensión del contrato de trabajo, se suscribió con el Sr. X un nuevo contrato de trabajo, reincorporándose el mismo a la empresa haciéndolo como Jefe de División, en el Departamento de Estudios de Movilidad (dicho contrato figura en el expediente personal).

* Que con fecha 3 de mayo de 2022 por diversos medios de comunicación se publicó la noticia que el Sr. X había intervenido en la adjudicación de una gran obra, cobrando por ello la cantidad de 150.000 euros (dicha noticia consta en diversos medios que son de público conocimiento).

* Que con fecha 10/05/2022 por la EMT se solicitó al Sr. X, diera las aclaraciones que considerara oportunas con respecto a las noticias publicadas por distintos medios de comunicación, en relación con su participación en la adjudicación por parte de la EMT a la UTE (Inesco, Asfaltos y Pavimentos S.A y Ciser) del contrato para la ejecución de obras en el centro de operaciones de Fuencarral, expediente de contratación 19/019/1, así como para que aportara la documentación que creyera conveniente para sustentar sus aclaraciones (requerimiento que obra en el expediente personal).

* Que con fecha 13/05/2022 por el Sr. X se presentó escrito efectuando las aclaraciones que creyó oportunas y que básicamente eran que, durante el periodo de suspensión del contrato de la EMT, INESCO le solicitó el asesoramiento técnico para la confección de la oferta del procedimiento 19/019/1 para la EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION, MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN A

NORMATIVA EN LAS INSTALACIONES DEL CENTRO DE OPERACIONES DE FUENTARRAL de la EMT. Formalizando con fecha 15/04/2019, un contrato de servicios profesionales con dicha Empresa, no aportando documentación alguna, acreditativa de dichas manifestaciones (dichas aclaraciones obran unidas al presente informe).

* Al mismo tiempo, por la empresa, con los datos que obraban en su poder, se solicitó informe a la Dirección General de Función Pública, Subdirección General de Régimen Jurídico, Disciplinario e Incompatibilidades de Personal, Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos, del Ayuntamiento de Madrid sobre si el Sr. X podría haber incurrido en incompatibilidad al haber asesorado a la empresa INESCO en la confección de la oferta del procedimiento 19/019/1, cuando el mismo tenía suspendido su contrato con la EMT, habiendo contestado la misma con fecha 4 de julio de 2022 en los siguientes términos:

"En conclusión, las causas de incompatibilidad material vinculadas con el principio de imparcialidad, recogidas en los artículos 1.3, 11.1 y 12.1 A) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, resultan exigibles durante el período en que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, estando acordado el derecho del trabajador a reingresar en la empresa pública"

* Que con fecha 5 de julio de 2022, se dio traslado a Sr. X del informe emitido por la Dirección General de Función Pública, Subdirección General de Régimen Jurídico, Disciplinario e Incompatibilidades de Personal, Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos, a fin de que hiciera las alegaciones que consideraba convenientes con respecto del mismo, así como para que aportara el contrato que había suscrito con la empresa INESCO para el asesoramiento en la confección de la oferta del procedimiento 19/019/1, remitiendo el Sr. X con fecha 8-7-2022, Nota Interior, en la que mostraba su rechazo y disconformidad con las conclusiones a que se llegaban en dicho informe, ya que según su criterio durante la suspensión de su contrato, no tenía ningún tipo de incompatibilidad para poder ejercer su profesión, adjuntando copia del contrato suscrito entre la empresa INESCO S.A. y la empresa MANSALUVE S.L., de la que era representante legal.

De todo lo anteriormente expuesto, informamos, que, de las actuaciones llevadas a cabo por la empresa, con los medios que esta ha tenido a su alcance, que la actuación llevada a cabo por el Sr. X, en relación con el procedimiento 19/019/1 de EMT, se desprende lo siguiente:

+ Que dicha actuación la llevó a cabo el Sr. X cuando su contrato de trabajo con la EMT estaba suspendido y consecuentemente no le unía relación alguna con la misma, no habiéndose pactado en el momento de acordar la suspensión, ningún condicionante con respecto a la actividad que podría llevar a cabo el Sr. X mientras durara la misma.

+ Que no obstante lo anterior por la Dirección General de Función Pública, Subdirección General de Régimen Jurídico, Disciplinario e Incompatibilidades de Personal, Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos, del Ayuntamiento de Madrid, se llegó a la conclusión de que a pesar de estar suspendido su contrato de trabajo, existía causa de incompatibilidad en la actuación llevada a cabo por el Sr. X, en relación con la actuación llevada a cabo por el mismo en el Procedimiento 19/019/1.

+ Que el Sr. X ha colaborado con la empresa para el esclarecimiento de los hechos, habiendo contestado a los requerimientos que se le han hecho y habiendo aportado el contrato que suscribió en nombre de MASALUVE S.L. con la empresa INESCO S.A. para el asesoramiento a este en la presentación de la oferta del Procedimiento 19/019/1.

Una vez analizados los hechos, la fecha en que los mismos pudieron producirse, y las actuaciones llevadas a cabo para el esclarecimiento de los mismos, habría que llegar a la conclusión que podría considerárseles como constitutivos de una falta muy grave, prevista en el punto 14 apartado III del Convenio Colectivo de la EMT, en relación con el Art. 54 2 d) del Estatuto de los Trabajadores, a la que pudiera serle de aplicación la atenuante prevista en el apartado V b) del mencionado punto 14 del Convenio, al no tener el Sr. X intención de causar mal, daño o perjuicio tan grave como el ocasionado, pudiendo ser sancionados con quince a sesenta días de suspensión de empleo y sueldo o incluso con el despido (siendo poco

viable la imposición de la sanción de despido si se entendiera que concurre la atenuante indicada)

No obstante, y con el fin de ver si sería sancionable en estos momentos los hechos con arreglo a la normativa indicada, habría que tener en cuenta lo establecido en el referido punto 14 en el apartado IX del convenio colectivo de la EMT, (cuyo texto es igual al del Art. 60 2 del Estatuto de los Trabajadores), en el que, con respecto a la prescripción de las faltas, en concreto de las muy graves establece lo siguiente:

"Las faltas muy graves prescribirán a los sesenta días. Estos plazos comenzaran a partir de la fecha en que la Empresa tuvo conocimiento de su comisión, entendiéndose como tal la fecha en que el Agente que tramita la propuesta tuvo conocimiento de la misma, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido."

En este punto es determinante el inciso final, al decirse en el mismo, que en todo caso la falta se considerara prescrita a los seis meses de haberse cometido. Si tenemos en cuenta que los hechos que se podrían imputar al trabajador habrían ocurrido en el año 2019, es evidente que habrían transcurrido en exceso los seis meses convencional y legalmente establecidos para que la falta tenga que considerarse prescrita".

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, recibido el informe al que se acaba de hacer mención, hizo las siguientes consideraciones:

En el informe remitido por el Director Gerente de la EMT se señala que existía causa de incompatibilidad en la actuación llevada a cabo por el Sr. X, en relación con su actuación en el Procedimiento 19/019/1., y se añade que "habría que llegar a la conclusión que podría considerárseles como constitutivos de una falta muy grave, prevista en el punto 14 apartado III del Convenio Colectivo de la EMT, en relación con el Art. 54 2 d) del Estatuto de los Trabajadores...". Por último se indica que la falta muy grave derivada de la infracción habría prescrito.

El nexo entre incompatibilidad y riesgo de existencia de conflictos de intereses, es incuestionable. El cumplimiento del deber de objetividad e imparcialidad de los empleados públicos evita una colisión entre los intereses particulares y los generales, protegiéndose así estos últimos. La situación expuesta en el informe de conclusiones remitido, así como la documentación anexa al mismo, pone de manifiesto una situación de riesgo de conflicto de intereses.

Como ya se expuso en el precitado informe emitido por esta Oficina Municipal, de fecha 30 de junio, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en el que se dispone lo siguiente: "Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. 1. 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. 2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación."

En el informe elaborado por la EMT consta que se ha producido una situación de incompatibilidad, sancionable como falta muy grave, y aunque se haya considerado prescrita, cabe hacer la reflexión sobre si los responsables de la EMT han estimado la conveniencia de dejar expresado que la situación descrita no supuso ninguna afección en la ejecución del contrato número 219/00019. A este respecto, es de señalar que esas conductas que incurren en incompatibilidad suponen

un área de riesgo y una debilidad del proceso contractual, tanto en la adjudicación como en la ejecución.

La implantación de procesos que garanticen la ausencia de conflictos de intereses en todas las etapas de los contratos es altamente recomendable, a fin de evitar un perjuicio para los intereses generales. Cabe recordar que el posible conflicto de intereses no solo puede afectar al propio interesado, sino también al resto de empleados públicos con los que pudiera haber trabajado, o estuviera trabajando por el vínculo que con esa persona pudieran mantener. Y se debe tener en cuenta que el conflicto de interés puede ser real, potencial o aparente. El primer caso implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados, en el que el empleado tiene intereses personales que pueden influir negativamente en sus deberes y responsabilidades. Es potencial cuando los intereses privados del empleado podrían ser susceptibles de influir indebidamente en sus funciones. Y, por último, será aparente cuando existen intereses privados del empleado público que darían lugar a que se presentara el conflicto de intereses ante futuras responsabilidades del mismo.

Es clarificador el informe emitido por la Subdirección General de Régimen Jurídico, Disciplinario e Incompatibilidades de Personal, de la Dirección General de la Función Pública, en respuesta a la consulta formulada por la EMT y en dicho informe se expresa que "En conclusión, las causas de incompatibilidad material vinculadas con el principio de imparcialidad, recogidas en los artículos 1.3, 11.1 y 12.1 A) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, resultan exigibles durante el período en que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, estando acordado el derecho del trabajador a reingresar en la empresa pública"

Es altamente recomendable la existencia de una formación específica y continua de los empleados públicos y de sus órganos responsables, en materia de detección y gestión de conflictos de intereses, así como sobre régimen de incompatibilidades. Es importante que la normativa de aplicación sea conocida con todo detalle.

Asimismo, son imprescindibles los controles y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales. No basta con conocer las normas, su aplicación requiere de un control y supervisión de su efectivo cumplimiento, llevando a cabo controles periódicos. Los órganos superiores deben extremar las precauciones, tanto respecto a ellos mismos como sobre el personal adscrito a su organización, de manera que se puedan detectar posibles conflictos de intereses o conductas de incompatibilidad. La prevención es la herramienta más útil para que no se produzcan. Si bien no siempre es posible prevenir dichas situaciones, por lo que deben diseñarse procedimientos para una adecuada gestión si se producen, en una respuesta rápida, eficaz y transparente.

Es de señalar la oportunidad de incorporar declaraciones de ausencia de conflictos de interés, en la línea de la previsión que actualmente recoge la gestión Fondos "Next Generation EU", para todos los intervinientes en la gestión de dichos fondos, y que podría avalarse su ampliación a otras gestiones de gastos públicos, de diferente origen.

Añadió esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción las siguientes conclusiones:

Se ha producido una situación de incompatibilidad por parte de un empleado público, que pudiera ser constitutiva de falta muy grave, que no ha sido sancionada al considerarse prescrita.

Resulta aconsejable la adopción de debidos controles para que esas situaciones de incompatibilidad y prescripción no se produzcan.

Convendría que quedara claramente reflejada la ausencia de impacto, en la tramitación y ejecución del contrato antes mencionado, por riesgo de conflicto de interés derivados de la incompatibilidad.

Las causas de incompatibilidad material vinculadas con el principio de imparcialidad, recogidas en los artículos 1.3, 11.1 y 12.1 A) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, resultan exigibles durante el período en que el contrato de trabajo se encuentra

suspendido, estando acordado el derecho del trabajador a reingresar en la empresa pública

La formación específica y continua en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses contribuirá a prevenir posibles futuras actuaciones vulneradoras del orden jurídico y del interés general.

Expediente 58/2022

Se presentó en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presuntas irregularidades en la adjudicación de cuatro contratos de emergencia de la empresa municipal de economía mixta Madrid Calle 30 a la empresa EMESA. Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

Se alega que tres de los cuatro contratos tienen el mismo importe, coincidiendo éste con el máximo que puede adjudicar de forma directa la Consejera Delegada de la empresa de economía mixta Madrid Calle 30 sin necesitar el acuerdo del Consejo de Administración.

La empresa adjudicataria de estos cuatro contratos de emergencia es la sociedad EMESA (EMPRESA DE MANTENIMIENTO Y EXPLOTACIÓN M-30, S.A.) que tiene suscrito, desde 2055, un contrato privado de arrendamiento de servicios denominado "Contrato relativo a ciertos servicios de conservación y explotación de la M-30" (en adelante el contrato de servicios) con la mencionada empresa MADRID CALLE 30.

Del análisis de las cláusulas de este contrato de servicios y de la oferta del concesionario, EMESA, se concluye que ninguna de las labores a realizar en los contratos de emergencia (mantener en cerramiento de la autovía, retirar los árboles, retirar coches y limpiar caces) es complementaria, sino coincidente, con las labores ya previstas dentro del objeto del contrato de conservación y explotación que ostenta EMESA frente a Madrid Calle 30, ya que su objeto es "mantener las condiciones del servicio incluso cuando las condiciones de la vía pudieran ser cambiantes". Este hecho motivaría

que la adjudicación de los tres contratos de emergencia sea, a nuestro juicio, irregular, por estar abonando dos veces los mismos conceptos.

Por último, el cuarto contrato de emergencia merece una especial atención respecto a su consideración como contrato de emergencia, puesto que se adjudicó 8 meses después de la borrasca Filomena.

Este contrato se suscribió el 31 de agosto de 2021 con el fin de hacer frente a la limpieza de los elementos de drenaje obstruidos como consecuencia de la borrasca Filomena.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción solicitó informe al Director Gerente de Madrid Calle 30, sobre los extremos de la denuncia, que fue emitido y en el que se exponía, entre otros extremos, lo siguiente:

El Anexo XIX (“Descripción de las pólizas de seguros requeridas para el proyecto”) del PCAP y la cláusula 4.1.5 (“Obligaciones de la Sociedad”) del Contrato Madrid Calle 30-Ayuntamiento, imponen la obligación a Madrid Calle 30 de tener suscrito, entre otros, el siguiente seguro: Póliza de daños que cubra los daños que puedan sufrir los activos de la sociedad, incluidos los bienes inmuebles, muebles y las obras realizadas una vez concluido el periodo de construcción y garantía. A fecha de 8 de enero de 2021, Madrid Calle 30 tenía contratada la Póliza número SP040-000104-09 de Seguro de Todo Riesgo Daño Material de la M-30, contratada con la compañía de seguros RSA Luxemburgo, S.A., Sucursal en España. Inmediatamente producido el evento de la borrasca Filomena, Madrid Calle 30 dio cuenta al seguro, el cual aceptó en la cobertura del siniestro el evento de fuerza mayor producido por dicha Borrasca. El seguro comunicó verbalmente a Madrid Calle 30 que debía realizar las actuaciones inaplazables para resolver la emergencia y posteriormente, reclamar el importe del siniestro a la aseguradora. De conformidad con el artículo 4 de las Condiciones Generales de la Póliza, el derecho contractual del asegurado reconocido por el texto de la Póliza es un derecho a “la indemnización de los daños materiales que experimenten directamente los bienes objeto de aseguramiento”

En este contexto de situación catastrófica, y para atender a las situaciones de emergencia inaplazables para la puesta en servicio de la vía sin ningún peligro para los usuarios, Madrid Calle 30 procedió a adjudicar a EMESA un Contrato de Emergencia para el rescate de vehículos atrapados en la nieve como consecuencia de la borrasca Filomena, por importe de ejecución de 99.868,70 €. Posteriormente a medida que se iba despejando la vía de nieve se detectó que había gran cantidad de árboles que habían caído a la calzada como consecuencia de la nevada. Para la retirada de estos árboles y para el despeje de los accesos a 4 depósitos de la EMT: Imperial, Colón, Recuerdo y Escuadrón, a los cuales era necesario trasladar los vehículos atrapados, Madrid Calle 30 adjudica un segundo contrato de emergencia a Emesa: Contrato de Emergencia para la retirada de árboles y la apertura de accesos a depósitos municipales como consecuencia de la borrasca Filomena, por importe de ejecución 99.803,72 euros. La caída de árboles y los efectos de la nieve produjeron la destrucción de parte del cerramiento que protege a Calle 30 de la posible entrada de personas o animales a la vía. Para evitar este riesgo, la entrada de personas o animales a la M-30, que podía ocasionar atropellos y accidentes, Madrid Calle 30 adjudicó un contrato menor de obra en febrero de 2020, que tenía por objeto la instalación del cerramiento prioritario en el entorno de la M-30 dañado por el temporal Filomena, por importe de 39.798 euros (IVA excluido). No se trata de un contrato de emergencia, sino de un contrato menor, adjudicado a través del procedimiento legalmente establecido con la previa solicitud de tres ofertas. Madrid Calle 30, adjudica el 31 de agosto de 2021 un contrato de emergencia para la retirada de restos vegetales procedentes de la tormenta Filomena que no suponían peligro de vialidad pero que ante las advertencias realizadas desde diversos organismos públicos tales como la Dirección General de Emergencias del Ayuntamiento de Madrid o la Agencia de Seguridad y Emergencias de la Comunidad Autónoma de Madrid por las previsiones meteorológicas adversas previstas por AEMET QUE SUPONÍAN UN GRAVE PELIGRO DE INUNDACIONES por el arrastre de dichos restos vegetales. El importe de ejecución de este contrato de emergencia fue de 67.089,55 euros (sin IVA). Estos restos vegetales no se habían retirado debido a la reclamación contenciosa que se realizó a la compañía de seguros y es sumamente

importante destacar que la mayoría de los árboles no eran "árboles de la M-30", si no que pertenecían al patrimonio municipal o incluso a privados.

En octubre del 2021 RSA -la compañía aseguradora de los daños a la M-30- realiza un ingreso en la cuenta de Madrid Calle 30 como anticipo de los gastos de Filomena por un importe de 300.000 euros.

En noviembre del 2021 se solicita por parte de Madrid Calle 30, al amparo de la Resolución de 16 de octubre de 2021, de la Secretaría de Estado de Política Territorial, de la convocatoria de las subvenciones para los gastos de reconstrucción de las infraestructuras, equipamientos o instalaciones de titularidad municipal que hayan sido dañadas por la borrasca "Filomena" las ayudas para tres proyectos de reconstrucción (firmes y obra civil, arbolado y equipamiento). La ayuda concedida a Madrid Calle 30 para estos proyectos de reconstrucción es de 1.051.993,11 euros.

La Dirección del Contrato del Ayuntamiento -Dirección General de Planificación e Infraestructuras de Movilidad del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid- en respuesta al escrito de 4 de febrero de 2022 de Madrid Calle 30, considera en su escrito del 7 de febrero del 2022 que están activados los mecanismos necesarios para recuperar los gastos soportados por Madrid Calle 30 (por una parte el coste de los daños reclamados al seguro, y por otra los daños reclamados en virtud de la declaración de Zona Catastrófica por los daños de Filomena tramitados a través de este Ayuntamiento) y en segunda instancia, y una vez que queden resueltos los mecanismos de retorno de los gastos que están en marcha, se acometerán las acciones tendentes a analizar y compensar los saldos pendientes, si procede.

Sobre la vigilancia y el control de la gestión de Madrid Calle 30 inciden dos contratos:

El de carácter administrativo firmado entre Madrid Calle 30 y el Ayuntamiento, que podemos llamar "Contrato principal" y, el contrato privado que une a Madrid Calle 30 con Emesa, que podemos llamar "Contrato de gestión".

Es sumamente importante destacar que los redactores de la denuncia no han podido alegar ningún incumplimiento legal y se centran en cuestiones relativas a la interpretación de un contrato, sin tener en cuenta nada más que una parte de sus estipulaciones.

No son cuatro contratos de emergencia. Son dos contratos de emergencia motivados por la borrasca Filomena y un tercer contrato por otra situación de riesgo por lluvias torrenciales.

- El contrato de retirada de vehículos atrapados por la borrasca Filomena. El precio de este contrato fue de 99.803,72€ sin IVA.
- El contrato de retirada de árboles. El precio de este contrato es de 99.868,70€ sin IVA.

Por último, el tercero responde a la necesidad de retirada de restos vegetales procedentes del temporal para evitar daños ante la amenaza de lluvias abundantes e inundaciones, de forma que la vía no se vea perjudicada ni los conductores entorpecidos.

Por tanto y aunque todos tienen un evidente origen común (los efectos y daños causados por el temporal de nieve Filomena), cada uno responde a una necesidad diferente, constituyendo una unidad funcional técnica y económica distinta, lo que ya per se permite su celebración individualizada y separada.

Cada uno de los citados contratos de emergencia ha sido adjudicado y formalizado en fechas distintas comprendidas entre el 13 de enero de 2021 y el 31 de agosto de 2021. No estamos, pues, ante contratos celebrados en la misma fecha sino ante contratos que se han ido celebrando en función de las necesidades concretas que en cada momento ha sido preciso satisfacer. Además de que no ha existido fraccionamiento arbitrario alguno del objeto de los Contratos de Emergencia, al responder cada uno de ellos a un objeto distinto y a un momento temporal diferente.

Sobre la vigilancia de Madrid Calle 30, recordemos de nuevo a los dos contratos: El administrativo firmado entre Madrid Calle 30 y el Ayuntamiento- "Contrato principal" y, el privado que une a Madrid Calle 30 con Emesa, - "Contrato de gestión". Este Contrato de gestión establece que Emesa -por contrato de arrendamiento de servicios

está obligada a realizar un CATÁLOGO CERRADO DE TRABAJOS, que aparecen de manera concreta y detallada en el Anexo A del "Contrato de gestión". Por el contrario, Madrid Calle 30, como sociedad gestora del servicio público, tiene la obligación de hacer TODO LO QUE SE PRECISE para la correcta conservación y mantenimiento de la M30.

La empresa responsable de paliar los efectos de la tormenta mediante la rápida contratación de soluciones dirigidas a restablecer, lo antes posible, la normalidad de las condiciones de circulación, así como ayudar a los centenares de personas que, con sus vehículos, se quedaron atrapados, fue Madrid Calle 30 y no EMESA.

Madrid Calle 30 no ha pagado dos veces lo mismo. Al contrario, es un hecho objetivo que Madrid Calle 30, mucho antes de que se presentara esta denuncia, exigió a EMESA, CON FECHA 13 y 14 DE ENERO DE 2021 Y EN LA PRIMERA CLÁUSULA de los documentos de formalización de los contratos de emergencia, que la ejecución de los contratos de emergencia fuera EN EXCESO a las obligaciones contenidas en los documentos contractuales aplicables a la relación jurídica compleja entre Ayuntamiento de Madrid – Madrid Calle 30– Empresa de Mantenimiento y Explotación de la M30 (EMESA), como son el PPTP y el PCAP del "Concurso Público para la Gestión del Servicio Público de reforma, Conservación y Explotación de la M30 mediante Sociedad de Economía Mixta" así como también los modificados de Contrato realizados en los años 2007 y 2011 y las mejoras incluidas en la oferta del adjudicatario de la conservación de la vía, EMESA. Además, sigue diciendo la primera cláusula de los contratos de emergencia: "Por tanto, la adjudicataria EMESA deberá diferenciar las órdenes de trabajo derivadas de la concreta prestación de este servicio de emergencia (y sus costes por conceptos), de su actividad ordinaria de mantenimiento y conservación de la M30. Será obligación esencial para la adjudicataria la identificación, en su caso, de los medios materiales y humanos removidos de las actividades ordinarias (mantenimientos de zonas verdes, instalaciones, obra civil y en especial atención a incidencias), para su adscripción provisional a este servicio de emergencia, a los efectos del cálculo de los costes a abonar por el mismo y en su caso, su repercusión al Ayuntamiento de Madrid." Se realizó un informe de liquidación del contrato y se

vigiló la correcta ejecución de las prestaciones por parte de Madrid Calle 30 con el análisis de los partes de trabajo.

Madrid Calle 30 envió a la Comisión de Vigilancia de la Contratación del Ayuntamiento de Madrid, la totalidad de los expedientes, completos, foliados y acompañados de las diligencias exigidas, resultando que por parte del organismo se solicitó fueran enviados sin facturas ni informes de ejecución.

Madrid Calle 30 coincide con los denunciantes que la situación provocada por Filomena se incardina, de un modo indiscutible, en el denominado supuesto de fuerza mayor, al tratarse de un fenómeno atmosférico totalmente desproporcionado, un acontecimiento externo que no pudo preverse o que, incluso habiendo sido previsto, su magnitud excedió el ámbito de aplicación del "Contrato de gestión". También se ha dicho, que, ante esas concretas causas de fuerza mayor, decae el riesgo y ventura y procede la compensación económica por los gastos extraordinarios e inaplazables, que de no haberse realizado hubieran supuesto el cierre al tráfico rodado de la carretera y un mayor colapso de la Ciudad.

En el Contrato de gestión, la fuerza mayor excepciona el principio de riesgo y ventura que asume de ordinario Emesa. Esto quiere decir que Emesa debe cumplir con las obligaciones de conservación que se derivan de su contrato, -de su catálogo de servicios- y en este particular supuesto de fuerza mayor, debe obtener la compensación económica por los gastos extraordinarios que se produzcan.

Con estas consecuencias:

- a.- Emesa debe ser resarcida de estos gastos extraordinarios.
- b.- Madrid Calle 30 tiene que repercutir al Ayuntamiento los gastos extraordinarios en que ha incurrido Emesa, al darse un caso claro de fuerza mayor contemplado en el contrato

No procede por tanto justificar los costes con arreglo a la institución del riesgo y ventura, que es el que prima la actuación de EMESA en condiciones normales. Pero tampoco procede que EMESA solicite el restablecimiento del reequilibrio económico.

Quien tiene que proponer el reequilibrio es Madrid Calle 30 y no EMESA. El Contrato Principal, es decir, el contrato entre el Ayuntamiento y Madrid Calle 30 previó que, ante un caso como el de Filomena - de fuerza mayor -, el Ayuntamiento aceptaría la reclamación de gastos extraordinarios consecuencia de la fuerza mayor de Madrid Calle 30 al Ayuntamiento.

Queda evidenciado que la denuncia presentada ante la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción interpreta la figura del reequilibrio en contra de lo que interpretó en su día nada menos que el Órgano de Contratación que licitó el servicio público de gestión integral de la M30 mediante sociedad de economía mixta y que establece textualmente que "los pliegos y contratos del concurso no prevén ningún mecanismo de restablecimiento de reequilibrio económico-financiero exigible por el socio privado al Ayuntamiento".

Dicen los denunciantes que hubiese sido procedente haber procedido previamente EMESA a ejecutar las obras y reparaciones y auxilios necesarios y posteriormente habría que proceder al reequilibrio.

Este planteamiento pasa por alto una objeción capital, que es que el contrato entre Madrid Calle 30 y EMESA es un contrato de derecho privado, por lo que ni Madrid Calle 30, ni el propio Ayuntamiento, tienen prerrogativas para exigir a EMESA la ejecución de trabajos extraordinarios que superen con creces el alcance de las prestaciones contratadas, estando, además, EMESA exonerada de ello precisamente por la existencia de fuerza mayor ex art. 1.105 del Código Civil.

Siguiendo con esta idea de los denunciantes de que hubiese sido procedente haber procedido previamente EMESA a ejecutar las obras y reparaciones y auxilios necesarios y posteriormente habría que proceder al reequilibrio, lo expresan en estos términos: A mayor abundamiento, el contrato de servicios prevé en su punto 2.4. el restablecimiento del equilibrio económico y en el punto 4.1.3. las situaciones en que podría acogerse el contratista al mismo por causa de fuerza mayor. Este podría ser, si se hubieran aplicado los términos del contrato de servicios, la compensación que podría recibir el contratista para el caso de que se demostrara que el volumen de

trabajo acometido después de la borrasca Filomena hubiera sido extraordinario.

Así pues, es Madrid Calle 30 es quien debe y va a solicitar indemnizaciones y compensaciones para que se mantenga el equilibrio, dado que este fenómeno meteorológico extraordinario y sus consecuencias económicas, han alterado las estipulaciones básicas del "Contrato principal".

Se han reclamado a la Compañía Aseguradora los daños, pero ante la inactividad de la Compañía Aseguradora y sus Peritos, Madrid Calle 30, ha optado por la vía judicial, para la defensa de los intereses municipales.

De las cantidades que puedan recuperarse tras la reclamación judicial, se dará cuenta a la Dirección del Contrato en el mismo momento en que se conozcan y como consecuencia, hasta que se conozcan no puede solicitarse el reequilibrio, que tendrá que tramitar a instancia de Madrid Calle 30 la Dirección Gral. de Planificación e Infraestructuras de Movilidad, a la vista de las reglas de carácter reglamentario contenidas en el Artículo 146 del Reglamento de la ley de Contratos. (Procedimiento establecido o a seguir en los casos de fuerza mayor).

Para finalizar con este punto, se dice en la denuncia:

"La adjudicación de los cuatro contratos de emergencia han sustraído el procedimiento la valoración del trabajo realizado por encima del previsto en el contrato de servicios mediante un expediente de reequilibrio en el que se hubiera tenido que justificar los daños específicos reparados y los medios movilizados en cada caso, para poder valorar efectivamente el cumplimiento en la realización de las labores contratadas y evaluar la pertinencia del precio pagado, algo que no se ha realizado de acuerdo a lo previsto en el procedimiento"

Esto no es así. Las garantías en cuanto a "valorar efectivamente el cumplimiento en la realización de las labores contratadas y evaluar la pertinencia del precio pagado", han existido.

Tercer contrato de emergencia:

Todo cuanto se ha reflejado hasta el momento, es igualmente válido en relación con el expediente denominado "inundaciones".

Los denunciantes asocian por error este contrato a la tormenta Filomena diciendo que no procede la emergencia por el tiempo transcurrido. Pero sucede que este contrato no tiene por objeto la emergencia de la nevada, sino afrontar la magnitud de las advertencias realizadas desde diversos organismos públicos tales como la Dirección General de Emergencias del Ayuntamiento de Madrid o la Agencia de Seguridad y Emergencias de la Comunidad Autónoma de Madrid. Estos restos vegetales no se retiraron debido a una reclamación contenciosa que se realizó a la compañía de seguros y es importante destacar que la mayoría de ellos no eran "árboles de la M-30", pertenecían al patrimonio municipal o incluso a privados. Por esa alarma meteorológica Madrid Calle 30 necesitó adjudicar un contrato de emergencia para la retirada de restos vegetales procedentes de la tormenta Filomena que no suponían peligro de vialidad en circunstancias ordinarias de lluvia, pero que ante las previsiones meteorológicas adversas previstas y -anunciadas igualmente por la AEMET- para los siguientes días suponían un peligro de inundaciones por el arrastre de dichos restos vegetales ya que lejos de ser un fenómeno lluvioso normal, se siguió un criterio de prudencia ante lo que se preveía como un suceso desacostumbrado, tratando de anticiparse al mismo y buscando evitar, de antemano, los posibles daños.

Nos situamos, por tanto, ante un claro ejemplo de supuesto de fuerza mayor ante la cual no resulta posible exigir las condiciones de cumplimiento ordinario del contrato o, dicho de otro modo, fruto de ese supuesto de fuerza mayor, no se le puede exigir a EMESA el cumplimiento de las condiciones de mantenimiento de la vía, en las condiciones ordinarias de desempeño de sus funciones, al exceder con creces el aleas del riesgo y ventura que asume.

La Ley en estos casos habilita a Madrid Calle 30 tanto la posibilidad de celebración de nuevos contratos, como -y esto es esencial- poder dictar órdenes de ejecución retribuidas cuando por circunstancias excepcionales de fuerza mayor no pueda exigirse directamente la prestación al contratista. En definitiva, habilita para el dictado de órdenes de ejecución cuando por la existencia de un evento o

acontecimiento catastrófico la prestación no sea exigible en condiciones de normalidad al contratista.

Esto es, precisamente, lo que aquí ha ocurrido con los Contratos de Emergencia adjudicados por Madrid Calle 30 a EMESA cuya verdadera naturaleza responde a la de órdenes de ejecución, aunque formalmente estén plasmadas en contratos.

Esta vinculación del objeto de los Contratos de emergencia con el objeto del contrato Madrid Calle 30-EMESA, abstracción hecha de la libertad con la que cuenta Madrid Calle 30 para adjudicar contratos de emergencia, justifica, por otra parte, la idoneidad de EMESA para ser adjudicataria de tales Contratos de emergencia, en la medida en que está acreditada su conocimiento de la vía y se evita cualquier problema de coordinación entre diversos prestatarios de servicios en la M-30.

Por tanto, al situarnos ante prestaciones que si bien están relacionadas con el objeto del contrato, en el marco de una situación (derivada de un supuesto de fuerza mayor) en la que no son exigibles a EMESA con la intensidad que resultaba necesaria para recuperar la normalidad tras el suceso catastrófico, la consecuencia no puede ser otra que la conformidad a derecho de los Contratos de Emergencia adjudicados por Madrid Calle 30 a EMESA y que, como hemos dicho, no son sino meras órdenes de ejecución retribuidas por circunstancias excepcionales de fuerza mayor, a fin de compensar al contratista por el empleo de medios excepcionales ante una situación completamente anormal e imprevisible (pues, como señala la cláusula 2.2.2.8 de las Cláusulas Técnicas, "no son de prever grandes problemas de vialidad invernal").

Por el contrario, en el caso de EMESA, sí era evidente desde el primer momento que las prestaciones extraordinarias cuya ejecución exigía el restablecimiento de la normalidad alterarían su equilibrio patrimonial y que no estaba obligada a llevarlas a cabo sin la correspondiente compensación.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, una vez examinado el informe emitido por el Director Gerente de Empresa

MADRID CALLE 30, S.A, anteriormente transcrito, se le solicitó una información complementaria, y en concreto:

- En el informe se cita textualmente "En el Consejo de febrero 2022, se entregó en la formulación de cuentas un completo informe solicitado por los auditores de Madrid Calle 30 en el cual hay un análisis detallado de las diferentes actuaciones llevadas a cabo como consecuencia de Filomena." Se ruega la remisión de dicho informe, si está disponible.
- Respecto de los contratos de emergencia, objeto de la denuncia, se solicita la memoria justificativa de los mismos, la valoración técnica sobre los elementos objeto de contrato, y la liquidación de dichos contratos, así como cualquier otra documentación contractual de los mismos que pueda contribuir a un mejor análisis de las cuestiones planteadas."

Posteriormente se trasladó a esta Oficina Municipal, por parte del Departamento Jurídico de Madrid Calle 30 S.A. la documentación interesada.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, visto el informe recibido y la documentación que le acompaña, realizó las siguientes consideraciones:

La firma el 4 de marzo de 2004 de un convenio entre el Ministerio de Fomento y el Ayuntamiento de Madrid, traspasó a este último la titularidad de la M-30 y de varios viarios vinculados. Consecuencia de lo cual la gestión y el mantenimiento pasaron a corresponderle. Para la gestión del servicio público de reforma, mantenimiento y gestión de la funcionalidad del tráfico de la vía urbana M-30 y vías de acceso vinculadas, se constituyó "Madrid Calle 30, S.A.". Inicialmente con capital 100% municipal. Posteriormente se pasó de un régimen de gestión directa a indirecta, a través de una sociedad de economía mixta. El Acuerdo plenario disponía que "la sociedad mercantil local Madrid Calle 30, S.A., se transformará en una sociedad de economía mixta, con la misma denominación, mediante la participación en su capital social del socio privado que resulte adjudicatario del correspondiente concurso". Concurso que fue adjudicado a las

empresas Ferrovial Servicios, S.A., Dragados, S.A. y API Conservación, S.A, que posteriormente, el 25 de agosto de 2005, constituirían EMESA (Empresa de Mantenimiento y Explotación M 30, S.A).

Con fecha 12 de septiembre de 2005, se formalizaron dos contratos:

1.- Contrato relativo a los servicios de gestión integral de la M-30, celebrado entre el Ayuntamiento de Madrid y Madrid Calle 30, S.A. Siendo este el contrato principal.

2.- Contrato relativo a ciertos servicios de conservación y explotación de la M- 30, suscrito entre Madrid Calle 30, S.A. y EMESA. Contrato de naturaleza privada. Ese contrato fue modificado en dos ocasiones, en 2007 y 2011.

Dada la condición de poder adjudicador de Madrid Calle 30, sociedad cuyo objetivo es la prestación de un servicio público municipal, en este caso el mantenimiento de una vía pública, hemos de hacer una breve referencia al marco jurídico en materia de contratación, que debemos tener presente.

Marco jurídico contractual

Habida cuenta de la condición de poder adjudicador no Administración Pública de la empresa, de conformidad con la definición contenida en el artículo 3.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), queda determinada su actuación en materia de contratación por algunas reglas de la contratación pública. En el Título I del Libro III de la citada ley se establecen las normas para la adjudicación de los contratos que deben ser aplicadas por los poderes adjudicadores no Administración Pública.

Tras determinar el artículo 24 de la LCSP que los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado, el artículo 26 señala que los contratos tienen la consideración de contratos privados, y en concreto en su letra b) establece entre estos últimos "los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas." Añade, en su

apartado 3, que los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del citado artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado.

El importe de los contratos objeto del presente expedientes les hace corresponder a la categoría de no sujetos a regulación armonizada. Dichos contratos, de conformidad con lo establecido en el artículo 318.b) de la LCSP, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª. A este respecto, recordar la Recomendación efectuada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 1 de marzo de 2018, al referirse al precitado artículo, considerando que "concede a los poderes adjudicadores que no tiene la consideración de Administración Pública la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas, y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos".

Por su parte, el Informe 7/2021 , de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la aplicación de la tramitación de emergencia por los poderes adjudicadores que no tienen la condición de administraciones públicas, se expresa en los siguientes términos: "si a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública se les aplicación los mismos procedimientos de adjudicación que a las Administraciones Públicas, a dichos procedimientos les serán aplicables las mismas formas de tramitación: ordinaria, de urgencia o de emergencia". El Informe continúa señalando que "Finalmente, y atendiendo al espíritu de la Ley, cabe decir que la legislación nacional ha de interpretarse a la luz de las directivas que transpone. Así, 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, en su considerando n º 80 señala: "Solo en situaciones excepcionales en que una extrema

urgencia provocada por sucesos imprevisibles para el poder adjudicador de que se trate y que no puedan atribuirse al mismo haga imposible seguir un procedimiento habitual incluso con plazos reducidos, los poderes adjudicadores, en la medida en que sea estrictamente necesario, deberán tener la posibilidad de adjudicar contratos mediante un procedimiento negociado sin previa publicación. Esta situación podría darse en caso de catástrofes naturales que exijan una actuación inmediata.”

Estando la fase de adjudicación de los contratos sujeta a una regulación específica para los poderes adjudicadores no administración Pública, conviene reflejar que posteriores fases del contrato se encuentran regidas por el derecho privado, según deriva del artículo 319.1 de la LCSP: “Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado”.

La tramitación de emergencia no es un procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, sino una forma de tramitación del expediente de contratación. La consideración de un expediente como de emergencia vendrá determinada por la necesidad inaplazable de la actuación para atender las circunstancias sobrevenidas, con anterioridad a la tramitación del expediente contractual propiamente dicho. Únicamente puede utilizarse en los casos en que se den los requisitos legalmente establecidos en el artículo 120 LCSP: “Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. “Los requisitos quedan establecidos en el mismo precepto: corresponderá al órgano de contratación apreciar la emergencia, sin obligación de tramitar expediente de contratación; la actuación debe limitarse a lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida y en el plazo del mes previsto como límite temporal el apartado c) del artículo 120 LCSP.

Contratos de emergencia objeto del presente expediente

En primer lugar, conviene concretar el ámbito material de la denuncia formulada por el Grupo Municipal Más Madrid. Su contenido hace referencia a cuatro contratos de emergencia, a saber:

1. Contrato de Emergencia para la instalación del cerramiento prioritario en el entorno de la M-30 dañado por el temporal Filomena.
2. Contrato de Emergencia para el rescate de vehículos atrapados en la nieve como consecuencia de la Borrasca Filomena
3. Contrato de Emergencia para la retirada de árboles y la apertura de accesos a depósitos municipales como consecuencia de la Borrasca Filomena
4. Contrato de Emergencia para la retirada de restos vegetales procedentes de Filomena para evitar daños ante la amenaza de inundaciones

Según el informe remitido por la Dirección Gerencia de Madrid Calle 30, de los cuatro contratos referidos, tres de ellos fueron tramitados por la forma de emergencia, y uno de ellos no. Indicándose que el contrato de cerramiento prioritario no es un contrato de emergencia, sino que se trata de un contrato menor de obra, adjudicado previa petición de tres ofertas, si bien trae su causa de la tormenta Filomena. Dicho Informe añade que el expediente de contratación de este contrato menor está inscrito en el Registro de Contratos del Ayuntamiento de Madrid y consta en la relación de contratos menores publicada en el perfil del contratante de Madrid Calle 30 alojado en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

En cuanto a los otros tres contratos, la documentación que componen sus expedientes ha sido remitida a esta Oficina Municipal.

Los dos contratos de emergencia realizados en enero de 2021, con motivo de la borrasca Filomena cuentan con memoria justificativa, acuerdo de adjudicación y su notificación, anuncio de formalización, factura e informe de buena ejecución. En uno de ellos se acompaña contrato formalizado, y en el otro no.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 19 de enero de 2021, aprobó la declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil para varias comunidades autónomas,

entre ellas Madrid, en atención a los daños sufridos por la tormenta de nieve generada por la borrasca Filomena y la posterior ola de frío. Dicha declaración contemplaba que la situación de emergencia provocada por el temporal de nieve y frío comenzó el 7 de enero y concluyó el 18 de enero, fundamentándose en la magnitud de los daños, la grave perturbación de las condiciones de vida de la población en extensas áreas geográficas y la paralización total o parcial de buena parte de los servicios públicos esenciales.

Establecía, asimismo, el Acuerdo que las corporaciones locales podrían ver resarcidas de los gastos acometidos para hacer frente a la situación de emergencia y subvencionadas aquellas actuaciones inaplazables realizadas para garantizar la vida y seguridad de las personas y el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

La situación de excepcionalidad queda, pues, suficientemente documentada, habiendo requerido la misma de actuaciones inmediatas e inaplazables. La forma y procedimientos adoptados para dar atención a la citada situación excepcional pudiera ser objeto de distintas valoraciones jurídicas, como queda expuesto en la denuncia, postulando más adecuada una tramitación que otra. Son dos posturas diferentes, la opción de la contratación vía emergencia, o el reequilibrio, sujetos a interpretación jurídica. En todo caso, parece que se incurrieron en gastos excepcionales, dada la magnitud de las actuaciones a acometer por los daños causados por la tormenta. Cuestión diferente es la cuantificación de dichos gastos, así como la constatación documental sobre los mismos.

El informe remitido por la Dirección Gerencia de Madrid Calle 30 expone las circunstancias que dieron lugar a la adopción de las decisiones que se tomaron, quedando expuestas las necesidades de actuación, así como su imposibilidad de aplazarlas. Si se parte de la premisa de que actuaciones y servicios excepcionales conllevan gastos extraordinarios, es evidente que los mismos habrán de ser asumidos por quien los encarga. Si hay labores coincidentes entre las desempeñadas con base en el pliego del contrato de conservación y en los contratos de emergencia, resulta difícil de constatar, ya que ciertamente el tipo de actuaciones realizadas parecen corresponder con las previstas en el contrato de mantenimiento y conservación. No obstante, es cierto que la magnitud de la tormenta, sin precedentes

en décadas, hizo necesario en numerosos ámbitos de nuestra ciudad la realización de labores extraordinarias, no ya en cuanto a características, sino en cuanto a intensidad y cuantificación de recursos a dedicar. Hechos extraordinarios como los fenómenos catastróficos pudieran constituir, al amparo del artículo 120 de la LCSP, fundamento para la contratación de emergencia. Si ha existido un doble pago por algunos servicios prestados no puede ser comprobado ni deducido de los expedientes y documentación remitidos. La cláusula primera del contrato de emergencia enviado (de los dos vinculados a "Filomena", solo se ha adjuntado el texto de uno), expresamente recoge la salvaguarda para que esta posibilidad no se produzca, al establecer de manera expresa: "la adjudicataria EMESA deberá diferenciar las ordenes de trabajo derivadas de la concreta prestación de este servicio de emergencia (y sus costes por conceptos), de su actividad ordinaria de mantenimiento y conservación de la M30. Será obligación esencial para la adjudicataria la identificación, en su caso, de los medios materiales y humanos removidos de las actividades ordinarias (mantenimiento de zonas verdes, instalaciones, obra civil y en especial atención a incidencias), para su adscripción provisional a este servicio de emergencia, a los efectos del cálculo de los costes a abonar por el mismo y en su caso, su repercusión al Ayuntamiento de Madrid)."

Si bien el límite entre las actuaciones obligadas por el contrato de conservación y mantenimiento y los contratos de emergencia pudiera entenderse establecido en la precitada cláusula primera, de la documentación aportada no puede comprobarse documentalmente la determinación efectiva de dichos límites en la práctica, más allá de los informes de buena ejecución suscritos por el Director Gerente. No constan ordenes de trabajo ni valoraciones técnicas detalladas. Y las facturas son a un monto conjunto de importes, sin relación de valorada de actuaciones ejecutadas. Excepto en el contrato de emergencia vinculado al riesgo de inundaciones, donde si figura un informe externo con fotografías de los servicios realizados y albaranes de trabajo.

La diferenciación de actuaciones vinculadas a cada contrato no se deduce de los mismos, ni tampoco puede ser comprobada por los medios de esta Oficina, ya que requeriría una auditoria de las

cantidades abonadas a EMESA en concepto de trabajo ordinarios de conservación y mantenimiento (vinculados al contrato de dicho objeto) así como de los efectivamente realizados por vía contratos de emergencia. De la documentación aportada en los contratos de emergencia, al no contener en dos de ellos una relación técnica detallada de las acciones efectivamente realizadas, no cabe su valoración. Si figura el informe suscrito por el Director Gerente sobre correcta ejecución de los contratos, aunque el mismo no aporta más datos que los genéricos.

En las fases de ejecución y extinción los contratos de la empresa mixta Madrid Calle 30 están sujetos al derecho privado, obviamente también en este ámbito del derecho es un requisito necesario el cumplimiento de lo contratado, que debe quedar garantizado a fin de evitar pagar por prestaciones no ejecutadas realmente.

Dada esta dificultad de constatación sobre las actuaciones de este periodo de tiempo, tanto las ejecutadas en el marco del contrato de conservación y mantenimiento como en los contratos de emergencia, sería oportuno que las preceptivas auditorias que se realicen sobre este periodo contengan pronunciamiento sobre estos aspectos, y ello sin perjuicio del control financiero competencia de la Intervención Municipal, en el ámbito de sus competencias.

Una última referencia sobre el último de los contratos de emergencia, el relativo a la retirada de restos vegetales, fechado en agosto de 2021. Su justificación está fundamentada no en la tormenta de enero, aunque traiga su causa de ella, sino en previsiones meteorológicas adversas que podrían causar peligro de inundaciones. No obstante, no queda claro porque los restos vegetales no habían sido retirados con anterioridad mediante un contrato tramitado por procedimiento ordinario, en el supuesto de que el propio contrato de conservación y mantenimiento no fuera suficiente en cuanto a medios a exigir. Quizá sería oportuno, en este aspecto, hacer referencia a la diferencia entre una situación de urgencia y la emergencia propiamente dicha.

La LCSP emplea los términos genéricos de catástrofe y grave peligro como requisitos para la tramitación de emergencia, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo sobre la contratación pública, en su considerando 80 , señala que" solo en situaciones

excepcionales en que una extrema urgencia provocada por sucesos imprevisibles para el poder adjudicador de que se trate y que no puedan atribuirse al mismo haga imposible seguir un procedimiento habitual incluso con plazos reducidos, los poderes adjudicadores, en la medida en que sea estrictamente necesario, deberán tener la posibilidad de adjudicar contratos mediante un procedimiento negociado sin previa publicación. Esta situación podría darse en caso de catástrofes naturales que exijan una actuación inmediata”

Convendría, quizá, hacer la reflexión, respecto a este expediente, sobre la conveniencia de que la justificación para la tramitación de un contrato de emergencia fuera lo más detallada y justificada posible, especialmente habida cuenta de que la ley prevé otras opciones, incluida la urgencia, que reduciendo plazos salvaguarda las garantías esenciales de los procedimientos de contratación. Recordando que el artículo 119.1 LCSP posibilita la tramitación urgente del expediente de contratación cuando concorra necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público.

Por último, señalar que la LCSP contienen una regulación específica para los poderes adjudicadores no Administración Pública, no siendo de aplicación todos los preceptos de la referida ley, si bien nada impide que de manera voluntaria se adopten buenas prácticas en materia de contratación, por parte de dichos poderes adjudicadores, que recojan de la mejor manera los principios inspiradores contenidos en el Preámbulo de la ley, tales como “diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro”, “persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”. Y, asimismo, pueden valorarse si se estima oportuno, tomar en consideración algún aspecto de los que el Ayuntamiento de Madrid prevé en sus bases de ejecución presupuestaria para los contratos de emergencia, tales como al inicio de los contratos incorporar un informe suscrito por personal técnico con las actuaciones a realizar y un presupuesto, o acompañar a la factura una relación valorada emitida por personal técnico.

Se añade, que de conformidad con lo expuesto en los apartados anteriores, teniendo en cuenta la justificación aportada por la Dirección Gerencia de Madrid Calle 30, así como el contenido de los expedientes de emergencia remitidos, se han realizado unas observaciones sin que pueda efectuarse una valoración indubitada sobre el gasto producido, siendo oportuno esperar a la emisión de los correspondiente informes de auditoria para el periodo temporal afectado, así como en su caso de la Intervención Municipal, quedando, por consiguiente, este expediente abierto pendiente de dichos informes.

Expediente 60/2022

Se denunció que un jefe de equipo de Samur-PC no cumplía los requisitos para ocupar dicho puesto en cuanto a la fecha del concurso no poseía el carnet clase C que era uno de los requisitos necesarios a cumplir.

La Oficina Municipal solicitó a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil un informe en relación a los hechos denunciados, que lo emitió expresando, entre otros extremos, lo siguiente:

En sesión plenaria del 22 de diciembre de 2003, se aprobó el Preacuerdo suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y las Organizaciones Sindicales sobre aplicación para 2003 de los fondos derivados del Acuerdo de 5 de noviembre de 1999 cuyo punto cuarto establecía que "...las partes acuerdan promover ante el órgano competente el desarrollo de los siguientes procesos de promoción por integración: Integración de los Oficiales de Transporte Sanitario en la nueva categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario".

-En ejecución de ello se adoptó el Acuerdo de 22 de abril de 2004 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se dispone la integración del personal con categoría de Oficial de Transporte Sanitario en la categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario en el siguiente sentido:

"PRIMERO: Integrar en la categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario al personal funcionario de carrera y personal laboral fijo

perteneciente a la categoría de Oficial de Transporte Sanitario que actualmente venga prestando servicio en la Corporación y que a la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo cumpla los siguientes requisitos: · Hallarse en posesión de la titulación que la ley 30/1984, de 2 de agosto establece en su artículo 25 para el acceso al grupo C, o, en su caso, de conformidad con lo prevenido en la Disposición Adicional Vigésimo Segunda del mismo texto legal

. Contar con una antigüedad de diez años en la categoría de procedencia o de cinco años y la superación de un curso específico de formación.

· Contar con los cursos de habilitación exigidos por la Comunidad Autónoma de Madrid.

· Estar en posesión del permiso de conducir tipo C, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2º del apartado segundo del presente Acuerdo.

SEGUNDO: El personal funcionario de carrera y contratado laboral fijo perteneciente a la categoría de Oficial de Transporte Sanitario que no cumpla alguno o algunos de los requisitos exigidos en los puntos anteriores dispondrá de un plazo de tres años para su obtención a los efectos de que se proceda a su integración en la categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario, quedando en tanto calificado como O.T.S. "a extinguir", situación en la que permanecerá si cumplido aquel plazo no ostentara aún la titulación requerida. Habida cuenta de la necesidad de dar previo cumplimiento al compromiso asumido por la Corporación en el precitado Preacuerdo de 1 de junio de 2002 en orden a facilitar al personal la obtención del permiso de conducir tipo C, la integración definitiva en la categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario de aquéllos que aún no dispongan de dicho permiso quedará condicionada a su obtención en el plazo de un año a partir de la fecha de efectos del presente Acuerdo."

-Tras ello, la Concejal Delegada de Personal dicta dos decretos, de fechas 6 de julio de 2004 y 19 de mayo de 2005.

El primero establece: "Primero: Disponer, con efectos de 1 de abril de 2004, la integración en la categoría de Técnico Auxiliar de

Transporte Sanitario Clasificada en el grupo C, de los 68 funcionarios de carrera y 4 contratados laborales fijos en situación de servicio activo pertenecientes a la categoría de Oficial de Transporte Sanitario que a continuación se relacionan por quedar acreditado el cumplimiento por los interesados de los requisitos establecidos al efecto: Funcionario de Carrera. Segundo: Integrar en la categoría de Técnico de Transporte Sanitario del grupo C de titulación, condicionado a que en el plazo de un año a contar desde el 1 de abril de 2004 obtengan el permiso de conducir de la clase C, a los 79 funcionarios de carrera y 4 contratados laborales fijos en situación de servicio activo, que a continuación se relacionan, por quedar acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos a excepción del mencionado de disponer del permiso de conducir de la clase C. Los efectos de la integración serán de 01.04.2004.”

El segundo establece: “... TERCERO: Integrar en la categoría de Técnico Auxiliar de Transporte Sanitario grupo C de titulación , condicionado a que en el plazo de un año obtenga el permiso de conducir de la clase C, a los 17 funcionarios de carrera en situación de Servicio Activo, que a continuación se relacionan, por quedar acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos a excepción del mencionado de disponer del permiso de conducir de la clase C, siendo los efectos de la integración los que, asimismo , se indican:” De acuerdo con los actos administrativos citados, la concejal delegada de Personal procedió a la integración de OTS en TATS, y respecto de los que en ese momento no tuvieran carnet les otorgó un plazo para que lo obtuviesen.

Asimismo, con fecha de 26 de diciembre de 2019, la Subdirección General de Samur-PC pone en conocimiento esta circunstancia. Ante tales hechos desde la Dirección General de Emergencias y Protección Civil y, posteriormente, la Dirección General de Planificación de Recursos Humanos se emiten sendos informes y se realizan diversas actuaciones a los efectos de la comprobación de los extremos relativos al cumplimiento del requisito del carnet exigido por parte de los trabajadores pertenecientes a la categoría de TATS y adopción de las medidas oportunas, de acuerdo con las competencias a ellas atribuidas.

A modo resumido las actuaciones llevadas a cabo son:

- Informe de 21 de mayo de 2020 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil, por la que se remite expediente informativo practicado a la Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos y se propone requerimiento formal a los trabajadores para la comprobación material del requisito del carnet C.
- Informe de 2 de julio de 2020 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil dirigido a la Dirección General de Planificación de Recursos Humanos, por la que se solicita, en el ámbito de las competencias inspectoras, se actúe lo procedente a los efectos de la comprobación de los extremos relativos al cumplimiento del requisito exigido.
- Informe de la Subdirección General de la Transformación de la Gestión e Inspección de servicios no fechado, remitido por correo electrónico de 29 de septiembre de 2020, informando de los resultados obtenidos de la labor inspectora.
- Informe de 6 de octubre 2020 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil dirigido a la Dirección General de Planificación de Recursos Humanos por el que "se solicita se determinen las actuaciones procedentes a los efectos del requerimiento que corresponda en orden a establecer las medidas correctoras de dicha situación".
- Informe de 19 de octubre de 2020 de la Subdirección General de la Transformación de la Gestión e Inspección de servicios dirigido a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil donde se dispone que se abra un plazo a aquellos TATS en activo que carecen del permiso de conducir tipo C, de acuerdo con los datos obtenidos a través de la Pasarela de la DGT, para que acrediten sí disponen del permiso a fecha actual, así como que se asegure con la mayor urgencia que aquellos que no acrediten la disposición actual del citado permiso, en ningún momento y circunstancia conduzcan vehículos para los que se requiere el permiso tipo C.
- Informe de 8 de abril de 2021 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil por la que traslada a la Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos y a sus direcciones

generales las actuaciones llevadas a cabo en relación al requerimiento realizado y les expone en planteamiento de diversas cuestiones: a) posibilidad de que el Ayuntamiento otorgue un plazo para obtener el carnet requerido; b) situación a la que pasarían los trabajadores, a efectos de categoría, que no poseen carnet; c) situación de trabajadores que han promocionado como TATS a otros puestos, sin tener los requisitos necesarios para ello, tal y como figura en la reclamación que se ha recibido y que se adjunta. En este sentido, se presentan con fechas 3 de septiembre de 2020 y 18 de enero de 2021 reclamaciones por parte de un TATS, indicando "irregularidades" en un determinado concurso por adjudicarse indebidamente una plaza a una persona que carece de carnet de conducir tipo C en la fecha del concurso de méritos del año 2007.

-Mediante Informe de 30 de abril de 2021 de la Dirección General de Planificación de Recursos Humanos dirigido a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil se informa sobre las cuestiones planteadas.

-Seguidamente, con fecha 29 de junio de 2021, la Subdirectora General de Samur-Protección Civil emite nota de confirmación de que los trabajadores que no están en posesión de la clase C del permiso de conducir no han conducido ambulancias de esas características requeridas por el carnet C y el 15 de julio de 2021, en base al informe de la Subdirectora General de Samur -PC de 15 de julio, la Dirección General de Emergencias y Protección Civil emite nota cuyo asunto es "Funciones desarrolladas por los TATS integrados en la categoría desde OTS y que no poseen carnet C" en la que indica las funciones realizadas, a fin de que por el órgano competente correspondiente se valore la procedencia o no de la percepción de las retribuciones correspondientes.

-Finalmente, el 20 de julio de 2021, la referida Dirección General remite listado sobre los TATS que a fecha de 13 de julio de 2021 no tienen carnet y aparecen en los decretos de fechas 6 de julio de 2004 y 19 de mayo de 2005.

Tal y como hemos visto, hay que tener en cuenta que la problemática planteada llevaba aparejada no sólo la cuestión misma relativa a la integración en una categoría profesional determinada en un

determinado momento (2004-2005), sino que confluían y concurrían además diferentes ámbitos materiales, afectando a diversas competencias y materias desarrolladas por los órganos directivos y titulares del área correspondiente. Así nos encontramos con los siguientes actos y ámbitos materiales:

1 - Actos administrativos de origen de integración en una categoría (Decretos de la concejala de personal de 2004 y 2005).

2 - Actos administrativos del órgano administrativo correspondiente por los que se resuelven concursos de méritos, previas resoluciones de las Comisiones de valoraciones que tuvieron lugar, para diferentes puestos pertenecientes a la categoría de TATS en favor de terceros que no tenían el carnet C (Resoluciones del órgano del área competente en materia de personal en los años 2005-2007).

Como se pone de manifiesto en los informes obrantes emitidos por esta Dirección General, este trabajador posee carnet C en fecha posterior al concurso referido. Se adjuntan las reclamaciones y las contestaciones realizadas desde esta Dirección General.

Significar, por otra parte, que en materia de provisión de puestos, y respecto de los concursos de méritos, esta Dirección General carece de competencias en base al Acuerdo de junta de Gobierno Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias del Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias, existiendo al respecto la resolución que en su momento adoptaría la Comisión de valoración correspondiente así como la del órgano administrativo competente en el año 2008.

3- Actos administrativos de modificación de RPT fruto de la integración que se efectuó en su momento del paso de OTS a TATS.

Como puede verse de las actuaciones que obran en este expediente, esta Dirección General ha trasladado las anteriores cuestiones planteadas a las diferentes unidades administrativas, incluida la Asesoría jurídica, como veremos seguidamente, dada la complejidad jurídica descrita y el tiempo transcurrido.

Así , con fechas de 10 de septiembre de 2021 y de 26 de noviembre de 2021 se remitió informe, desde esta Dirección General a la SGT del área, solicitando consulta a Asesoría jurídica y ésta, con fecha de 29 de diciembre de 2021, emite informe concluyendo lo siguiente:

“Por todo lo expuesto anteriormente consideramos que los Decretos de la Concejal Delegada de Personal de fechas 6 de julio de 2004 y 19 de mayo de 2005, en cuanto vulneran parcialmente lo dispuesto en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 22 de abril de 2004, deben reputarse anulables por infracción del ordenamiento jurídico y no nulos de pleno derecho, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Siendo tales decretos anulables han devenido firmes e inatacables, al haber transcurrido el plazo previsto en la Ley para su impugnación o declaración de lesividad.”

Se determinó por lo tanto por esa Asesoría que los Decretos de la Concejal Delegada de Personal de fechas 6 de julio de 2004 y 19 de mayo de 2005 “son firmes e inatacables”, al haber transcurrido el plazo previsto en la Ley para su impugnación o declaración de lesividad, y por tanto las integraciones realizadas en los mismos considerando como TATS a determinados trabajadores.

No obstante, al carecer en la fecha de carnet C determinados trabajadores, no pueden conducir ambulancias de más de 3500 kilos, y si como informa la Asesoría los nombramientos son firmes, y los que se han sacado el carnet con posterioridad mantienen su situación, en relación a quien carezca del carnet clase C habría de procederse a realizar actuaciones correspondientes y dar satisfacción al principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución, pues si bien su nombramiento como TATS ha devenido inatacable según determina Asesoría jurídica, la situación es que hay trabajadores que no disponen del carnet clase C.

A la vista de lo anterior, y tras el informe citado de Asesoría Jurídica, desde esta Dirección General de Emergencias y Protección Civil se remitió propuesta a la SGT del Área de Gobierno Portavoz, Seguridad y Emergencias para que el órgano competente realizase las modificaciones necesarias en la Relación de Puestos de Trabajo, a fin de que en los puestos ocupados por los trabajadores que no tienen

carnet se tuviera constancia de que no pueden conducir vehículos para los que se exija una licencia de la que carecen.

Por ello, en base a las competencias otorgadas a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil en el apartado 9º del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias, se propuso Memoria de 12/01/2022 justificativa de la modificación de la relación de puestos de trabajo y plantilla presupuestaria de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil para incluir en la columna Observaciones de los puestos de trabajo desempeñados por los Técnicos Auxiliares de Transporte Sanitario que a fecha de la propuesta no tenían carnet, anotación de que sus titulares no poseen el carnet de conducir tipo C, haciendo alusión a esta modificación de RPT para que esta observación sea tenida en cuenta y trasladada en el caso del desempeño de otros puestos de Técnicos Auxiliar de Transporte Sanitario y no hayan obtenido dicho permiso.

Dicha propuesta ha sido objeto de aprobación mediante Decreto de 04/02/2022 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de Área de Gobierno Portavoz, Seguridad y Emergencias.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, a la vista de los informes anteriores, consideró que las cuestiones planteadas en la denuncia escapan de la competencia de esta Oficina.

Expediente 73/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se cuestiona una resolución de ejecución de obras que ha sido recurrida.

Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

Se ha presentado Recurso de Reposición con número de entrada/anotación 2022/714270 contra la Orden de Ejecución nº de expediente 109/2022/01708 de fecha 09/05/2022.a Edificaciones y Alojamientos SI, Situada en Av Victoria 96, de El Plantío. (doc1) En

la cita Orden de Ejecución se ordena las Obras a Realizar: "Se deberán ejecutar las obras tendentes a la subsanación de las deficiencias definidas, consistentes en: • Reconstrucción del cerramiento tendente a contención de tierras de la parcela sita en la Avenida de la Victoria 96. • Saneamiento de las grietas y desprendimiento del enfoscado dañado. • Sustitución de la parte de la malla metálica oxidada y de los tubos que la sostienen. • Limpieza de vegetación afecta al muro." Paralelamente se ha emitido otra segunda Orden de Ejecución con nº de expediente 109/2022/00843 de fecha 09/05/2022.a FUNDACION CULTURAL JAPONESA. Situada en Av Victoria 98, de El Plantío. (Doc2) Ambas Ordenes de Ejecución son idénticas. Al haberse solicitado la Suspensión de la Orden de Ejecución nº del expediente 109/2022/01708 de fecha 09/05/2022.a Edificaciones y Alojamientos SI. Esta Orden queda cautelarmente suspendida hasta la resolución del recurso presentado. Hecho comunicado a los otros propietarios FUNDACION CULTURAL JAPONESA para su conocimiento y limitaciones de las actuaciones a realizar sobre nuestra propiedad. La FUNDACION CULTURAL JAPONESA ha amenazado de iniciar las obras descrita en su Orden de Ejecución el pasado 18 de julio de 2022, sin consideración alguna a nuestro recurso presentado. (Doc.3) Quiero denunciar que la FUNDACION CULTURAL JAPONESA dentro de sus legítimos derechos, desde Octubre de 2021 ha intentado en varias conversaciones con nosotros, convencernos de demoler nuestra edificación privada del Frontón, que es colindante a su parcela y que les perjudica estéticamente para una promoción inmobiliaria que se quiere realizar en una zona de su parcela. Ante nuestra negativa, la FUNDACION CULTURAL JAPONESA, presentó una denuncia ante el Ayuntamiento de Madrid para denunciar unas grietas que se habían producido en un muro medianero, ubicado en otra parte ajena a la edificación del Frontón, en otra zona muy alejada de esta última. La visita de los inspectores del Ayuntamiento de Madrid, concluye favoreciendo injustamente a la Fundación Cultural Japonesa, otorgándole sus pretensiones para favorecerles injustamente, perjudicando con absoluta indefensión a nuestra propiedad Edificaciones y Alojamientos SL. Esta actuación carece de cualquier justificación técnica. (Unos de los motivos por los que se presentó el Recurso). Cualquier persona que no sea técnico urbanístico, puede observar y

entender sin mayor problema que lo que ve, es un Frontón, los inspectores, no se dieron cuenta y lo considerador un muro medianero, ¡INCREIBLE! ¡Una vergüenza! El GRAVÍSIMO Y PATENTE ERROR DE HECHO al considerar injustificadamente lo que es una evidente edificación de un FRONTÓN ubicado en la parcela Av Victoria 96, como si fuese un muro medianero, cuando no lo es. Concretamente la Resolución lo define como: “-Tercer tramo, Cerramiento de gran altura, ejecutado en línea ascendente norte (con longitud 18,81 m + 18,15 m).” Que la Resolución ordena que, sobre lo que define como Tercer tramo, descrito como un cerramiento de gran altura, se subsanen las deficiencias observadas, sin entrar en la consideración de que, simplemente cambiando la realidad de que es una edificación, Frontón y no un simple muro medianero de gran altura - como afirma la Resolución - se obligaría a la propiedad de Av Victoria 96 a demoler la edificación del Frontón existente, con el pretexto de que supera la altura máxima de un muro medianero, según Artículo 6.10.17 Cerramientos de las NNUU del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid DE 1997 - (Compendio de 8 JUNIO 2021). A mi entender es una PREVARICACION de libro. Provocando un enriquecimiento ilícito a sabiendas, hacia la Fundación Cultural Japonesa y una sustracción ilícita, a sabiendas, de una propiedad privada de Edificaciones y Alojamientos SL. Beneficiando y complaciendo ilícitamente los intereses privados ya manifestado por la Fundación Cultural Japonesa en octubre 2021, de demoler la edificación del Frontón para sus intereses particulares y especulativos inmobiliarios de su parcela. Resaltar que en la visita de inspección del Servicio Técnico de Medio Ambiente y Escena Urbana, a la parcela situada en Av Victoria 96, en fecha 4 de marzo 2022, se les informó que en la escritura de constitución de la sociedad Edificaciones y Alojamientos SL (Doc nº 4), se describen claramente las edificaciones de la parcela, entre las que se encuentra una EDIFICACION DE UN FRONTÓN, el cual, incluso sin leer la escritura, puede observarse meridianamente sin duda alguna que es un Frontón. A nuestro entender, no se deberían utilizar los Servicios Públicos del Ayuntamiento de Madrid, Institución Pública, para aprovecharlos torticeramente en favor de los intereses particulares, vulnerando, entre otros, el derecho constitucional regulado en el art 24 de nuestra Constitución, a una resolución justa. Y que tal resolución no sea

arbitraria, es decir que no sea contraria a la justicia, a la razón y a las leyes. La FUNDACION CULTURAL JAPONESA con su amenaza de iniciar las obras descrita el 18 de julio de 2022 de su Orden de Ejecución, sin consideración alguna a nuestro recurso presentado y amparándose nuevamente en que los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid todavía no se han manifestado, quieren demoler a toda prisa nuestra edificación del Frontón, amparados en una Orden de Ejecución contraria al derecho al ser un acto de la Administración Pública que incurre en una infracción del ordenamiento jurídico, incurriendo incluso en la desviación de poder. Solicitamos con carácter de urgencia la intervención en la parcela de Avda. de Victoria 98 propiedad de la Fundación Cultural Japonés para que se paralicen/suspendan cualquier obra que pueda perjudicar gravemente a nuestra edificación del Frontón. Hasta que los Servicios Técnicos del Ayuntamiento se manifiesten en relación al recurso presentado.

El denunciante envió otro correo, ampliando la denuncia, en el que se expresaba lo siguiente:

En la denuncia presentada, no se contempló que cuando la Orden de Ejecución se refería a un muro medianero, se refería a la totalidad de la pared divisoria entre las dos parcelas, que la denomina muro medianero, implicando a todas las edificaciones existentes de nuestra propiedad que constituyen la pared divisoria "un muro medianero entre las dos parcelas situadas en la Avenida de la Victoria 98 y 96 mide 99.99 m."

La Oficina Municipal solicitó informe a Coordinación de Distrito Moncloa Aravaca, que lo emitió, en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente:

I.- Por Resolución de la Coordinadora de este distrito de fecha 9 de mayo de 2022, en expediente 109/2022/01708 se dicta orden de ejecución a EDIFICACIONES Y ALOJAMIENTOS S.L. la ejecución de las obras descritas en el informe técnico de fecha 11/03/2022, emitido por el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana todas ellas necesarias para la subsanación de las deficiencias existentes en el edificio sito en avenida nº 96.

II.- Asimismo, por Resolución de la Coordinadora de este distrito de fecha 9 de mayo de 2022, en expediente 109/2022/00843 se dicta orden de ejecución a FUNDACIÓN CULTURAL JAPONESA la ejecución de las obras descritas en el informe técnico de fecha 11/03/2022, emitido por el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana todas ellas necesarias para la subsanación de las deficiencias existentes en el edificio sito en AVDA VICTORIA Nº 98.

III.- EDIFICACIONES Y ALOJAMIENTOS S.L, presenta recurso de reposición contra resolución citada, dándose de alta el expediente 109/2022/03213.

Por Resolución de la Coordinadora de este distrito de fecha 19 de septiembre de 2022 se desestima el recurso de reposición interpuesto por el interesado. La resolución contiene, sustancialmente, los siguientes fundamentos de derecho:

Las Ordenes de Ejecución recibidas por la mercantil y por la Fundación lo único que constata es el estado constructivo, de seguridad salubridad y ornato público de los elementos y la obligatoriedad de los titulares de los mismos en realizar las obras y actuaciones pertinentes para la conservación correcta de los mismos no otorgando dichas ordenes de ejecución derechos de titularidad sobre elementos constructivos ni ningún otro derecho , debiendo de resolverse los posibles litigios de titularidad así como cualquier menoscabo o daño en los derechos o bienes de los colindantes en los tribunales ordinarios de justicia.

En cuanto a lo manifestado en el escrito de alegaciones en referencia a la demolición del frontón hay que aclarar que la Orden de Ejecución recibida en ningún momento obliga a los titulares de los elementos constructivos a la demolición de los mismos amparando solo las acciones y medidas estrictamente necesarias en aras a realizar las obras tendentes a la subsanación de las deficiencias definidas en la citada orden.

En el informe recibido de Coordinación de Distrito de Moncloa Aravaca se contiene la mención de las resoluciones emitidas por la Coordinación de ese Distrito y literalmente la resolución por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el interesado.

En esta última resolución, en el quinto y sexto de sus fundamentos de derecho, se expresa lo siguiente:

Que las Ordenes de Ejecución recibidas por la mercantil y por la Fundación lo único que constata es el estado constructivo, de seguridad salubridad y ornato público de los elementos y la obligatoriedad de los titulares de los mismos en realizar las obras y actuaciones pertinentes para la conservación correcta de los mismos no otorgando dichas ordenes de ejecución derechos de titularidad sobre elementos constructivos ni ningún otro derecho, debiendo de resolverse los posibles litigios de titularidad así como cualquier menoscabo o daño en los derechos o bienes de los colindantes en los tribunales ordinarios de justicia.

En cuanto a lo manifestado en el escrito de alegaciones en referencia a la demolición del frontón hay que aclarar que la Orden de Ejecución recibida en ningún momento obliga a los titulares de los elementos constructivos a la demolición de los mismos amparando solo las acciones y medidas estrictamente necesarias en aras a realizar las obras tendentes a la subsanación de las deficiencias definidas en la citada orden y consistentes en:

- Reconstrucción del cerramiento tendente a contención de tierras de la parcela sita en la Avenida de la Victoria 96.
- Saneamiento de las grietas y desprendimiento del enfoscado dañado.
- Sustitución de la parte de la malla metálica oxidada y de los tubos que la sostienen. • Limpieza de vegetación afecta al muro.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, a la vista de los informes recibidos hace las siguientes consideraciones: Por lo que se acaba de dejar expresado, en el informe recibido de Coordinación de Distrito de Moncloa Aravaca queda aclarado el alcance de las resoluciones y ordenes de ejecución dictadas por dicho Distrito en relación a los hechos denunciados, sin que queden afectadas las posibles cuestiones de titularidad, menoscabos o daños en los derechos o bienes de los colindantes que deberán ventilarse, en su caso, en los tribunales ordinarios de justicia.

Expediente 74/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en el Mercado de la Cebada en relación a las plazas de aparcamiento.

A la denuncia se acompaña una carta dirigida a la atención del Sr. Alcalde por la Comunidad de Usuarios del aparcamiento de La Cebada. En dicha carta, entre otros extremos, se expresa lo siguiente:

El contrato de derechos de uso de plazas de aparcamiento del Centro Comercial "La Cebada", establece en la Estipulación Quinta y Sexta todas las condiciones fijadas en el pliego del sorteo público de adjudicación y de la explotación de la concesión, incluyendo el Reglamento de Centros Comerciales de Barrio.

El Reglamento de Centros Comerciales de Barrio fue derogado, por la vigente Ordenanza de Mercados Municipales del 22 de diciembre de 2010.

La Comunidad de Usuarios del Aparcamiento Denominado "La Cebada" actuará de cauce entre los titulares y el Ayuntamiento.

El Artículo 24 de la Ordenanza en el punto 1. Establece la actualización automática de las tarifas y el punto 3. Que se practicarán una vez cada año natural, conforme al valor del índice del mes de noviembre y con efectos desde el día primero del mes de enero siguiente, no precisándose notificación previa alguna para su efectividad.

La Dirección General de Comercio viene devolviendo en los últimos años el Impuestos de Bienes Inmuebles, para devolver a los usuarios del Centro Comercial "La Cebada" parte de las tarifas de ocupación y uso del Centro Comercial tanto de la Concesión Única identificada como Mercado Público o Aparcamiento de Residentes y rotación.

Ante la inactividad manifiesta del "Área de Gobierno de Economía, Innovación y Empleo", de la "Coordinación General de Economía,

Comercio, Consumo y Partenariado”, y la “D.G. de Comercio y Hostelería”

SOLICITAMOS

1º.- Qué se conteste a todos los documentos registrados por cualquiera de los usuarios, o miembros del gobierno y administración del Aparcamiento de Residentes.

2º.- Qué se devuelva el IPC cobrado de más de los últimos 5 años a todos los Residentes o en su defecto, se cumpla el Artículo 24 de la Ordenanza de Mercados Municipales en su totalidad, sin discriminar a los Residentes.

3º.- Que se devuelva a todos lo usuarios de la Concesión el IBI cobrado por la Cooperativa de Comerciantes (Concesionaria) y especialmente a los Residentes y se penalice al Concesionario por apropiación indebida del mismo.

4º.- Que se entreguen todos los certificados fiscales por los ingresos producidos por la devolución de impuestos locales, tanto de usuarios locales del Mercado, tiendas exteriores y Residentes del aparcamiento.

5º.- Que se sorteen o se adjudiquen en función de la lista de espera de las plazas inexplicablemente sin adjudicar al día de la fecha.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción solicitó informe sobre los hechos denunciados a la Dirección General de Comercio y Hostelería que lo emitió y en el que se expresa, entre otros extremos, las siguientes conclusiones:

- El concesionario del mercado de La Cebada, Sociedad Cooperativa Madrileña de Comerciantes del Mercado de La Cebada (CO.ME.CE.), es el responsable de la gestión del aparcamiento tanto del de rotación como del de residentes.

- Los contratos de cesión de uso suscritos entre la sociedad concesionaria y los usuarios de las plazas tienen carácter privado. A fecha de hoy corresponde a la Dirección General de Comercio y Hostelería la autorización previa de las cesiones de las titularidades, a solicitud de la sociedad concesionaria.

- Los ingresos obtenidos por el concesionario en concepto de abono de tarifas constituyen una retribución del concesionario, pero no son tarifas asimilables a las tarifas de los locales del mercado como pretende el denunciante.

En ningún caso los usuarios titulares de una plaza de aparcamiento son usuarios de locales de un mercado que prestan este servicio público, y por lo tanto no tienen los mismos derechos y obligaciones profusamente desarrollados para los usuarios de los locales en la Ordenanza de Mercados Municipales de 22 de diciembre de 2010.

Conforme a los Pliegos que rigen el aparcamiento de residentes y a la Ordenanza de Mercados Municipales las tarifas del aparcamiento de residentes son actualizadas por el concesionario conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC). La última realizada en febrero de 2022.

- La bonificación del IBI al concesionario del Mercado de La Cebada como al resto de mercados municipales, se repercute posteriormente en la tarifa de los usuarios de los locales comerciales o de servicios. Esta bonificación encuentra su fundamento, como se ha señalado en este informe, en las particularidades de la actividad económica que desarrollan los comerciantes de un mercado. Particularidades que no se producen siendo usuario de una plaza de aparcamiento ajena a la actividad comercial y de servicio público de mercado.

Conforme a la documentación obrante en esta Dirección General de Comercio y Hostelería el concesionario ha manifestado que ha repercutido desde el ejercicio 2018 la bonificación del IBI en los usuarios de los locales del mercado.

- La lista de espera del aparcamiento de residentes está vigente y cuando queda una plaza libre se adjudica al primero de la lista. Igualmente, cuando se produce una cesión y el orden de prelación previsto en los Pliegos determina que el nuevo usuario sea el primero de la lista de espera.

La Oficina Municipal consideró esclarecida la distinción entre los usuarios de las plazas de aparcamiento y los usuarios de los locales, así como los derechos y obligaciones que corresponden a estas dos clases de usuarios, por lo que, visto el contenido de lo informado por

la Dirección General de Comercio y Hostelería, dándose respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito de denuncia, no se aprecian conductas de fraude o corrupción ni conflicto de intereses que pudieran determinar más actuaciones por parte de esta Oficina.

Expediente 79/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en relación a un proceso selectivo de veterinarios que estaba en curso.

Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

Denunciar conductas reiterativas con falta de transparencia a la hora de cubrir plazas que han salido en una oposición y se solicita se investigase que protocolo se sigue con las plazas que salen a oferta de empleo, si hay unos criterios establecidos o efectivamente se decide a dedo cuales salen y por lo tanto se decide a quién dejas en esas plazas o no, a gusto personal. Concretamente cuando salgan las plazas que se ofertan de la oposición de Veterinarios que está en curso, que se indague si hay alguna irregularidad en las plazas que han elegido sacar. (como por ejemplo la que comento que habría que sacar primero a concurso interno).

La Oficina Municipal solicitó a la Dirección General de Planificación y Recursos Humanos que informase sobre los extremos denunciados, habiéndose recibido informe de esa Dirección General el 1 de septiembre de 2022 en el que se expresa lo siguiente:

Sugiere la persona denunciante en su escrito que se investigue el "protocolo que se sigue con las plazas que salen a oferta de empleo". Hay que destacar al respecto que la Estrategia de Transformación de la Gestión de los Recursos Humanos 2020-2023, dedica su primer eje a la "Planificación de recursos humanos" y en el punto 4 se refiere específicamente a la "aprobación de las Ofertas de Empleo Público como instrumento fundamental de planificación". En concreto, en ese punto se define la Oferta de Empleo Público (OEP) como "principal

instrumento de planificación de los recursos humanos, en los términos del TREBEP (artículo 70)" (Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), enunciando a continuación las pautas para su elaboración en los siguientes términos:

"Por tanto, las decisiones sobre las categorías de funcionarios y laborales que deben ingresar en el Ayuntamiento (sobre la base de plantillas, carga de trabajo, envejecimiento, etc.) y los ámbitos en que deben hacerlo, han de concentrarse en el proceso de elaboración de la OEP anual. A partir de su aprobación, la autorización de nombramientos de personal funcionario interino, conforme a los mismos criterios de planificación, debe realizarse precisamente, con carácter general, en las categorías y ámbitos aprobados por la OEP."

En relación con el nombramiento de funcionarios interinos hay que tener en cuenta que según lo previsto en el artículo 10.4 del TREBEP, en la redacción vigente en la fecha de elaboración de las OEP 2018 y 2019, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deben incluirse en la OEP.

De acuerdo con todo lo anterior y como se indica en la citada Estrategia de Transformación en referencia a la OEP 2019, dos son los criterios que determinan la inclusión de puestos en las ofertas de empleo público. Por una parte, la regularización del empleo temporal y por otra, el refuerzo de categorías y ámbitos especialmente deficitarios (criterio de planificación):

"La OEP 2019 se dedica en una buena parte a ordenar y regularizar el empleo temporal existente, mediante la conversión de plazas interinas en plazas ocupadas por personal funcionario de carrera, sin renunciar a introducir el refuerzo en determinadas categorías y ámbitos especialmente deficitarios."

En concreto, en la OEP 2019 se incluyeron 27 plazas de Técnico/a Superior (Veterinaria), 6 de ellas ocupadas por funcionarios interinos (criterio de regularización del empleo temporal existente) y 21 plazas para el refuerzo de esa categoría fundamentalmente en los distritos y que no se correspondían con puestos concretos de la Relación de

Puestos de Trabajo (RPT) vigente en el momento de aprobación de la OEP (criterio de planificación).

En este sentido, por Decreto de 7 de febrero de 2020 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal se crearon, entre otros, 10 puestos "reservados a veterinario" en los distritos.

Finalmente y en línea con lo establecido en la Estrategia de Transformación, los restantes 11 puestos a incluir en la relación de puestos a ofertar a los aspirantes que han aprobado el proceso selectivos para completar los 27 que se incluyeron en la OEP 2019 se "deciden" con los mismos criterios: regularización de empleo temporal mediante la autorización de nombramientos de personal funcionario interino "en las categorías y ámbitos aprobados por la OEP" y de Planificación para "reforzar los ámbitos especialmente deficitarios".

Como resultado de la aplicación de esos criterios, con carácter general, la relación de puestos que se ofrecen a los aspirantes que han superado un proceso selectivo puede contener puestos ocupados por funcionarios interinos, con independencia de la fecha de su nombramiento, y puestos vacantes en ámbitos especialmente deficitarios y cuya cobertura ha sido solicitada por los correspondientes servicios, con independencia de que el puesto haya quedado vacante con posterioridad a la aprobación de la convocatoria del proceso selectivo.

Convocatoria de plazas de Técnico/a Superior (Veterinaria) del Ayuntamiento de Madrid

La convocatoria a la que alude la persona denunciante lo fue de 28 plazas y por tanto 28 son los puestos a ofrecer a los aspirantes que han superado el proceso selectivo, independientemente de que existan más plazas ofertadas que personas aprobadas, pues tal y como dispone la Disposición Adicional SEXTA del Acuerdo Convenio sobre condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos para el periodo 2019/2022, "En cada ejercicio presupuestario la Administración vinculará cada una de las plazas vacantes dotadas presupuestariamente cubiertas con personal interino que no vayan a

ser objeto de provisión interna, a la Oferta de Empleo Público de ese año o del ejercicio siguiente, ofertándose todas ellas a los/as aspirantes que hubieran aprobado. En consecuencia, el personal interino que ocupe las plazas incluidas en OEP cesará en su condición de manera automática cuando su plaza sea efectivamente cubierta por funcionario de carrera o personal laboral fijo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 del TREBEP...”.

También hay que señalar el referido artículo 10.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), cuando afirma que “ En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización...”

Por su propia naturaleza, si la OEP supone el primer paso para cubrir unas necesidades de recursos humanos, las plazas vacantes desempeñadas por personal interino demuestran una perentoria necesidad estable por lo que, como se ha indicado más arriba, deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Resultaría un contrasentido y no actuaría el Ayuntamiento con arreglo a sus propios actos, si mantuviera plazas vacantes y cubiertas temporalmente por periodos prolongados sin convocarlas para su provisión definitiva y permanente.

Así pues, la convocatoria del proceso selectivo se realizó mediante Resolución de 23 de noviembre de 2020 en la que se dispuso: “Convocar pruebas selectivas para proveer 28 plazas (1 plaza correspondiente a la ejecución de la Oferta de Empleo Público del año 2018 y 27 plazas correspondientes a la ejecución de la Oferta de Empleo Público del año 2019) de la categoría de Técnico/a Superior (Veterinaria) del Ayuntamiento de Madrid.”

Finalizadas las pruebas selectivas y mediante Anuncio del Tribunal calificador publicado en el Tablón de Edictos el 28 de abril de 2022,

se publicó el listado definitivo de los aspirantes que han superado el proceso selectivo sin que, a fecha de este informe, se haya publicado la relación de los puestos a ofertar a los aspirantes que han superado ese proceso.

Por ello, es difícil que la persona denunciante haya podido "constatar" que en esa relación de puestos se "va a sacar una plaza que está vacante mucho después de convocar las oposiciones".

Por otra parte, resaltar que las OEP anuncian las plazas vacantes que se pretenden cubrir durante el ejercicio presupuestario a través de los procedimientos de selección de personal y no se refieren a puestos concretos de trabajo, sino a plazas de los distintos Cuerpos, Escalas o Categorías que forman parte de la función pública.

Se limitan a determinar el número de vacantes dentro de cada grupo, pudiendo ofrecerse cualquier puesto vacante (ocupado o no por personal interino) en el momento de la elección, una vez superado el proceso selectivo, incluso, aunque no existiera el concreto puesto en el momento de la convocatoria.

Este es el criterio seguido por la Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 14 de julio de 2006 en virtud de la modificación operada en el artículo 18 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública).

En otras palabras, tanto la oferta como la convocatoria sólo tienen que determinar las plazas vacantes en abstracto, no los puestos de trabajo específicos que son concretados con posterioridad, cuando se ofrecen a los aspirantes que superan los procesos selectivos. Así lo señala más recientemente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Séptima, 336/2016, de 24 de mayo, cuando en el fundamento jurídico segundo señala: "De otro lado, el que el puesto no se encuentre relacionado ni en la OEP ni en la convocatoria de plazas que la desarrolla, en este caso el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de fecha 17 de noviembre de 2012, se explica porque tanto la oferta como la convocatoria solo tienen que determinar las plazas vacantes, en abstracto, no los puestos de trabajo específicos, que son

concretados con posterioridad, cuando se ofrecen a los aspirantes que superen los procesos selectivos, todo ello, sin olvidar que la OEP debe contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente que se hallen vacantes, entre ellas las desempeñadas por funcionarios interinos (artículo 18 de la Ley 30/84 y 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público) como también que en el proceso selectivo convocado por decreto de 17 de noviembre de 2012 se cubrieron todas las plazas convocadas”.

Se señalan otras sentencias que siguen el mismo criterio.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en respuesta formulada a la Reclamación con número de referencia RT/0203/2017, cuando señala: “De acuerdo con lo expuesto, cabe recordar que la Oferta de empleo público, según se ha razonado en el anterior Fundamento Jurídico, ha de limitarse a determinar las vacantes que han de cubrirse sin que sea necesario incluir en la misma la totalidad de las vacantes o un porcentaje determinado de las mismas desde el momento en que el reiterado artículo 70.1 TRLEBEP alude a las “necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso”. En definitiva, tal y como ha señalado la administración autonómica en sus alegaciones, lo cierto es que en la Oferta de empleo público se incluyen plazas vacantes y no concretos puestos de trabajo de la organización respectiva.

La distinción tiene importancia en el presente caso porque resulta determinante de la concurrencia de la causa de inadmisión invocada por la administración. Como recuerda en sus alegaciones la administración autonómica, los datos referentes a los específicos puestos de trabajo en que se concretan las plazas vacantes contenidas en las distintas Ofertas de empleo público no se conocen hasta que se publica la resolución del órgano correspondiente en la que figure la lista de aspirantes que han superado el proceso selectivo de que se trate. En efecto, así se desprende del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de la provisión de Puestos de Trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración

General del Estado, de aplicación supletoria en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Capítulo IV relativo a las convocatorias y al desarrollo del procedimiento selectivo, prevé en su artículo 26.1, referente a la asignación inicial de puestos de trabajo, lo siguiente «la adjudicación de puestos de trabajo a los funcionarios de nuevo ingreso se efectuará de acuerdo con las peticiones de los interesados entre los puestos ofertados a los mismos, según el orden obtenido en el proceso selectivo, siempre que reúnan los requisitos objetivos determinados para cada puesto en las relaciones de puestos de trabajo”.

Potestad de autoorganización

Las potestades reglamentarias y de autoorganización corresponden a todos los Municipios, Provincias e Islas en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, tal y como se establece en el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

La citada potestad de autoorganización es una potestad discrecional y, además, como toda potestad, es irrenunciable por quien la tiene atribuida por el ordenamiento jurídico, y para el caso concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión en su Sentencia de 30 de abril de 2012.

En la citada sentencia se trata de establecer si debió el Consejo General del Poder Judicial ofrecer a los aspirantes de las pruebas de especialización que fueron aprobados esas nueve vacantes o solamente siete, que eran los aspirantes aprobados, y si la opción de incluir en la oferta las siete que llevaran más tiempo sin titular es correcta y está debidamente motivada.

La referida STS indica expresamente que “La potestad de organización que tiene el Consejo General del Poder Judicial sí se extiende a decisiones como la que ha tomado en este caso. Es decir, comprende la de elegir qué plazas se ofrecerán para que sean destinados a ellas los aspirantes que han sido propuestos por el tribunal calificador de unas pruebas de especialización cuando sean menos los seleccionados que el número de vacantes desiertas tras el correspondiente concurso de traslado. Es éste, precisamente, uno de

los ámbitos en los que se proyecta dicha facultad y supone elegir cuáles de las vacantes existentes han de cubrirse antes cuando no sea posible que se provean todas por ser menos los propuestos que aquéllas. Así, lo ha reconocido esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1997 (recurso 321/1993) y 4 de marzo de 2003 (recurso 156/2001).

Ciertamente, en cuanto que la potestad discrecional está sometida a los límites que son propios de este tipo de facultades. Por tanto, podrá ser combatida si descansa en presupuestos de hecho que no se corresponden con la realidad, lleva a consecuencias irracionales, infringe principios generales del Derecho, en especial el de interdicción de la arbitrariedad o incurre en desviación de poder.”

La precitada sentencia indica expresamente que se puede optar por sacar unas plazas u otras, pero siempre por motivos justificados a fin de no caer en arbitrariedad, y resulta que en el presente caso, el de Técnico/a Superior (Veterinaria), se decide sacar todas las vacantes (ocupadas por personal interino vinculadas a las OEP de 2018 y 2019 y vacantes no ocupadas) hasta completar el número de plazas, 28, ofertadas y después convocadas en el proceso selectivo, no existiendo motivos que justifiquen ofrecer unas respecto de otras y ajustarse al número de aprobados del proceso selectivo.

El concurso previo no es un derecho de preferencia reconocido a los funcionarios de carrera ni en el TREBEP ni en la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para reforma de la Función Pública

Se ha de resaltar la sentencia del TSJ de Madrid de 12 de julio de 2012, Recurso 1527/2008, cuando, en su extenso Fundamento de Derecho SEGUNDO, señala “(...) Es cierto que quienes ya son funcionarios tienen reconocido un derecho de movilidad funcional y de promoción en relación con el de carrera administrativa y que ese derecho de movilidad funcional, que es también geográfica en la medida en que los puestos de trabajo de una determinada Administración se hallen en sedes geográficas diferentes, se desarrolla a través de los mecanismos de provisión de puestos de trabajo (...).(…) Ahora bien, insistimos que no existe un derecho de preferencia de los ya funcionarios de carrera a que se les ofrezca previamente mediante concurso los puestos de trabajo ya que la

cobertura de aquellos que se hallen vacantes está ligada a criterios relacionados con el servicio y el interés público apreciables discrecionalmente por la Administración. No obstante, es verdad que la cuestión de la determinación de los puestos de trabajo que pueden ofrecerse a los aspirantes que han superado un proceso selectivo está íntimamente ligada a la configuración de la institución de la oferta de empleo público. Regulada en los artículos 18.4 de la Ley 30/84, la Oferta de empleo público es la publicación que hace la Administración de las plazas vacantes que pretende cubrir durante un período presupuestario por los procedimientos selectivos de acceso a la función pública. Se trata por tanto de las plazas presupuestariamente dotadas que constan en la plantilla y en la relación de puestos de trabajo, que se encuentran vacantes y que no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existente. Así, el artículo 18.4 de dicha Ley, dispone que viene a estar constituida por "las necesidades de recursos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existente".

Modificación del artículo dieciocho punto 4 de la Ley 30/1984

El citado artículo 18.4 de la ley 30/1984 dispone que "las vacantes correspondientes a las plazas incluidas las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios". Párrafo adicionado por el artículo 103 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Hay que tener en cuenta que con arreglo al artículo 1º. 3 de la Ley 30/1984, dicho artículo 18, en sus cinco primeros apartados, constituye base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, siendo, por ello, aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, de manera que desde la entrada en vigor de dicha norma (producida el 1 de enero de 1997) para la inclusión de una vacante en una convocatoria destinada a personal de ingreso no es necesario que previamente haya sido integrada entre las ofrecidas a los que ya tuvieren la condición de funcionarios. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 103.1), la finalidad de la

reforma era la de "mejorar la eficacia de la Administración mediante una mejor ordenación de sus efectivos".

Así pues, a partir de la anterior modificación legal la Administración no está obligada a efectuar la oferta previa a los ya funcionarios de las vacantes existentes, de modo que pueden ofertarse directamente los puestos vacantes a los funcionarios de nuevo ingreso. A meros efectos dialécticos, si se hiciese como pretende la persona denunciante, se podría llegar a la situación absurda de que una vez resuelto un concurso de méritos entre funcionarios de carrera y con carácter previo a su oferta al personal de nuevo ingreso, se producirían nuevas plazas vacantes -las liberadas por los adjudicatarios funcionarios de carrera- que a su vez podrían ser desempeñadas por otros funcionarios de carrera existentes tras otro concurso de méritos con carácter previo a su oferta a los de nuevo ingreso y así sucesivamente, entrando en una especie de rueda interminable que impediría el nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios de nuevo ingreso.

La vigencia de este artículo no se ha de cuestionar habida cuenta el alcance de la disposición derogatoria única b) del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con su disposición final cuarta: "...2. Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto".

Por tanto, yerra la persona denunciante cuando demanda "que se indague si hay alguna irregularidad en las plazas que han elegido sacar. (como por ejemplo la que comento que habría que sacar primero a concurso interno)". No hay pues, irregularidad alguna en los puestos que se ofertan a los nuevos funcionarios de carrera, tal y como ha quedado expuesto.

Derecho preferente en cambio de turno voluntario previo a la adjudicación de puestos a funcionarios de nuevo ingreso para funcionarios de carrera con turno diferente al de mañana

En relación con el apartado anterior, se ha de destacar que los funcionarios de carrera existentes, con turno diferente al de mañana, sí gozan de preferencia en el cambio de turno con carácter previo a la adjudicación de destinos y toma de posesión del personal de nuevo ingreso como consecuencia de la superación de un proceso selectivo.

Así quedó establecido en el Acuerdo de 11 de febrero de 2020 de la Mesa General de negociación del personal funcionario del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, sobre los criterios de aplicación en los supuestos de cambio de turno voluntario del personal funcionario de carrera con turno distinto al de mañana con carácter previo a la toma de posesión del personal funcionario de carrera por el sistema general de acceso libre de nuevo ingreso.

El procedimiento consiste en que una vez conocidos los destinos que se van a ofertar al personal funcionario de nuevo ingreso de una categoría y, en su caso especialidad, cada SGT, Distrito u OAAA afectado ofertará en su respectivo ámbito un proceso de cambio de turno voluntario y, en su caso, de cambio de adscripción.

En el procedimiento podrá participar exclusivamente el personal funcionario de carrera del Ayuntamiento de Madrid con turno distinto al de mañana perteneciente a la citada categoría y especialidad adscrito a la misma Área de Gobierno, Distrito u OAAA.

Conclusión

Expuesto lo anterior, hay que recordar que las OEP recogen las plazas y tras la convocatoria y la finalización del proceso selectivo se concretan los puestos vacantes como destino inicial. Todo ello bajo criterios de regularización del empleo temporal y de refuerzo en categorías y ámbitos deficitarios sin que exista obligación para el Ayuntamiento de Madrid de realizar procesos de provisión interna previos al ofrecimiento de puestos como destino inicial para el personal de nuevo ingreso.

Y así ha sido el actuar del Ayuntamiento, sin generar la más mínima duda tendente a la arbitrariedad, falta de transparencia e irracionalidad que pudiera vulnerar el principio de legalidad o atisbar un uso desviado en el ejercicio de sus inherentes potestades

administrativas que pueda acreditarse mediante la “prueba” de simples presunciones vertidas en el escrito de denuncia.

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, tras examinar el contenido del informe recibido de la Dirección General de Planificación y Recursos Humanos en el que se da respuesta razonada a los extremos denunciados, con la legislación aplicable y abundante jurisprudencia, señalándose la importancia de diferenciar plaza y puesto de trabajo, así como oferta de empleo público, la plantilla del personal y la relación de puestos de trabajo.

Del contenido del informe queda perfectamente esclarecido que no ha existido irregularidad alguna y menos fraude o corrupción competencia de esta Oficina.

Expediente 91/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presunto cerramiento de la terraza de una vivienda con importante incremento de su superficie.

La Oficina Municipal solicitó informe sobre los hechos denunciados a Coordinación de Distrito de Vicálvaro, que lo emitió señalando, entre otros extremos, lo siguiente:

En base a la denuncia presentada, se procedió a la apertura del expediente 119/2022/01701, a fin de que por parte del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana, adscrito al Distrito de Vicálvaro, se girase visita de inspección para en el caso que corresponda, dictar la correspondiente orden de restauración de la legalidad urbanística. De conformidad con el informe técnico de fecha 30 de diciembre de 2022, se concluye por parte del técnico que lo suscribe, que el cerramiento de la terraza realizado corresponde a obras de ampliación, las cuales el propietario no dispone de título habilitante y, en consecuencia, al no existir licencia de obras concedida ni solicitud de ésta que ampare las obras realizadas, se debe pues aplicar el artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de

la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, al ser actos de edificación o uso del suelo ya finalizados, sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ellas. (se requerirá al promotor y al propietario de las obras para que soliciten la legalización o ajusten las obras a las condiciones de la licencia)

La Oficina Municipal, visto el informe recibido, hizo las siguientes consideraciones:

Consta que Coordinación de Distrito procedió a la apertura del expediente 119/2022/01701, a fin de que por parte del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana, adscrito al Distrito de Vicálvaro, se girase visita de inspección. Se añade que, de conformidad con el informe técnico, el cerramiento de la terraza realizado corresponde a obras de ampliación, las cuales el propietario no dispone de título habilitante y, en consecuencia, al no existir licencia de obras concedida ni solicitud de ésta que ampare las obras realizadas, se debe pues aplicar el artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, al ser actos de edificación o uso del suelo ya finalizados, sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ellas. En dicho precepto se dispone, entre otros extremos, que se requerirá al promotor y al propietario de las obras para que soliciten la legalización o ajusten las obras a las condiciones de la licencia.

Igualmente se dice en el informe recibido que la competencia para realizar las tareas de disciplina urbanística y/o restauración de la legalidad urbanística, según lo establecido en los vigentes acuerdos de delegación de competencias, corresponde al Área de Gobierno de Desarrollo Urbano y se indica que se procederá a remitir el informe técnico a dicha área, a los efectos oportunos.

Como se acaba de exponer, por parte de Coordinación de Distrito se vienen realizando las actuaciones oportunas en relación a los hechos

denunciados, todas ellas encaminadas al restablecimiento de la legalidad urbanística.

Conforme al Reglamento Orgánico que regula su funcionamiento esta Oficina Municipal carece de competencias sancionadoras y concluirá sus actuaciones, como dispone el artículo 35 de dicho Reglamento Orgánico, remitiéndolas a la autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas, medidas que, en este caso, se vienen adoptando correctamente por los organismos que tienen competencia para ello, como se infiere del informe recibido.

Expediente 95/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hacía referencia a presuntas irregularidades en las oposiciones a Intendente de la Policía Municipal de Madrid.

Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

Se están realizando oposiciones de concurso libre para intendente e inspector de la Policía Municipal de Madrid y se ha realizado la primera prueba de conocimiento tipo teste en el que parte de los miembros del Tribunal tenían acceso a parte o total de las preguntas del examen. Hay indicios razonables de posibles filtraciones de parte o total de las preguntas del examen que se realizó, ya que la lista de aprobados tiene relación directa o indirecta con ellos, sobre todo en la oposición de inspectores. Solicito se investigue cómo se realizó dicha prueba, qué componentes del Tribunal tenían acceso y su relación con los aprobados.”

Se solicitó informe sobre los hechos denunciados al Coordinador General de Seguridad y Emergencias, que lo ha emitido en los siguientes términos:

“Con fecha 26 de septiembre de 2022 se recibe en esta Coordinación General escrito de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, en relación a una denuncia en la que se hace referencia a presuntas irregularidades en unas oposiciones en el ámbito de la

Policía Municipal para Intendente e Inspector. En dicho escrito se solicita que se informe sobre el contenido de la denuncia, de conformidad con el artículo 31.1 del Reglamento Orgánico de la mencionada Oficina.

En relación con dicha petición le informo que ambos procesos de oposición por el sistema de turno libre están aún en marcha, por lo que de conformidad con el artículo 10 de la Instrucción relativa al funcionamiento y actuación de los Tribunales de selección en el Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos (aprobada por Decreto de 21 de mayo de 2020 de la Delegada del Área de Hacienda y Personal), corresponde al Tribunal de Selección "dirigir el desarrollo de las pruebas selectivas, para lo cual actuará con total autonomía funcional, sometiendo su acción al ordenamiento jurídico y a las Bases de la convocatoria". Por ello, considero que deben ser estos Tribunales los que, en su caso, informen sobre los extremos indicados. Por otra parte, en la noticia publicada con fecha 28 de septiembre de 2022 por el diario El Mundo, se señala que la Fiscalía Anticorrupción está investigando también posibles irregularidades en las oposiciones a intendentes e inspectores de la Policía Municipal de Madrid, lo que le indico a los efectos oportunos por lo que pueda afectar a las funciones de esa Oficina".

La Oficina Municipal procedió a comprobar lo alegado por el Coordinador General de Seguridad y Emergencias, teniéndose noticias de que un juez de instrucción aprecia presuntos indicios de delito en relación a esas oposiciones.

Esta Oficina Municipal hace las siguientes consideraciones: El apartado 3, letra e) del artículo 4º del Reglamento Orgánico que regula el funcionamiento de la de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción dispone que corresponde a la Oficina analizar la información que distribuyan los medios de comunicación y que esté relacionada con el desarrollo de sus funciones, y el apartado 2 del artículo 6º del mismo Reglamento Orgánico, al delimitar sus funciones, dispone, entre otros extremos, que si la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal o la policía judicial inician un procedimiento para determinar la naturaleza penal de unos hechos que a su vez están siendo inspeccionados por la Oficina, esta deberá suspender sus actuaciones. En consecuencia, en virtud de lo establecido en el

artículo 6.2 en relación con el artículo 4.3.e), del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, procede suspender las actuaciones iniciadas por esta Oficina Municipal, en relación a la denuncia a la que antes se ha hecho mención, a la espera de lo que resuelvan la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal, en el curso de sus actuaciones.

Expediente 109/2022

Se recibió en esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción una denuncia en la que se hace referencia al proceso selectivo para cubrir 12 plazas de inspector técnico de calidad y consumo del Ayuntamiento de Madrid.

Los términos de la denuncia eran sustancialmente los siguientes:

La posible comisión de un fraude en el desarrollo del proceso selectivo para cubrir 12 plazas de inspector técnico de calidad y consumo del ayuntamiento de Madrid. Aún siendo una oposición libre, parece ser - tras realizar diversas comprobaciones- que se ha convertido en un trampolín para permitir el acceso al funcionariado, al menos ocho personas de las 11 que al parecer finalmente han superado el proceso selectivo. En mi caso, tras no haber superado el tercer ejercicio, conseguí contactar con la presidenta del Tribunal, superiora jerárquica de 6 de estos 8 aprobados, y tras esto y pedir la revisión, que ya había hecho previamente por escrito, se me negó y curiosamente ese mismo día, la secretaria del procedimiento, elaboro una notificación, donde se me indicaba que el motivo por el que no había superado el examen era porque éste estaba firmado. He realizado un escrito de recusación y 2 recursos de alzada, que adjuntare al presente documento, que de una manera más detallada explicitan mis sospechas de fraude. Y digo sospechas porque claramente, si tuviera pruebas contundentes, ya lo habría puesto en conocimiento de los órganos correspondientes. El proceso selectivo, carece entre otras cosas, del motivo por el que a mi se me ha excluido y es el anonimato, ya que siendo el cuerpo de inspectores de consumo, un cuerpo tan pequeño, se hace harto difícil creer en el anonimato que a mi se me ha aplicado con tanto rigor.

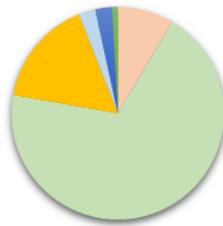
Esta Oficina Municipal solicitó a la Dirección General de Planificación de Recursos Humanos que se emitiera informe sobre los hechos denunciados.

Se recibió el informe solicitado en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente: conviene recordar que el artículo 41 del Decreto de 23 de agosto de 2021 de la Delegada del Área de Hacienda y Personal por el que se modifica la Instrucción relativa al funcionamiento y actuación de los tribunales de selección en el Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos establece que "Los tribunales de selección podrán excluir del proceso selectivo, en los exámenes que no deban ser leídos ante el tribunal de selección, a aquellos aspirantes en cuyas hojas de examen figuren nombres, marcas o signos que permitan conocer la identidad de los autores", habiendo tenido conocimiento, esta Dirección General, según lo indicado por el referido Tribunal, que el examen del aspirante no fue objeto de corrección por cuanto había firmado el mismo. Y en el acta de la Sesión del Tribunal Calificador de las Pruebas Selectivas para proveer, por turno libre, plazas de inspector/a Técnico/a de Calidad y Consumo del Ayuntamiento de Madrid de 29 de septiembre de 2022 consta, entre otros extremos, lo siguiente: Respecto del aspirante .., la secretaria recuerda que en la sesión celebrada el 14 de septiembre de 2022 el Tribunal acordó no corregir su ejercicio toda vez que aparecía firmado en la última página, impidiendo así el anonimato en la corrección que exige el artículo 36 del Decreto de 23 de agosto de 2021 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se modifica la instrucción relativa al funcionamiento y actuación de los tribunales de selección en el Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos. El Tribunal se ratifica en el acuerdo adoptado.

Esta Oficina Municipal, a la vista del informe recibido, consideró acordes con la normativa las razones que se han tenido en cuenta para que el Tribunal de las oposiciones no hubiera procedido a corregir su ejercicio ya que aparecía firmado, en su última página, por el opositor, contraviniendo dicho opositor lo que se dispone en el Decreto de 23 de agosto de 2021 de la Delegada del Área de Hacienda y Personal. Así las cosas, no se aprecian malas prácticas ni conductas de fraude o corrupción que pudieran motivar el ejercicio de las

competencias atribuidas a esta Oficina Municipal por su Reglamento Orgánico.

Denuncias - Presentación



Registro (BAREG) - 10	Buzón Página Web - 81
Correo electrónico - 19	Correo ordinario - 3
Presencial - 3	Inicia Oficina - 1

5. Organización y composición de la Oficina

5. Organización y composición de la Oficina

El personal de la Oficina Municipal está integrado por:

- Personal Directivo: El Director fue nombrado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 31 de enero de 2018. Nombramiento que fue prorrogado por otros cinco años por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 20 de diciembre de 2022.
- Personal Funcionario: de conformidad con el artículo 16 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal el personal al servicio de la misma forma parte del colectivo único de funcionarios, en los términos previstos en el Reglamento de Ordenación del Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 22 de diciembre de 2005, estando integrado por una Vocal/Asesora, un Consejero Técnico, una Adjunta a Unidad, una Encargada de Secretaría y un Auxiliar de Secretaría.

Es de resaltar la magnífica labor que se viene realizando por todos los funcionarios de la Oficina.

6. Relaciones Institucionales

6. Relaciones institucionales

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción participó o celebró en el año 2022 los siguientes encuentros y relaciones institucionales:

-El 16 febrero de 2022 tomó parte en "Dialogo de transparencia y los riesgos de corrupción en la contratación pública", organizado por la Agencia Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona.

-El 18 de febrero de 2022 se celebró en la sede de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid una reunión con el Director de la Agencia Antifraude de Andalucía.

-El 23 de febrero de 2022 se celebró reunión de coordinación de cara al Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de 2022 con la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

-El 6 de abril de 2022 tuvo lugar la sesión constitutiva del Comité Asesor de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid.

-El 20 de abril 2022 participó en "Diálogo del aula de Transparencia" sobre el tema "Las subvenciones y sus indicadores de evaluación:

clave en las políticas de integridad”, organizado por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona.

-El 24 de mayo de 2022 participó en la Sesión Informativa sobre nuevos modelos de PCAP: Régimen de clasificación y posibilidad de integración con medios externos. Organizado por la Subdirección General de Coordinación de la Contratación del Ayuntamiento de Madrid.

-El 31 de mayo de 2022 se celebró en el Ayuntamiento de Madrid, organizado por su Oficina contra el Fraude y la Corrupción, el X Encuentro de las Oficinas y Agencias Antifraude de España.

-El 3 de junio de 2022 participó en la reunión del Comité Seguimiento del Plan Antifraude, organizado por el Área Delegada de Internacionalización y Cooperación del Ayuntamiento de Madrid.

-El 22 de junio de 2022 participó en la reunión con motivo del “Día del alertador” celebrado en Valencia y organizado por la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana.

-El 23 de junio de 2022 participó en la presentación de la nueva aplicación de Gestión del Plan Estratégico, Plan Operativo de Gobierno y Cartas de Servicios, organizado por la Dirección General de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid

-El 29 junio de 2022 participó en la reunión de la Comisión de Seguimiento de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid.

-El 6 de julio de 2022 tuvo lugar la reunión trimestral del Consejo Asesor de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción.

-El 20 de julio de 2022 realizó la Comparecencia ante el Pleno del Ayuntamiento y presentación de la Memoria 2021.

-El 5 de septiembre de 2022 el Director asistió al acto de toma de posesión del Fiscal General del Estado.

-El 6 de septiembre de 2022 participó en la reunión del Comité de Seguimiento del Plan Antifraude del Ayuntamiento de Madrid.

-Los días 29 y 30 de septiembre de 2022 participó en el XI encuentro de la Red Estatal de Oficinas y Agencias Anticorrupción de España, celebrado en Cartagena y organizado por la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana.

-El 4 octubre de 2022 se asistió a la conferencia "La comunicación, una asignatura pendiente" a cargo de D. Manuel Campo Vidal, acto organizado por el Área de Gobierno de Hacienda y Personal.

-El 21 de octubre de 2022 asistió al II Congreso Internacional de Compra Pública Verde y Cambio Climático organizado por la Dirección del Grupo de Investigación de la Universidad de Alcalá de Henares.

-El 15 noviembre de 2022 asistió al seminario "Institucionalización de la evaluación en la Administración Local: posibilidades, recursos y efectos", organizado por el Área de Gobierno de Transparencia y Calidad del Ayuntamiento de Madrid.

-15 noviembre de 2022 se celebró la reunión trimestral del Consejo Asesor de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid.

-El 16 noviembre de 2022 el Director asistió a la firma del Convenio entre el Consejo General del Notariado, el Ayuntamiento de Madrid y el Organismo Autónomo Agencia Tributaria Madrid sobre utilización de bases de datos a efectos de reforzar la lucha contra el fraude y la corrupción.

-El 28 de noviembre de 2022 el Director intervino en la Comisión Permanente Ordinaria del Pleno de Hacienda y Personal y de Economía, Innovación y Empleo del Área de Gobierno de Hacienda y Personal.

-El 30 noviembre de noviembre de 2022 se asistió a la 11ª sesión ordinaria de la Comisión de Seguimiento de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid.

-El 2 diciembre de 2022 se asistió a la reunión del Comité de Seguimiento del Plan Antifraude del Área Delegada de Internacionalización y Cooperación.

-El 14 diciembre de 2022 el Director asistió al acto del 25º Aniversario de la creación de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada celebrado en la sede de la Fiscalía General del Estado.

7. Presupuesto de la Oficina y liquidación

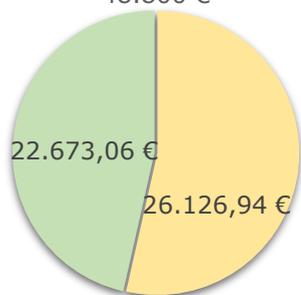
7. Presupuesto de la Oficina. Liquidación del presupuesto.

En relación con el presupuesto para el ejercicio 2022 y su grado de ejecución, hemos de significar que se aprobó con una dotación de 48.800 euros, correspondiente a las aplicaciones presupuestarias del capítulo 2 "Gastos corrientes en bienes y servicios".

Respecto al capítulo 1 "Gastos de personal" el importe total es de 569.581 euros.

El Presupuesto del Ayuntamiento de Madrid para el ejercicio 2022 estableció la Sección 103 "Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción", con el Programa 922.22 de la misma denominación, por importe de 48.800 euros, que se concretó en las partidas que se relacionan.

Presupuesto 2022 - Capítulo 2
48.800 €



■ Gastado ■ No dispuesto

Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción Memoria 2022

OFICINA MUNICIPAL CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

PRESUPUESTO 2022
RESUMEN ESTADO DE GASTOS

		PRESUPUESTO	GASTADO	NO DISPUESTO
21500	REPOSICIÓN, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE MOBILIARIO	1.500,00	1.500,00	0,00
22000	MATERIAL DE OFICINA ORDINARIO NO INVENTARIABLE (Compras centralizadas)	5.000,00	2.781,04	2.218,96
22001	PRENSA, REVISTAS, LIBROS Y OTRAS PUBLICACIONES	3.500,00	0,00	3.500,00
22002	MATERIAL INFORMÁTICO NO INVENTARIABLE	6.000,00	3.392,23	2.607,77
22199	OTROS SUMINISTROS	2.000,00	1.089,00	911,00
22606	REUNIONES, CONFERENCIAS Y CURSOS	5.000,00	4.694,80	305,20
23010	DEL PERSONAL DIRECTIVO	1.500,00	80,01	1.419,99
23020	DEL PERSONAL NO DIRECTIVO	1.500,00	1.080,01	419,99
23110	GASTOS DE VIAJE DEL PERSONAL DIRECTIVO	1.500,00	208,56	1.291,44
23120	GASTOS DE VIAJE DEL PERSONAL NO DIRECTIVO	1.500,00	1.101,29	398,71
23399	OTRAS INDEMNIZACIONES	19.800,00	10.200,00	9.600,00
TOTAL		48.800,00 €	26.126,94 €	22.673,06 €

El concepto de otras indemnizaciones corresponde a las dietas de los vocales del Consejo Asesor.

Anexo I.

Reglamento de la Oficina Municipal
contra el Fraude y la Corrupción

Anexo. Reglamento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción

Pleno del Ayuntamiento

Secretaría General

Acuerdo del Pleno, de 23 de diciembre de 2016, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción. — El Pleno del Ayuntamiento, en sesión (34/2016), ordinaria celebrada el día 23 de diciembre de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

“Primero. —Aprobar el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, que se acompaña al presente acuerdo. Segundo. — Publicar en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID este acuerdo y el texto del Reglamento que constituye su objeto”.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.3.e) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, se procede a la publicación del texto aprobado.

Lo que se hace público para general conocimiento, advirtiéndose de que dicho acuerdo agota la vía administrativa, pudiéndose interponer contra el mismo, en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la publicación de este anuncio en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en los artículos

10 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de cualquier otro que se estime oportuno.

PREÁMBULO

I

La percepción de la corrupción y el fraude como uno de los principales problemas de España aumentó en el año 2011 tras más de quince años de descenso, coincidiendo con los peores momentos de la crisis económica que se inició en los años 2007-2008 pero que alcanzó especial intensidad en nuestro país a partir del año 2009. Es de destacar que la corrupción y el fraude ocuparon los primeros puestos entre los principales problemas de los españoles también entre los años 1993 y 1995, cuando España sufrió otra importante crisis económica caracterizada por la recesión económica y el alto incremento del paro.

A pesar de ello, las iniciativas desarrolladas en el ámbito local para la lucha contra la corrupción no han sido numerosas. En 2009, la Federación Española de Municipios y Provincias aprobó un Código de Buen Gobierno Local y posteriormente tomó medidas en favor de la creación de un Observatorio para supervisar la calidad de la gobernanza a nivel local.

A nivel internacional, puede citarse la Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, por la que se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Las Naciones Unidas han definido la corrupción como una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad y da pie a violaciones de los derechos humanos. Afecta infinitamente más a la población vulnerable, que se ve privada de fondos que podrían estar destinados a ofrecer servicios básicos. Alimenta así la desigualdad y la injusticia y desalienta las ayudas y la inversión extranjera, convirtiéndose en un factor clave y un obstáculo muy importante para el desarrollo social.

Si bien la Convención contiene importantes recomendaciones para la lucha contra la corrupción a nivel mundial, existen dos especialmente relevantes para el ámbito municipal.

La primera, la necesidad de crear un órgano encargado de prevenir la corrupción que goce de la independencia necesaria para desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida; la segunda, la necesidad de fomentar la participación activa de personas y grupos pertenecientes a la sociedad civil en la prevención y la lucha contra la corrupción.

En el ámbito europeo, ha de destacarse también el informe de la Comisión Europea, de 3 de febrero de 2014, sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, en el que se concluye que los riesgos de corrupción resultan ser más elevados en los niveles local y regional, donde los controles y equilibrios y las auditorías internas tienden a ser más débiles que a nivel central. En particular, el informe señala como sectores especialmente vulnerables a la corrupción el urbanismo, la planificación ambiental y la contratación pública, sectores todos ellos típicamente locales.

La Comisión Europea concluye recomendando implantar estrategias a la medida de las Administraciones locales, reforzar los mecanismos de control, hacer más transparente el proceso de toma de decisiones y desarrollar códigos de conducta exhaustivos para los cargos electos a nivel local, con la adecuada rendición de cuentas e instrumentos sancionadores de las posibles violaciones de dichos códigos.

II

El Ayuntamiento de Madrid quiere ser pionero en el ámbito municipal en la erradicación de estas conductas perniciosas que socavan la democracia y el Estado de Derecho, menoscaban la calidad de vida, distorsionan los mercados y permiten el florecimiento de la delincuencia organizada.

El nacimiento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción responde así al firme y decidido empeño del Ayuntamiento de Madrid de contribuir al control y prevención de estas conductas y a la recuperación de la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

La Oficina se crea al amparo de la autonomía municipal y de la potestad de auto organización y se configura como instrumento principal para reforzar las buenas prácticas de la Administración pública, prevenir e investigar posibles casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos o cualquier aprovechamiento ilícito derivado de conductas que comporten conflicto de intereses o el uso particular de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público.

Para conseguir estos objetivos, el Reglamento Orgánico diseña un modelo de Oficina que dispone de plena autonomía para el ejercicio

de sus funciones, quedando separada del Gobierno y de la Administración municipales. Para ello, la Oficina se adscribe al Pleno del Ayuntamiento de Madrid, garantizando así su actuación objetiva y con sometimiento pleno a la ley y al derecho y disfrutando de independencia técnica y funcional respecto de los órganos a los que extiende su actuación.

Esta adscripción implica que el Pleno será competente para el nombramiento de los órganos de la Oficina, exigiéndose para ello una mayoría cualificada, con el objeto de buscar el máximo consenso entre todos los grupos políticos municipales sobre las personas que hayan de desempeñar tan relevantes funciones.

Junto a ello, la Oficina cuenta con un órgano de dirección y un Consejo Asesor, integrado por miembros de la sociedad civil, para sensibilizar así a la opinión pública respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.

La Oficina ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, seguridad jurídica, imparcialidad, independencia, proporcionalidad y confianza legítima, y la tramitación de sus actuaciones se regirá por los principios de economía, celeridad y eficacia.

El Reglamento permite que toda persona conocedora de hechos o conductas irregulares pueda ponerlos en conocimiento de la Oficina garantizando el anonimato del denunciante, si así se solicitase. Presentada la denuncia, se realiza una regulación pormenorizada de los distintos tipos de actuaciones que puede desarrollar la Oficina y

de los requisitos formales y procedimentales a que se sujetan las mismas, incorporando las necesarias garantías para la protección de los denunciantes, la confidencialidad de las informaciones y la protección de los datos de carácter personal.

En este sentido, el Reglamento es especialmente cuidadoso a la hora de delimitar las funciones de la Oficina, para evitar su interferencia en las funciones propias de otros órganos, las cuales puede complementar actuando en distintos estadios operativos. Igualmente, precisa claramente los límites de la actuación de la Oficina respecto de las competencias de la jurisdicción contable y de las funciones de investigación de los delitos que corresponden de forma exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al poder judicial y al Ministerio Fiscal.

No obstante, las funciones de la Oficina no se limitan al desarrollo de actuaciones puramente inspectoras, ya que el Reglamento también le atribuye relevantes funciones desde el punto de vista de la prevención de las conductas constitutivas de fraude o corrupción, funciones que son igualmente esenciales desde punto de vista del fortalecimiento de la ética en la actuación pública.

Finalmente, es destacable también el especial empeño de la nueva regulación en dotar a la Oficina de un régimen jurídico completo y detallado, comprensivo de su organización, recursos económicos, personales y materiales, así como de sus relaciones con el Pleno y otras instituciones realizando, a tales efectos, las correspondientes modificaciones en el Reglamento

Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 31 de mayo de 2004.

III

El Reglamento se estructura en ocho Capítulos y dos Disposiciones finales.

El Capítulo I regula las Disposiciones generales de la Oficina, estableciendo su objeto, naturaleza, adscripción al Pleno y régimen jurídico y de actuación.

El Capítulo II enumera las funciones de la Oficina y delimita su ámbito de actuación, precisando que este se extiende a todo el sector público municipal y previendo su posible ampliación a otras entidades que no conformen el mismo. Junto a ello, realiza la delimitación de las funciones de la Oficina respecto de la Intervención General, la Inspección General de Servicios, el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid y la Oficina de Conflictos de Intereses.

A su vez, se explicita que la Oficina no podrá desarrollar funciones que correspondan a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la policía judicial, debiendo suspender en tal caso sus actuaciones y remitir toda la información disponible a la autoridad competente.

La organización de la Oficina es objeto de regulación en el Capítulo III, que prevé como órganos de la misma la Dirección y el Consejo Asesor. La Dirección de la Oficina tendrá rango orgánico asimilado al de Dirección General, debiendo ser nombrada por el Pleno mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros, a

propuesta de la Junta de Gobierno y previa comparecencia del candidato o candidata ante la Comisión del Pleno competente, para ser evaluado en relación a las condiciones requeridas para el cargo.

A continuación, el Reglamento regula pormenorizadamente las funciones de la Dirección y sus incompatibilidades y retribuciones.

El Capítulo IV se dedica a la regulación del Consejo Asesor, como órgano de cooperación técnica dependiente orgánica y funcionalmente de la Dirección de la Oficina e integrado por un máximo de seis Vocalías en representación de la sociedad civil. Las Vocalías serán nombradas por el Pleno mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros por un período de cinco años, renovándose por mitades cada dos años y medio.

El Capítulo termina con las previsiones detalladas sobre las funciones a desarrollar por el Consejo Asesor.

El régimen de personal y recursos económicos y materiales se contiene en el Capítulo V.

El personal al servicio de la Oficina podrá ser funcionario o laboral y mientras permanezca al servicio de la misma, se considerará personal al servicio del Pleno. En cuanto al régimen económico, la Oficina gestionará sus programas presupuestarios de forma autónoma e independiente, de acuerdo con lo que establezcan las bases de ejecución del presupuesto y estará asistida por la Secretaría General del Pleno para la gestión de los recursos humanos, materiales y económicos.

El Capítulo VI establece los principios y criterios de actuación de la Oficina, incorporando las previsiones necesarias en cuanto a la confidencialidad de las actuaciones, la protección de los datos personales y la protección de los denunciantes.

Además, este Capítulo regula las relaciones con el Pleno, con otros órganos municipales y las relaciones externas. Las relaciones con el Pleno se desarrollarán a través de la Comisión competente en materia de transparencia, destacando la posibilidad de que la Oficina pueda colaborar con las Comisiones de investigación que se constituyan en el Pleno, a petición de las mismas, en la elaboración de dictámenes relacionados con el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a las relaciones con otros órganos municipales, se establece la obligación de todos ellos de colaborar en el desarrollo de las actuaciones de la Oficina, sin que pueda negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de inspección.

Por último, respecto a las relaciones externas, la Oficina podrá firmar convenios y colaborar con otras instituciones, Administraciones y organismos públicos en la medida necesaria para el desarrollo de sus funciones. Junto a ello, se prevé también la posibilidad de colaboración con la sociedad civil, permitiendo que cualquier persona, colectivo o entidad pueda dirigirse a la Oficina formulando sugerencias, propuestas o solicitando su actuación en las materias de su competencia.

Las distintas actuaciones que puede desarrollar la Oficina se recogen en el Capítulo VII. A tales efectos, se regulan de forma detallada la presentación de denuncias (que podrán ser anónimas), las actuaciones iniciales y las actuaciones de inspección, pudiendo consistir estas últimas en: requerimientos y peticiones de información o documentación, requerimiento a órganos de contratación, visitas de inspección a centros de trabajo o realización de entrevistas personales.

Las actuaciones de inspección se realizarán en un plazo máximo de seis meses, pudiendo ser ampliado este plazo por un período de tres meses, por resolución de la Dirección de la Oficina y si la naturaleza de los hechos inspeccionados así lo requiere.

Una vez terminadas las actuaciones de inspección, la Dirección de la Oficina emitirá un informe razonado con las conclusiones de las actuaciones realizadas. El informe razonado será remitido, en su caso, a la autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas.

Mención especial merecen las actuaciones de prevención de las conductas constitutivas de fraude o corrupción, entre las que se encuentran la realización de estudios sobre los hechos y actuaciones que puedan favorecer la corrupción y el fraude, la elaboración de códigos éticos y de buenas prácticas, así como la colaboración en el diseño de los programas de prevención y control del fraude y de la corrupción y en el diseño de los programas de formación del personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid en estas materias.

El Reglamento Orgánico finaliza con el Capítulo VIII, en el que se contiene la regulación sobre las recomendaciones que la Oficina puede realizar a los distintos órganos municipales y la posibilidad que se concede a la Dirección de comparecer ante el Pleno del Ayuntamiento de Madrid a iniciativa propia, a instancia de los miembros del Pleno o como consecuencia de la elevación al Pleno de la memoria anual de la Oficina.

Para posibilitar la realización de estas recomendaciones y comparecencias, la disposición final primera modifica los artículos 5 y 60 del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, e introduce en el mismo dos nuevos artículos 22 bis y 98 bis.

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.—1. El presente Reglamento regula la organización y el funcionamiento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, en el marco de lo dispuesto en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y en la restante legislación de régimen local.

2. La regulación de la Oficina tiene naturaleza orgánica, según lo dispuesto en el artículo 11.1.c) de la Ley 22/2006, de 4 de julio.

Art. 2. Naturaleza y adscripción.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción es un órgano complementario creado al amparo de la autonomía municipal y de la potestad de auto

organización reconocidas al Ayuntamiento de Madrid en los artículos 2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, y 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

2. La Oficina es un órgano independiente respecto del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, quedando adscrita orgánicamente al Pleno municipal.

Art. 3. Régimen jurídico y de actuación. —1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se regirá por el presente Reglamento, por los restantes Reglamentos Orgánicos del Ayuntamiento de Madrid y por las demás Disposiciones que le resulten de aplicación.

2. En el ejercicio de sus funciones la Oficina actuará de forma objetiva y con sometimiento pleno a la ley y al derecho, disfrutando de independencia técnica y funcional respecto de los órganos municipales a los que extienda su actuación.

Capítulo II

Funciones y ámbito de actuación

Art. 4. Funciones.—1. A los efectos del presente Reglamento, se considerará fraude o corrupción cualquier actuación que implique una mala administración intencionada en el ejercicio de poderes públicos, en beneficio particular de personas físicas o jurídicas y en perjuicio de los intereses generales.

2. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción desarrolla funciones de inspección, comprobación y prevención de las

actuaciones desarrolladas por autoridades, directivos o empleados municipales que pudieran ser constitutivas de fraude o corrupción.

3. En particular, en el ámbito definido en el apartado 1, corresponde a la Oficina:

a) Inspeccionar y comprobar los posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos, así como las conductas contrarias a los principios de objetividad, integridad e independencia.

b) Inspeccionar y comprobar los posibles casos de fraude o de cualquier aprovechamiento irregular derivado de actuaciones que afectan a la probidad administrativa, a la confianza pública y al buen funcionamiento del sector público municipal.

c) Inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las reglas relativas a conflictos de intereses.

d) Analizar las resoluciones judiciales que hayan declarado probadas conductas ilícitas en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid o en su relación con otras instituciones de carácter público o privado.

e) Analizar la información que distribuyan los medios de comunicación y que esté relacionada con el desarrollo de sus funciones.

f) Desarrollar actuaciones de prevención del fraude y la corrupción en el Gobierno y la Administración municipales.

g) Asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales.

Art. 5. **Ámbito de actuación.** —1. El ámbito de actuación de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se extiende a todo el sector público municipal, entendiendo por tal:

a) El Ayuntamiento de Madrid.

b) Los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Madrid.

c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social, la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este apartado sea superior al 50 por 100.

d) Las fundaciones de iniciativa pública en las que participe mayoritariamente el Ayuntamiento de Madrid o cualquiera de los sujetos mencionados en este apartado, ya sea en su dotación fundacional o en sus órganos de gobierno.

e) Los consorcios adscritos al Ayuntamiento de Madrid.

2. El Ayuntamiento de Madrid promoverá la ampliación del ámbito de actuación de la Oficina, mediante la adhesión voluntaria a lo dispuesto en el presente Reglamento Orgánico de:

a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación del Ayuntamiento o de alguna de las entidades mencionadas en el apartado 1 sea inferior al 50 por 100.

b) Las fundaciones de iniciativa pública en las que la participación del Ayuntamiento o de alguna de las entidades mencionadas en el apartado 1 no sea mayoritaria.

c) Los restantes consorcios en los que participe el Ayuntamiento de Madrid.

Art. 6. Delimitación de funciones.—1. Las funciones de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se desarrollarán sin perjuicio de las que correspondan a la Intervención General, a la Inspección General de Servicios y a los restantes órganos de control del Ayuntamiento de Madrid, y con pleno respeto a las competencias del Tribunal de

Cuentas, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid y de la Oficina de Conflictos de Intereses.

En particular, la Oficina no desarrollará sus funciones respecto de aquellos hechos de los que pudiera derivarse única y exclusivamente responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de la Administración municipal, que serán remitidos a los servicios municipales competentes en materia disciplinaria.

2. La Oficina no podrá desempeñar funciones que correspondan a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la policía judicial, ni podrá inspeccionar los mismos hechos que sean objeto de averiguación o instrucción por aquellos mientras haya causa judicial abierta.

Si la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal inician un procedimiento para determinar la naturaleza penal de unos hechos que a su vez están siendo inspeccionados por la Oficina, ésta deberá suspender sus actuaciones, trasladar toda la información a la autoridad competente y prestarle su colaboración.

3. Si la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal archivaren sus actuaciones, la Oficina, con base en los hechos que se hayan declarado judicialmente probados, en su caso, podrá emitir informe razonado que ponga fin a las actuaciones de inspección que hubiere iniciado y proponer al órgano municipal competente la adopción de las medidas que correspondan.

No obstante, la Oficina podrá proseguir sus actuaciones de inspección si considerase que los hechos probados pudieran generar algún tipo de responsabilidad distinta de la penal.

Capítulo III

Organización y dirección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción

Art. 7. Organización.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción está integrada por los siguientes órganos:

- a) Dirección de la Oficina.
- b) Consejo Asesor.

2. La Oficina dispondrá de un registro general propio y diferenciado de los restantes registros del Ayuntamiento de Madrid, dedicado a la entrada y salida de los documentos relacionados con su actividad, cuyos datos serán confidenciales. El Registro de la Oficina funcionará de forma presencial y telemática.

Art. 8. Dirección de la Oficina. —1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la

Corrupción contará con una Dirección, cuyo titular será su máximo responsable.

2. En el ejercicio de sus funciones, la Dirección de la Oficina actuará con plena independencia y objetividad, sin recibir instrucciones de ningún órgano o autoridad municipal.

3. La Dirección de la Oficina tendrá rango orgánico asimilado al de Dirección General.

Su régimen legal será el previsto en el presente Reglamento Orgánico y, en lo no expresamente regulado en el mismo, el régimen legal previsto para las Direcciones Generales en el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración, de 31 de mayo de 2004, y las demás Disposiciones legales de aplicación.

Art. 9. Nombramiento y cese. —1. El nombramiento de la persona titular de la Dirección de la Oficina habrá de realizarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional, entre personas de reconocida trayectoria democrática y prestigio o experiencia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, que se encuentren en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.

2. El candidato o candidata no podrá estar investigado, encausado o disponer de antecedentes penales por delitos dolosos. En caso de desarrollar alguno de los cargos, profesiones o actividades públicas incompatibles previstos en el artículo 11, deberá cesar en los mismos al día siguiente de su nombramiento.

3. El nombramiento deberá ser aprobado por el Pleno municipal mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros, a propuesta de la Junta de Gobierno y previa comparecencia del candidato o candidata ante la Comisión del Pleno competente en materia de transparencia, para ser evaluado en relación a las condiciones requeridas para el cargo.

Si la candidatura propuesta no obtuviese dicha mayoría, deberá someterse en la misma sesión a una segunda votación. En tal caso, su nombramiento podrá aprobarse por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Pleno, siempre que formen parte de ella al menos dos grupos municipales.

4. El mandato de la Dirección de la Oficina no podrá exceder de cinco años, pudiéndose prorrogar por el Pleno por una sola vez y por idéntico plazo.

5. La persona titular de la Dirección de la Oficina cesará por alguna de las siguientes causas:

- a) Renuncia.
- b) Expiración del plazo de su nombramiento.
- c) Muerte o incapacidad sobrevenida.
- d) Actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.
- e) Haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

f) Nombramiento para el desarrollo de cargos, profesiones o actividades públicas incompatibles previstos en el artículo 11.

6. El cese deberá acordarse por el Pleno. Si el cese se acordase por la causa prevista en la letra d) del apartado 5, el acuerdo plenario deberá adoptarse por las mismas mayorías exigidas para el nombramiento en el apartado 3. En los demás casos, el cese se producirá automáticamente al realizarse el hecho causante.

Art. 10. Funciones de la Dirección de la Oficina.—1. La Dirección de la Oficina

Municipal contra el Fraude y la Corrupción desarrollará las siguientes funciones:

- a) Ostentar la máxima representación de la Oficina.
- b) Dirigir orgánica y funcionalmente la Oficina.
- c) Elevar al Pleno municipal la propuesta de nombramiento y cese de las Vocalías del Consejo Asesor.
- d) Acordar el desarrollo de las actuaciones iniciales y de las actuaciones de inspección.
- e) Emitir informe razonado tras la conclusión de las actuaciones de inspección.
- f) Elaborar y elevar al Pleno la memoria anual de actividades.
- g) Emitir informes, propuestas y recomendaciones razonadas.

h) Establecer las reglas de funcionamiento del Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, que deberán garantizar la confidencialidad de sus datos.

i) Dirigir y gestionar el personal al servicio de la Oficina.

j) Proponer la provisión por empleados públicos de los puestos de trabajo adscritos a la Oficina.

k) Adjudicar contratos administrativos y privados en los términos previstos en las bases de ejecución del presupuesto.

l) Proponer al órgano competente la firma de convenios de colaboración en el ámbito competencial de la Oficina.

m) Autorizar y disponer el gasto, así como reconocer y liquidar obligaciones en los términos previstos en las bases de ejecución del presupuesto.

n) Elaborar el anteproyecto de presupuesto de la Oficina y de sus modificaciones, así como elevarlo a la aprobación del órgano municipal competente.

ñ) Elaborar la relación de puestos de trabajo de la Oficina y elevarla a la aprobación del órgano municipal competente.

2. La Dirección de la Oficina deberá guardar sigilo de todas las actuaciones que conozca en el ejercicio y desarrollo de sus funciones. Este deber de sigilo será exigible tras la expiración de su nombramiento y durante el tiempo que la información o documentación a la que accedió durante el ejercicio de su cargo, conserve un carácter reservado o confidencial.

Art. 11. Incompatibilidades y retribuciones. —1. El desempeño de la Dirección de la Oficina será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad pública o privada que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

2. En particular, el puesto será incompatible con:

a) Cualquier mandato representativo.

b) Cualquier cargo político o función administrativa del Estado, de las Comunidades

Autónomas o de los entes locales y de aquellas entidades vinculadas o dependientes de los mismos, así como de los organismos o instituciones comunitarias o internacionales.

c) El ejercicio de cualquier actividad profesional, mercantil o laboral, salvo que sea expresamente autorizada por el Pleno. No obstante, quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades las actividades previstas en el artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

d) El ejercicio en activo de las carreras judicial y fiscal.

e) Cualquier cargo directivo en asociaciones, fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro.

3. La retribución de la Dirección de la Oficina será acordada por el Pleno municipal.

Capítulo IV

Consejo Asesor

Art. 12. Consejo Asesor.—1. La Dirección de la Oficina estará asistida por un órgano de cooperación técnica denominado Consejo Asesor, que dependerá orgánica y funcionalmente de la misma.

2. El Consejo Asesor estará integrado por un máximo de seis Vocalías en representación de la sociedad civil.

3. El Consejo Asesor y sus Vocalías no estarán sujetas a mandato imperativo alguno y no podrán recibir instrucciones de ninguna autoridad.

4. La presencia de mujeres y hombres en el Consejo Asesor procurará dar cumplimiento al principio de presencia o composición equilibrada en los términos previstos en la

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Art. 13. Vocalías del Consejo Asesor.—1. Las Vocalías serán elegidas entre personas de reconocida trayectoria democrática y prestigio o experiencia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, que se encuentren en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.

2. Los candidatos o candidatas a ocupar las Vocalías del Consejo Asesor, en caso de ser nombrados, no podrán ostentar la condición de diputado, senador, concejal o de miembro de los órganos de gobierno del Estado, las Comunidades autónomas o las entidades locales.

Asimismo, no podrán estar investigados, encausados o disponer de antecedentes penales por delitos dolosos.

El personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid no podrá ser titular de las Vocalías.

3. Las Vocalías no percibirán retribución alguna por el ejercicio de sus funciones, salvo las compensaciones económicas que les correspondan como dietas de asistencia a las sesiones del Consejo Asesor. El importe de tales dietas será acordado por el Pleno.

Art. 14. Nombramiento y cese de las Vocalías del Consejo Asesor. —

1. El proceso de nombramiento de las Vocalías se iniciará mediante convocatoria pública. Las candidaturas para cubrir los puestos se recibirán en el Registro de la Oficina dentro de los quince días naturales siguientes a la publicación de la convocatoria y deberán reunir los requisitos formales establecidos en ella.

2. Las personas titulares de las Vocalías del Consejo Asesor serán nombradas y cesadas por el Pleno del Ayuntamiento, mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros por un período de cinco años.

3. Las Vocalías se renovarán por mitades cada dos años y medio, siguiendo el proceso indicado en los apartados 1 y 2. No obstante, las Vocalías cesantes continuarán ejerciendo sus funciones hasta la designación de las nuevas Vocalías. El cese se producirá también por las siguientes causas:

a) Renuncia.

b) Muerte o incapacidad sobrevenida.

c) Actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.

d) Haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

e) Nombramiento para el desarrollo de cargos o puestos incompatibles previstos en el artículo 13.2.

4. Corresponde a la Dirección de la Oficina elevar al Pleno la propuesta de nombramiento y cese de las Vocalías, con elaboración de la correspondiente memoria acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso.

Art. 15. Funciones del Consejo Asesor.—1. El Consejo Asesor, a través de sus Vocalías, desarrollará las siguientes funciones:

a) Asesorar a la Dirección de la Oficina en todos aquellos asuntos en que se solicite su intervención.

b) Presentar a la Dirección de la Oficina las propuestas e informes que se consideren oportunos dentro del ámbito competencial de la Oficina.

c) Proponer programas de formación y cursos de especialización que resulten necesarios o convenientes para las autoridades, directivos y empleados públicos municipales, en el ámbito competencial de la Oficina.

d) Realizar el seguimiento del grado de cumplimiento de las medidas que se contengan en las memorias anuales, recomendaciones e informes elaborados por la Dirección de la Oficina.

2. Cada Vocalía deberá guardar sigilo de todas las actuaciones que conozca en el ejercicio y desarrollo de sus funciones. Este deber de sigilo será exigible tras la expiración de su nombramiento y durante el tiempo que la información o documentación a la que accedieron en su condición de vocales, conserve un carácter reservado o confidencial.

El incumplimiento del deber de sigilo podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal en los términos previstos en la legislación aplicable.

Capítulo V

Personal y recursos económicos y materiales

Art. 16. Personal al servicio de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción.—1. El personal al servicio de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción actuará en el ejercicio de sus funciones con imparcialidad, velando por el interés general y observando neutralidad política.

2. El personal al servicio de la Oficina guardará el debido sigilo sobre los hechos de los que conozca en el desarrollo de sus funciones.

3. El personal al servicio de la Oficina podrá ser funcionario o personal laboral. En ambos casos, el personal estará sujeto al código de conducta previsto en los artículos 52 a 54 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

4. El personal al servicio de la Oficina forma parte del colectivo único de funcionarios y del colectivo único del personal laboral del

Ayuntamiento de Madrid, en los términos previstos en el Reglamento de Ordenación del Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 22 de diciembre de 2005.

Mientras permanezca al servicio de la Oficina, se considerará personal al servicio del Pleno.

Art. 17. Presupuesto y recursos.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción dispondrá de su propia sección en el Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid y elaborará sus programas presupuestarios.

2. La Oficina gestionará sus programas presupuestarios de forma autónoma e independiente, de acuerdo con lo que establezcan las bases de ejecución de los presupuestos generales del Ayuntamiento de Madrid.

3. Para la gestión de los recursos humanos, materiales y económicos, la Oficina estará asistida por la Secretaría General del Pleno, que dotará a la Oficina de los medios que el Pleno determine en cada momento.

Capítulo VI

Principios y criterios de actuación

Art. 18. Principios de actuación.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, seguridad jurídica, imparcialidad, independencia, proporcionalidad y confianza legítima.

2. La tramitación de las actuaciones que realice la Oficina se registrará por los principios de economía, celeridad y eficacia.

Art. 19. Relaciones con el Pleno.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se relacionará con el Pleno a través de la Comisión competente en materia de transparencia.

2. La Oficina podrá colaborar con las Comisiones de Investigación que se constituyan en el Pleno, a petición de las mismas, en la elaboración de dictámenes sobre asuntos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

3. La actividad de la Oficina no se verá interrumpida cuando expire el mandato del Pleno.

En tales casos, las relaciones se desarrollarán por conducto de la Presidencia del Pleno.

Art. 20. Relaciones con los órganos municipales.—1. Todos los órganos municipales colaborarán en el desarrollo de las actuaciones de la Oficina cuando sean requeridos para ello. A estos efectos, no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de inspección.

Queda exceptuada de dicho acceso la documentación obrante en los servicios municipales que hubiera sido declarada reservada por la autoridad judicial.

2. La Oficina se pondrá directamente en contacto con los órganos municipales en la forma que considere más ágil y eficaz, dejando constancia documentada en el correspondiente expediente.

3. La persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de las actuaciones de inspección de la Oficina por parte de cualquier autoridad, directivo o empleado municipal, podrá ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de la memoria anual, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias a que hubiere lugar.

Art. 21. Relaciones externas.—1. La Oficina podrá solicitar de otras instituciones, Administraciones y organismos públicos la colaboración necesaria para el desarrollo de sus funciones.

Asimismo, la Dirección de la Oficina podrá proponer la firma de convenios, protocolos y cualesquiera acuerdos jurídicos en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción con otras instituciones, Administraciones u organismos públicos.

2. La Oficina se pondrá directamente en contacto con los órganos competentes en la forma que considere más ágil y eficaz, dejando constancia documentada en el correspondiente expediente.

3. Cualquier persona, colectivo o entidad podrá colaborar con la Oficina formulando sugerencias, propuestas o solicitando su actuación en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción.

No obstante, esta colaboración no podrá implicar en ningún caso la participación en actuaciones de inspección, ni el conocimiento de datos relativos a las mismas.

Art. 22. Confidencialidad de las actuaciones.—1. Las actuaciones que realice la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción tendrán carácter confidencial.

2. La Dirección de la Oficina, con carácter excepcional, podrá suspender dicho carácter confidencial para actuaciones concretas, mediante resolución expresa y motivada adoptada a tal efecto.

Art. 23. Tratamiento de la información.—1. Los datos personales obtenidos por la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción como consecuencia del desarrollo de sus actuaciones, tienen carácter confidencial y su tratamiento quedará sujeto a la legislación aplicable en materia de protección de datos de carácter personal.

2. En particular, la Oficina no podrá divulgar los datos a que se refiere el apartado anterior, ni ponerlos en conocimiento de otras personas o instituciones que no sean las que, de acuerdo con las Disposiciones vigentes, puedan conocerlos por razón de sus funciones.

Los datos tampoco podrán ser utilizados con finalidades distintas a las que motivaron las actuaciones de inspección, de conformidad con lo previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Art. 24. Reserva de identidad.—1. Toda persona conocedora de hechos o conductas irregulares que desee ponerlo en conocimiento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción obtendrá, salvo que manifieste por escrito lo contrario, el compromiso por escrito por parte de la Dirección de la Oficina de que su identidad no será revelada a terceras personas.

En estos supuestos, las personas se identificarán con un código o un número.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1, la Dirección de la Oficina podrá proponer la adopción de las medidas que considere oportunas para garantizar la adecuada protección de los denunciantes.

3. La identidad de la persona denunciante solo podrá ser revelada como consecuencia de una petición expresa de órgano judicial.

Capítulo VII

Actuaciones

Art. 25. Actuaciones de prevención.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción desarrollará cuantas actuaciones considere oportunas para prevenir conductas constitutivas de fraude o corrupción.

2. En particular, desarrollará las siguientes actuaciones de prevención:

a) Realizar estudios sobre los hechos y actuaciones que puedan favorecer la corrupción y el fraude, así como analizar sus causas e identificar los sectores con mayor vulnerabilidad y las medidas para rebajarla.

b) Impulsar la elaboración de códigos éticos y de buenas prácticas como instrumentos que permitan incrementar los niveles de transparencia en la gestión pública, potenciar el comportamiento

ético de los empleados públicos y mejorar las relaciones de confianza entre el Ayuntamiento de Madrid y los ciudadanos.

c) Colaborar en el diseño de los programas de prevención y control del fraude y de la corrupción dentro del ámbito municipal.

d) Colaborar en el diseño de los programas de formación del personal al servicio del

Ayuntamiento de Madrid en materia de prevención y control de fraude y la corrupción.

Art. 26. Presentación de denuncias.—1. Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá presentar en el Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción denuncias en las que se describan los hechos que se consideren irregulares.

2. La denuncia podrá ser anónima, con identificación del denunciante o con identidad reservada, cuando así se solicite, en este último caso, en los términos previstos en el artículo 24.

De no ser anónima o con identidad reservada, la denuncia podrá realizarse de forma presencial o vía Internet, a través del Registro de la Oficina.

3. La denuncia no producirá otro efecto que el de poner en conocimiento de la Oficina la supuesta comisión de hechos irregulares.

4. Las denuncias recibidas en los registros municipales, relativas al ejercicio de las funciones propias de la Oficina, serán inmediatamente remitidas a su Registro.

Sin perjuicio de lo anterior, las denuncias de las que pudieran derivarse única y exclusivamente responsabilidades disciplinarias del personal al servicio del Ayuntamiento de

Madrid, serán directamente remitidas a su Inspección General de Servicios.

5. En ningún caso se considerará al denunciante interesado en las actuaciones que la

Oficina inicie como consecuencia de su denuncia.

Art. 27. Actuaciones iniciales.—1. Con anterioridad al desarrollo de las actuaciones de inspección la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción desarrollará actuaciones iniciales con el fin de determinar, con la mayor precisión posible, los hechos, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otras.

2. Las actuaciones iniciales habrán de durar el tiempo indispensable para conocer las circunstancias del caso concreto, sin que puedan exceder del plazo máximo de treinta días desde su inicio o desde la presentación de la denuncia en el Registro de la Oficina.

3. La rectificación o ampliación de los datos aportados en la denuncia abrirá un nuevo plazo.

Art. 28. Actuaciones de inspección.—1. Las actuaciones de inspección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se iniciarán siempre de oficio, por iniciativa propia o por denuncia, previa

comprobación, mediante actuaciones iniciales, de la existencia de indicios razonables sobre la veracidad de los hechos o conductas.

A tal efecto, cuando los hechos aparezcan fundados y tras la ponderación de la intensidad, la proporcionalidad y la conveniencia de su inspección, la Oficina podrá acordar de oficio el desarrollo de las actuaciones de inspección, debiendo ser tal resolución objeto de motivación específica. En caso contrario, ordenará el archivo de las actuaciones iniciales.

2. El desarrollo de las actuaciones de inspección o el archivo de las actuaciones iniciales deberá adoptarse en el plazo fijado en el apartado 2 del artículo 27.

3. El archivo de las actuaciones iniciales será notificado al denunciante. La notificación no incluirá ningún dato relativo a las actuaciones iniciales practicadas.

Art. 29. Tipos de actuaciones de inspección.—1. Las actuaciones de inspección que lleve a cabo la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción podrán consistir en:

a) Requerimientos y peticiones de información o documentación en los términos y con los límites recogidos en el artículo 31.

b) Requerimiento a órganos de contratación y concedentes de subvenciones en los términos y con los límites recogidos en el artículo 32.

c) Visitas de inspección a centros de trabajo en los términos establecidos en el artículo 33.

d) Realización de entrevistas personales, según se establece en el artículo 34.

2. Cada una de las actuaciones realizadas será documentada mediante la emisión de un informe por el personal de la Oficina que la realice, que será incorporado al correspondiente expediente.

3. En el ejercicio de las actuaciones de inspección se podrán consultar el Registro Mercantil, el Registro de la Propiedad, la Oficina Virtual del Catastro y los demás registros públicos y privados en la medida que lo autorice la legislación vigente.

Art. 30. Plazo de duración de las actuaciones de inspección.—Las actuaciones de inspección se realizarán en un plazo máximo de seis meses, pudiendo ser ampliado este plazo por un período de tres meses, por resolución de la Dirección de la Oficina y si la naturaleza de los hechos inspeccionados así lo requiere.

Art. 31. Requerimientos y peticiones de información o documentación.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción podrá realizar requerimientos de información o documentación a las entidades y organismos previstos en el artículo 5, que deberán ser respondidos en un plazo máximo de diez días hábiles.

2. La Oficina podrá realizar peticiones de información o documentación a otras instituciones, Administraciones u organismos públicos y personas físicas o jurídicas privadas.

En tales casos, si existiera imposibilidad legal para facilitar la información o documentación requerida, la contestación a la petición

mencionará las Disposiciones legales o reglamentarias que así lo justifiquen.

Art. 32. Requerimiento a órganos de contratación y concedentes de subvenciones.— La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción podrá requerir a los órganos de contratación y concedentes de subvenciones del Ayuntamiento de Madrid y de las restantes entidades previstas en el artículo 5 la información que considere oportuna respecto de las actividades de personas físicas o jurídicas que sean concesionarias de servicios, perceptoras de subvenciones públicas, que ejecuten obras o que tengan atribuida la gestión de servicios públicos municipales por cualquier título, a efectos de comprobar el adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio, contrato o legislación aplicable.

Art. 33. Visitas de inspección a centros de trabajo.—1. El personal al servicio de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, debidamente acreditado, podrá realizar visitas de inspección a los centros de trabajo municipales sin previo aviso, en todos aquellos supuestos en que sea necesario para obtener la información que pueda resultar relevante.

2. En las visitas de inspección, el personal al servicio de la Oficina podrá comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes en los términos previstos en el artículo 34 o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria.

Art. 34. Entrevistas personales.—1. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción podrá convocar a una entrevista personal a

todas aquellas personas que puedan proporcionar información relevante respecto de los hechos que sean objeto de inspección.

2. La convocatoria a la entrevista se notificará con una antelación de quince días. No obstante, cuando concurren circunstancias de urgente necesidad, la notificación se podrá realizar en un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días.

3. En la notificación se harán constar los extremos sobre los que se requiere información, así como los derechos que asisten a la persona convocada.

Asimismo, se informará a la persona convocada del carácter voluntario de su comparecencia, de la posibilidad de realizar alegaciones y de acudir acompañada de la persona que ella designe, incluida la asistencia letrada.

Cuando la persona convocada tenga la condición de empleado público, podrá acudir acompañada del representante sindical que designe.

Art. 35. Conclusión de las actuaciones de inspección.—1. Una vez terminadas las actuaciones de inspección, la Dirección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, emitirá un informe razonado con las conclusiones de las actuaciones realizadas.

2. El informe razonado será remitido, en su caso, a la autoridad, Administración u organismo público competente para la adopción de las medidas que resulten oportunas.

3. La emisión del informe razonado será notificada a las personas que hubiesen sido objeto de actuaciones de inspección, que podrán

comparecer en las dependencias de la Oficina para tomar vista del mismo.

4. La emisión del informe será notificada al denunciante, con expresa indicación de la autoridad, Administración u organismo público a la que, en su caso, hubiese sido remitido.

El denunciante podrá acceder al contenido del informe solicitándolo, en su caso, ante dicha autoridad, Administración u organismo público y de conformidad con la legislación aplicable a cada uno de ellos.

Capítulo VIII

Recomendaciones, comparencias y memoria anual

Art. 36. Recomendaciones.—1. La Dirección de la Oficina, como consecuencia de las actuaciones de inspección realizadas, podrá dirigir recomendaciones razonadas, sugiriendo la modificación, anulación o aprobación de instrucciones o Disposiciones legales con la finalidad de evitar disfunciones o prácticas administrativas susceptibles de mejora, dentro de los supuestos y las áreas de riesgo de las conductas irregulares detectadas.

2. Las recomendaciones serán remitidas al Pleno municipal para su conocimiento y posterior traslado a los órganos municipales competentes, en la forma prevista en el artículo 22 bis del Reglamento Orgánico del Pleno, de 31 de mayo de 2004.

Art. 37. Comparencias.—1. La persona titular de la Dirección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción deberá comparecer ante el Pleno al menos una vez cada semestre y con ocasión de la presentación de la Memoria anual de actividad.

2. La comparecencia también podrá producirse a iniciativa de la propia Dirección cuando el carácter extraordinario o la urgencia de los asuntos así lo requiera, o a instancia de un grupo político municipal o de la quinta parte de los miembros del Pleno.

3. Las comparecencias se sustanciarán de conformidad con lo previsto en el artículo 98 bis del Reglamento Orgánico del Pleno, de 31 de mayo de 2005.

Art. 38. Memoria anual de actividad.—1. La Dirección de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción elevará al Pleno del Ayuntamiento, en los tres primeros meses de cada año y a través de la Comisión Permanente competente en materia de transparencia, una memoria anual de actividad.

2. La memoria anual de actividad recogerá número y tipo de actuaciones que se hayan tramitado en el año anterior, las observaciones que resulten del ejercicio de las funciones de la Oficina, la liquidación del presupuesto y la situación de su plantilla, y formulará las propuestas y recomendaciones que considere necesarias para mejorar la transparencia en la gestión municipal y garantizar la integridad y rectitud del personal al servicio de la Administración municipal.

3. La memoria deberá hacer mención de los expedientes tramitados por la Oficina que hayan sido enviados a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

4. En la memoria anual no se incluirán los datos personales que permitan la identificación de las personas afectadas hasta que no recaiga, en su caso, una resolución judicial firme.

En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se cumplirá lo dispuesto en el artículo 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA

Modificación del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.—(Sin contenido).

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Publicación y entrada en vigor.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3.e y f) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, la publicación, entrada en vigor y comunicación de este Reglamento se producirá en la siguiente forma:

- a) El acuerdo de aprobación y el Reglamento se publicarán íntegramente en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID y en el “Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid”.
- b) El Reglamento entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.
- c) Sin perjuicio de lo anterior, el acuerdo de aprobación se remitirá a la Administración General del Estado y a la Administración de la Comunidad de Madrid.

Madrid, a 23 de diciembre de 2016.—El secretario general del Pleno, Federico Andrés López de la Riva Carrasco.

(03/45.565/16)

Anexo II. Estudios-Informes

ESTUDIO-INFORME “DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE OCTUBRE DE 2019 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN, EFICACIA DE UNA DIRECTIVA NO TRANSPUESTA”.

Acuerdo Plenario Ayuntamiento de Madrid:

En la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de diciembre de 2021, fue aprobada en el punto 28 del orden del día, una proposición con la parte dispositiva detallada a continuación:

“1. Que, condicionado a la transposición de la Directiva Europea 2019-1937 a la legislación nacional, el ayuntamiento incluya como condición especial de ejecución la obligación de las entidades jurídicas del sector privado del cumplimiento de la citada directiva, y en particular el de implantar los canales de denuncia interna.

2. Instar a la Oficina Antifraude del Ayuntamiento de Madrid a realizar una revisión de los protocolos municipales actuales a la vista de la Directiva UE 2109/1937 y, en su caso, a elaborar una propuesta de protocolo para implantación de todas las medidas que contempla esta directiva y que afectan al sector público.

3. Que el Pleno inste al Área de Gobierno de Hacienda y Personal a estudiar con todos los grupos municipales una nueva instrucción de contratación para que en los pliegos de contratación del Ayuntamiento se incorpore como condición de ejecución de los adjudicatarios el que la empresa licitadora haya incorporado a su normativa interna el canal de protección hacia alertadores que prevé la Directiva 1937 del Parlamento y del Consejo relativa a la protección de las personas que informe sobre infracciones del derecho de la Unión más conocida como la Directiva Whistleblowing sin perjuicio de su adaptación cuando se transponga a la citada directiva.”

La exposición de motivos de la proposición señalaba “La Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del

Derecho de la Unión, más conocida como Directiva Whistleblowers, establece que el plazo de su transposición al ordenamiento jurídico interno finaliza el 17 de diciembre de 2021. Al haberse superado el plazo de transposición sin que ésta se haya producido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo el principio comunitario de efecto directo a las disposiciones de las directivas, siempre que sus preceptos sean suficientemente claros, precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos, los cuales serán directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, vinculando este efecto a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado. La transposición de las Directivas en España se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, el cual no ha sido aprobado todavía, por lo que el marco normativo contractual se delimita principalmente a través del texto refundido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y los preceptos de las Directivas que puedan tener efecto directo ya que éstos, en base al citado principio, desplazan la regulación nacional. Por todo lo anterior se considera necesario y oportuno incorporar a las Instrucciones de contratación vigentes nuevos criterios que deben ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación en los procesos de contratación pública del Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de que, una vez aprobada la ley por la que se trasponga al ordenamiento jurídico español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo anteriormente indicada, la Instrucción sea adaptada a las disposiciones de la nueva Ley. "

Habida cuenta de los términos de la proposición aprobada debemos, en primer lugar, hacer referencia a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. De conformidad con lo dispuesto en su artículo 28, la entrada en vigor se producía a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (26 de noviembre 2019), previendo en el artículo 26 la transposición y el período transitorio: "*Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales,*

reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021.”

Actualmente, la Directiva aún no ha sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español, lo que requiere una reflexión acerca de los efectos directos de las Directivas cuando no se ha producido la transposición a la legislación nacional, habiendo transcurrido el periodo legalmente establecido para ello. Sin perjuicio de que en el presente año 2022 sea aprobada la ley que la transponga, habida cuenta de que el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado, aprobado el pasado 11 de enero, así lo contempla.

Aplicación directa de las Directivas europeas:

Frente a la aplicación directa de los Reglamentos de la Unión Europea, las Directivas carecen de esa aplicación directa, debiendo ser objeto de transposición al derecho nacional, como queda establecido en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al señalar que *“La directiva obligará al Estadomembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”*. Si bien, cabe señalar que existen sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que atribuyen efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A este respecto serian de mención algunas sentencias del citado Tribunal:

- Sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81(Úrsula Becker), contiene una parte específica denominada *“En cuanto al efecto de las Directivas en general”*, en la que señala : *“De una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, últimamente, de la sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti (148/78,« Rec.*

p. 1629), resulta que si bien, en virtud de las disposiciones del

artículo 189, los Reglamentos son directamente aplicables y, consiguientemente, por su propia naturaleza, pueden producir efectos directos, eso no significa que otras categorías de actos contemplados por dicho artículo no puedan nunca producir efectos análogos." Añadiendo que "el Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica.

Así pues, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado".

- *Sentencia de 4 de diciembre de 1974(asunto 41/74 , Yvonne van Duyn): "si bien en virtud de las disposiciones del artículo 189 los Reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo, de ello no se deriva que otras clases de actos mencionados en dicho artículo nunca puedan tener efectos semejantes; que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 otorga a la Directiva excluir, en principio, la posibilidad de que los afectados puedan alegar dicha obligatoriedad".*

- *Sentencia de 5 de octubre de 2004 (asuntos acumulados C-397/01 a C- 403/01 ,Bernhard Pfeiffer y otros) , "de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (véanse, en particular, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci, asuntos acumulados C-6/90 y C-*

9/90, Rec. p. I-5357, apartado 11, y de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Rec. p. I-6235, apartado 25)”

La referencia al derecho de la Unión Europea podemos encontrarla también en sentencias de nuestros órganos judiciales:

-Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 26 de noviembre de 2019 (procedimiento 00-03608-2017):

“el derecho de la Unión Europea constituye un verdadero ordenamiento jurídico entendiéndolo como algo más que un acuerdo generador de obligaciones recíprocas entre los Estados miembros, desde el momento en que éstos reconocen que este derecho puede ser alegado por sus nacionales ante los órganos jurisdiccionales internos, según se recoge en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 (asunto C-26/62, Van Gend & Loos). En esta sentencia paradigmática, el Tribunal de Justicia de la Unión concluye, por una parte, que el derecho de la Unión es autónomo respecto de la legislación de cada Estado miembro, y por otra, que la Unión constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales. La concepción como verdadero ordenamiento jurídico se reafirma en la Sentencia del entonces TJCE, de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64, Costa-ENEL). Dicho principio de primacía del Derecho de la Unión impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro, la obligación de dar eficacia plena a la norma de la Unión, como se desprende la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de junio de 2001 (asunto C-118/00, Lasy).
(...)

En cuanto al principio de eficacia directa, esta requiere, por una parte, que el acto jurídico, la norma, contenga obligaciones concretas en términos inequívocos, claros y precisos, sin ambigüedades y, de otra, que se trate de una norma imperativa, no discrecional, incondicionada, circunstancia que concurre cuando las obligaciones que contiene la norma no están sujetas a requisito alguno ni supeditadas, en su ejecución o efectos, a que se adopte ningún acto

por las Instituciones de la Unión o del Estado Miembro.

Por lo que respecta a las Directivas, aunque requieren transposición al ordenamiento interno, no pierden eficacia directa ya que desde la fecha de su vigencia el Estado miembro, destinatario de la Directiva, queda obligado a cumplir el mandato y objetivo que se pretende, pero carecen de efecto directo desde el momento en que necesita de la intervención del Estado mediante la transposición, por lo que no es una norma que se pueda invocar por los nacionales. Por otra parte, cuando la Directiva haya quedado transpuesta eficazmente, la norma que se puede invocar es la resultante de la transposición. Cuestión diferente es que se admita que la Directiva pueda invocarse con eficacia cuando el Estado no haya cumplido el deber de transposición en el plazo que tenía para ello, o por expiración del plazo para su aplicación, o cuando la transposición se haya hecho de modo insuficiente o deficiente, pero siempre que la Directiva cumpla los dos requisitos básicos para el reconocimiento de eficacia directa: precisión e incondicionalidad.”

Así pues, el efecto directo de las directivas se producirían en aquellas de sus disposiciones que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia europeo: precisión e incondicionalidad.

Ahora bien, dicho efecto directo vertical sería predicable cuando son los particulares quienes reclaman la aplicación de la Directiva frente al Estado, que no la ha transpuesto. Estaríamos ante un efecto directo vertical ascendente. No sería admisible el efecto directo vertical descendente, en el que es el Estado es quien invoca el contenido de la Directiva a los particulares, dado que es él quien no ha dado cumplimiento a la obligada transposición de la directiva.

Ni el derecho comunitario ni la doctrina del Tribunal de Justicia admiten el efecto vertical inverso o descendente, es decir, la posibilidad de que un Estado invoque los preceptos de una Directiva no transpuesta al ordenamiento interno. La eficacia directa de la directiva no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada. El Estado no puede ampararse en su propio incumplimiento para aplicar la directiva. Podemos citar, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 5 de abril de 1979 (asunto 148/78,

Ratti)“ el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica”.

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

Como ya se ha indicado, esta Directiva aún no ha sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español, habiendo finalizado el plazo establecido para ello, el pasado 17 de diciembre. Puede observarse que hubo una consulta pública del Ministerio de Justicia sobre la citada transposición, dirigida a los ciudadanos, organizaciones y asociaciones que así lo consideraran, para que hicieran llegar sus alegaciones. La consulta presentaba ocho cuestiones en las que la Directiva concede margen de discrecionalidad para cumplir sus prescripciones. El plazo de alegaciones finalizaba el de 27 de enero de 2021. Actualmente carecemos de más datos al respecto.

Aquellos preceptos de la Directiva que reúnan los requisitos señalados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo podrán ser de aplicación directa, una vez finalizado el plazo de transposición sin que la misma haya sido llevada a cabo. Debemos mencionar, por un lado, las sentencias que se están dictando en España en las que se hace referencia a esa eficacia de la Directiva y, por otro lado, el Catálogo de Derechos de la Persona Alertadora- Denunciante, elaborado por la Red Estatal de Oficinas y Agencias Antifraude de fecha 15 de diciembre de 2021, en la que participa la Oficina Municipal contra el Fraude y al Corrupción de este Ayuntamiento.

En cuanto a las sentencias nacionales, podemos citar las siguientes:

- Sentencia 35/2020, de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Madrid de 6 de febrero de 2020:

“...resulta notablemente interesante que en el periodo de los hechos probados se lleve a cabo una mecánica de actuación ad intra en el seno de la empresa que ha sido recientemente regulada en el denominado "canal de denuncias interno" o, también denominado

Whistleblowing, y que ha sido incluido en la reciente Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En efecto, se hace constar en esta Directiva comunitaria que los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos.... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo.

Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como "notitia criminis" se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciadores, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia.

En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia,

que la implantación de este canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma”

- Sentencia 227/2021, de 22 de abril, de la Sección Primera de la Sala de los Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

“La necesidad de asegurar protección constitucional a los denunciantes de irregularidades ha llevado a encajar tal protección en la garantía de indemnidad en el ámbito de la jurisdicción social (STSJ Madrid 853/2017, de 13 de septiembre, Rec. 525/2017 - trabajadora de la industria farmacéutica despedida por denunciar la existencia de uso de fármacos fuera de la indicación de estos; STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril, Rec. 516/2019-trabajador de la Administración Pública despedido tras denunciar la existencia de irregularidades, tales como presentación de facturas por empresas no contratadas, contratación irregular de empresas, etc.-

; STSJ Cataluña 8235/2007, de 22 de noviembre, Rec. 5513/2007 - trabajador despedido tras denunciar la existencia de irregularidades contables, facturas falsas-

; STSJ Asturias 2952/2007, de 29 de junio, Rec. 3697/2006 - trabajador que denuncia ante la Administración sanitaria y medioambiental la existencia de la actuación empresarial consistente en calificar agua envasada como mineral, cuando en realidad se trataba de agua de otra categoría-; STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril, Rec. 516/2019 -trabajador que remite un informe denunciando el incumplimiento de la normativa de transparencia la presentación de facturas ficticias o la existencia de contrataciones irregulares-; o de la STSJ Galicia 4272/2018, de 15 de noviembre, Rec. 2826/2018-denuncia presentada ante la AEPD-).

Resulta oportuno hacer al hilo de estas reflexiones una breve referencia a la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Entre sus considerandos, se destaca el especial papel de los denunciantes de irregularidades, dado que en su condición de trabajadores son los primeros en tener conocimiento de las mismas, por lo que desempeñan un papel fundamental en la lucha contra dichas irregularidades.

La Directiva señala, asimismo, que uno de los principales impedimentos de tal actuación de denuncia suele ser el temor a represalias (considerando 1) y resulta llamativo que al delimitar su ámbito material de aplicación, se incluyan las infracciones propias del ámbito de la contratación pública (artículo 2.1.a.i). Además, la Directiva establece expresamente que los motivos del denunciante no deben ser tenidos en cuenta, bastando con que su actuación se enmarque dentro de la buena fe (considerando 32) y que la información sea veraz en el momento de la denuncia, siempre que plantee dudas o sospechas razonables (artículo 6.1.a), ya lo hagan a través de autoridad externa- (artículo 6.1.b).

En cuanto a la protección de los denunciantes, la Directiva apuesta por la necesidad de implementar medidas de protección efectiva para evitar represalias contra los mismos (considerandos 87 y siguientes). Tras elaborar un amplísimo listado de actuaciones prohibidas (artículo 19), establece diversos mecanismos de protección, entre los que destaca la distribución de la carga de la prueba en tales supuestos, exigiendo que sea quien impone la medida perjudicial el que deba acreditar que su actuación se encuentra desvinculada de la denuncia (artículo 21.5). La reparación de los denunciantes debe ser íntegra (artículos 21.8 y 23.2), real, efectiva y disuasoria, hasta el punto de establecerse que "proporcionar una indemnización como alternativa a la reincorporación en caso de despido podría dar lugar a una práctica sistemática, en particular en las organizaciones de mayor tamaño y, por tanto, tener un efecto disuasorio en denunciantes futuros" (considerando 95)."

Por tanto, y conforme a lo que se dispone en el derecho comunitario, así como en las sentencias del tribunal europeo, los tribunales nacionales españoles están aplicando los criterios previstos en la Directiva, cuando son invocados por particulares frente a la Administración.

Por su parte, la Red Estatal de Oficinas y Agencias Antifraude se ha planteado el posible efecto directo de aquellos preceptos de la Directiva que configuran de manera clara, incondicional y precisa derechos para las personas alertadoras o denunciantes. Los trabajos y reflexiones de la Red han dado lugar a la elaboración de un Catálogo de derechos de la persona alertadora-denunciante, con fecha 15 de diciembre de 2021. Trabajo que, por su utilidad y elevado grado de detalle, consta anexado al presente informe. Documento que puede ser tenido en cuenta en relación con el apartado 2º del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento.

Directiva y contratación pública

El artículo 2 de la Directiva 2019/1937 concreta su ámbito de aplicación material: "1. La presente Directiva establece normas mínimas comunes para la protección de las personas que informen sobre las siguientes infracciones del Derecho de la Unión: a) infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el anexo relativas a los ámbitos siguientes: i) contratación pública"

La aplicación de los objetivos de la Directiva citada a la contratación pública viene señalada de manera expresa en la propia Directiva, así queda manifestado en su Considerando 6:

"La protección de los denunciantes es necesaria para mejorar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Es necesaria, no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras en relación con la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios." Queda completado, en este ámbito, con su Considerando 52," a fin de garantizar, en particular, el respeto de las normas de contratación pública en el sector público, la obligación de establecer canales de denuncia interna debe aplicarse a todas las autoridades contratantes y entidades contratantes a nivel local, regional y nacional, pero de forma que guarde proporción con su

tamaño”.

El objetivo previsto en la Directiva, la protección los denunciantes y alertadores, se alinea con la normativa de la Unión Europea que favorece el cumplimiento normativo o Compliance. En la prevención de infracciones del Derecho de la Unión es determinante que quienes están dentro de cada empresa u organización tengan la capacidad de poner de manifiesto las amenazas o daños, tanto en el sector público como privado. La creación de canales de denuncia internos, junto con la protección efectiva de quienes los utilizan favorecen el cumplimiento normativo. Dichos canales de denuncias son parte de los programas de cumplimiento con los que pueden contar las personas jurídicas para acogerse a la exención, o atenuación, establecida en el artículo 31 bis del Código Penal. Es oportuno recordar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está excluida con relación a las Administraciones públicas territoriales. Así, dispone el apartado primero del artículo 31 quinquies del Código Penal, introducido por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado ni a las Administraciones públicas territoriales...” Cuestión distinta sucede con las Sociedades mercantiles públicas, a las que se refiere el apartado segundo de ese mismo artículo disponiendo: “En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33...” (que se refieren a las penas de multa e intervención judicial).

Ello quiere decir, que las sociedades mercantiles públicas podrán ser responsables penalmente en los supuestos previstos en el artículo 31 bis y en relación a los delitos tasados que pueden cometer las personas jurídicas como también podrán beneficiarse de la exención de responsabilidad penal prevista en el artículo 31 bis si antes de la comisión del delito han adoptado modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativas el riesgo de su comisión, así como beneficiarse de una atenuación igualmente en los casos previstos. Se señala como una de las condiciones que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelode

prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control.

Lo que se acaba de dejar expuesto nos plantea la conveniencia de potenciar el establecimiento de programas de cumplimiento o *compliance programe* en las sociedades mercantiles municipales y que se cree un órgano dentro de la sociedad mercantil (*compliance officer*), con poderes autónomos de iniciativa y de control suficientes para la correcta implementación de estos programas. No cabe duda de que con todo ello se potenciaría la integridad y las buenas prácticas de las sociedades mercantiles municipales.

Condiciones especiales de ejecución de contratos

La Directiva 2014/24, en su considerando segundo, establece que: "La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos". En su artículo 70 regula las condiciones especiales de ejecución: "los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo".

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en su artículo 1.3 dispone que en toda contratación pública "se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos".

La regulación propiamente dicha de las condiciones especiales de ejecución se encuentra en el artículo 202 de la LCSP. Este precepto

va más allá que la propia Directiva al establecer el carácter obligatorio de al menos una condición especial de ejecución en el pliego de cláusulas administrativas particulares:

“Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

- 1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

Asimismo en los pliegos correspondientes a los contratos cuya ejecución implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista será obligatorio el establecimiento de una condición especial de ejecución que haga referencia a la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, advirtiéndose además al contratista de que esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

- 2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.*

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del

reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productosa granel y la producción ecológica

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

- 1. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa*

de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71

2. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.”

Son, pues, características de las condiciones especiales de ejecución:

- Deben estar vinculadas al objeto del contrato.
- Deben ser adecuadas a la naturaleza de la prestación contratada.
- Se deben referir a obligaciones a cumplir por el adjudicatario durante la ejecución del contrato y no podrán consistir en especificaciones técnicas, ni pueden referirse a los criterios de adjudicación.
- No ser discriminatorias
- Ser compatibles con el Derecho comunitario
- Estar reflejadas en los pliegos del contrato, así como en el anuncio de licitación
- Tipos de cláusulas y finalidades que persiguen: Estas cláusulas pueden referirse a cualquiera de los siguientes aspectos (siempre deben estar relacionados con el objeto del contrato):
 - Consideraciones económicas, que pudieran estar referidas a la lucha contra el fraude o a favorecer la transparencia
 - Relacionadas con la innovación, o impulsar el uso de tecnologías
 - Tipo medioambiental
 - Tipo social o relativas al empleo

Es importante no confundir las condiciones especiales de ejecución con el resto de las obligaciones legales que pueden emanar de las legislaciones sectoriales. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 1071/2018, resume las diferencias entre ambas:

Sobre las obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social:

- Son de preceptiva observancia aplicables en cada caso con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato;
- No son condiciones especiales de ejecución porque, a diferencia de éstas, son obligaciones legales, lo que significa que se aplica y exigen per se, por imperativo legal, y están ya establecidas, por lo que no hay que establecerlas en lugar ni momento alguno;
- Pueden atender a finalidades muy diversas, no únicamente las recogidas expresamente en el art. 202;
- Son de general aplicación a la actividad de la empresa y en concreto, de la contratista;
- El órgano de contratación debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones legales y para comprobar su cumplimiento (art. 201 LCSP).

Sobre las condiciones especiales de ejecución:

- Son obligaciones distintas de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP);
- Se pueden establecer para atender diversas finalidades como son promover, eliminar, favorecer, garantizar, etc. esas finalidades que enumera la Ley;
- Se vinculan a la ejecución del objeto del contrato, que es la ejecución de la prestación debida o conducta a que se obliga el contratista y se ciñen a esa ejecución de la prestación o a los factores que intervienen en ella;
- Tienen fines de promoción, impulso, favorecimiento, evitación, etc. y carácter potestativo, siempre vinculadas a procurar la satisfacción de dichos fines en la ejecución de la prestación debida por el contratista, por lo que su establecimiento y configuración es, en principio, facultativa.

Por tanto, debe prestarse atención, entre otras cosas, al objeto del contrato y la normativa sectorial aplicable a la hora de definir las condiciones especiales de ejecución en un expediente de licitación.

Asimismo, y complementariamente, cabe hacer una breve referencia a la diferencia entre los criterios de ejecución y los de valoración, para ello cabe hacer alusión al Informe n.º 1/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al señalar que:

–“Los criterios de valoración son aquellos que permiten, mediante una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas en los aspectos propios de cada criterio, ponderar y clasificar adecuadamente aquellas. Pueden ser dependientes de un juicio de valor o de la aplicación de una fórmula, deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 145 LCSP y en particular han de estar vinculados al objeto del contrato en el sentido del apartado 6 de dicho artículo y han de evitar ser discriminatorios respecto de los potenciales participantes en el procedimiento de selección del contratista.

– Las condiciones especiales de ejecución del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato.”

Visto lo anterior, habría que hacer la reflexión sobre si sería posible incorporar como condición especial de ejecución de un contrato que los ofertantes cumplieran los términos previstos en la Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Sin duda el contenido de la Directiva contribuye a la prevención contra el fraude y la corrupción, y aquellos de sus preceptos que reúnan las características de precisión e incondicionalidad, previstas por la jurisprudencia comunitaria, podrán ser exigibles por los particulares. No obstante, ¿y a la inversa?, es decir, ¿es posible imponer una condición especial ejecución a los particulares cuando la directiva aún no ha sido aun objeto de transposición? ¿Estaríamos ante un posible

efecto directo descendente, no admitido por el derecho comunitario y la jurisprudencia del tribunal europeo?

Por otra parte, si lo que se pretende es incorporar a la gestión contractual de fondos públicos medidas preventivas y garantías de la lucha contra el fraude y la corrupción, cabría valorar que las condiciones a imponer a los contratistas traigansu causa no ya de la Directiva mencionada, al menos hasta que no haya sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, sino de los preceptos actualmente vigentes de la LCSP.

A este respecto, cabe hacer mención del contenido del art. 64 LCSP, que exige a los órganos de contratación la adopción de medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y recordar que dicha ley ha sido objeto de desarrollo a nivel autonómico. Un ejemplo real de esta posibilidad, es la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público en la Comunidad de Aragón, en su art. 25, modificado en leyes posteriores (Ley 5/2005 de Integridad y Ética Pública), que regula los protocolos de legalidad para los licitadores, en el que se dispone que los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, bajo pena de exclusión de la licitación, el compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. En el País Vasco, podemos citar el Decreto Foral 33/2018, de 13 de mayo, de la Diputación Foral de Bizkaia, fundamento de la "Guía Práctica para la contratación administrativa", y que prevé en su cláusula 18, la incorporación de la Compliance penal como condición especial de ejecución. Por su parte, la Diputación Foral de Gipuzkoa, tiene aprobado un Código de Conducta aplicable a la contratación pública, que prevé la incorporación de los compromisos recogidos en ese Marco de Integridad, como condición especial de ejecución en dichos contratos.

Por último, y en lo que al aspecto que nos ocupa se refiere, la Oficina Municipal contra el Fraude y Corrupción de Madrid mantiene esta posición, ya expresada en comparecencia pública. Ciertamente, como ya se ha dejado expuesto con anterioridad, existe la posibilidad de que se pueda exigir, en las cláusulas administrativas particulares,

que las empresas que pretendan ser licitadoras y que se les adjudique el contrato, se comprometan a adoptar programas de cumplimiento normativo. Ello plantea el tema de los límites en la introducción de condiciones y exigencias en los pliegos de cláusulas administrativas. Se puede encontrar apoyo legal a la posibilidad de introducir, como condición en los expedientes de contratación, que los licitadores tengan o se comprometan a tener programas de cumplimiento. La exigencia de programas de *compliance* a los licitadores es un nuevo instrumento de prevención que permitiría la LCSP. Sería posible exigir a los licitadores a través del respectivo expediente de contratación, el compromiso de contar con un programa de cumplimiento normativo, que esté vinculado al objeto del contrato -art. 145 LCSP- y que esté expresamente previsto en el anuncio de licitación y en los pliegos, en los que se podría establecer su carácter vinculante y ello permitiría la imposición de penalidades conforme a lo previsto en el artículo 192.1 LCSP, artículo en el que se dispone que los pliegos o el documento descriptivo podrá prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Y este último precepto se refiere a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, estableciendo que los "órganos de ejecución podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos". Se ha hecho antes mención a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público en la Comunidad de Aragón, en su art. 25, modificado en leyes posteriores (Ley 5/2005 de Integridad y Ética Pública), que regula los protocolos de legalidad para los licitadores, en el que se dispone que los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, bajo pena de exclusión de la licitación, el compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las

distorsiones de la competencia. Por otra parte, supondría dar cumplimiento al mandato del art. 64 de la LCSP en el que se dispone:
1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

A los beneficios de la introducción de programas de *compliance* se ha referido la Sala Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 365/2018, de 18 de julio, en la que se relaciona la adopción con antelación suficiente por las empresas de medidas de *compliance* con el buen gobierno de la administración en las empresas y se declara que "la introducción de los programas de *compliance* en las mismas evitaría casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance programme*, como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados."

Añade la sentencia que "una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas".

Especial referencia a los Fondos Next Generation de la Unión Europea

Respecto a los Fondos Europeos regulados en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) se establece en el artículo 6 de la misma la exigencia de un "Plan de medidas antifraude", que se justifica por la necesidad de proteger los intereses financieros de la Unión Europea. Este "Plan de medidas antifraude" se superpone con otros mecanismos que también deben establecerse con la misma finalidad. Es el caso, por ejemplo, del establecimiento de canales de denuncia

previstos en los arts. 7-8 y 9-10 Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. También podemos citar la Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2019, por la que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública, para los casos en que se detecta que en la adjudicación del contrato existió un conflicto de intereses oculto o inadecuadamente mitigado.

La Orden de Hacienda contiene algunos rasgos sobre el Plan:

1.- Realización de una autoevaluación de la entidad y determinación de la situación de partida.

2.- Identificación de los riesgos que pueden acaecer durante la ejecución de las medidas de PRTR. Evaluación de estos, su impacto y la probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del PRTR.

3.- Diseño y establecimiento de un conjunto de medidas en torno a los cuatro elementos clave del denominado "ciclo antifraude": prevención, detección, corrección y persecución del fraude, y para evitar la corrupción y los conflictos de intereses. En particular, la elaboración de un código de conducta ante el fraude y de unos indicadores de este (*red flags*).

4.- Revisión del instrumento (y eventualmente corrección) con carácter bienal o anual según el riesgo de fraude y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal, mientras dure la ejecución de las medidas del PRTR a las que aplica.

5.- Diseñar un procedimiento para abordar los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en ejecución de las medidas y proyectos del PRTR. Eventualmente también se puede incluir el auxilio en la tramitación de esos procedimientos.

6.- Diseñar un procedimiento para gestionar los casos de fraude que se puedan dar, así como auxiliar en su tramitación.

7.- Diseño y ejecución de acciones formativas para el desarrollo de una cultura ética y prevenir el fraude en el seno de la organización.

8.- Establecimiento y gestión de **canales de denuncia** de casos de fraude, corrupción o conflictos de intereses.

Asimismo, en relación con los citados Fondos, conviene hacer referencia a la instrucción, de 23 de diciembre de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia:

“Las exigencias establecidas en las Órdenes Ministeriales objeto de la presente Instrucción resultan obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público en los contratos financiados con fondos procedentes del PRTR. En relación con los contratos públicos podemos resumir tales obligaciones del modo siguiente:

[...]

c) Resulta obligado realizar una evaluación del riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés aplicada al contrato público en cuestión. Con este fin, los órganos de contratación habrán de realizar las siguientes actividades, siempre en la fase de preparación del contrato:

i) La cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (...)

(ii) Acreditar la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses y fraudes que comprenda las medidas de prevención, detección, corrección y persecución apropiadas. (...)

Aspectos a incluir en los pliegos rectores del contrato.:

[...]

c) En los pliegos se habrá de incluir necesariamente una referencia expresa a la obligatoria aplicación al contrato en cuestión del plan de medidas antifraude y anticorrupción –incluyendo el conflicto de

intereses correspondiente al contrato, que habrá de haberse aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora.

Esta obligación se impone con el fin de garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Se recuerda nuevamente que estas medidas serán obligatorias a medida que se aprueben los correspondientes Planes de medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021.

d) En los pliegos se habrá de incluir necesariamente la obligación de cumplimiento de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) por todas las personas obligadas a ello.

Tal obligación refuerza la exigencia imperativa del cumplimiento de tal obligación para el contratista una vez que se haya formalizado el contrato. Se recomienda que se prevean penalidades para el incumplimiento de esta obligación. También es posible configurarla como una obligación contractual esencial y calificarla como causa de resolución del contrato. En la medida en que la resolución del contrato puede aparejar un importante retraso y atendiendo al tipo de contratos de que estamos tratando, cuya ejecución puede tener que estar finalizada en un plazo limitado, la inclusión de una causa de resolución por esta causa se producirá únicamente en supuestos excepcionales en que tal retraso no suponga, desde este punto de vista, un perjuicio significativo para la entidad contratante.”

Así pues, y del contenido de esta Instrucción, si entendemos que el Plan de Medidas Antifraude exigido es preceptivo, dado su carácter legal, estaríamos ante una obligación legal y no una condición especial de ejecución. El establecimiento de canales de denuncia es, junto a otras medidas, un mecanismo de prevención y detección del fraude y la corrupción, de obligado cumplimiento.

Asimismo, conviene hacer referencia al documento denominado “Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referido en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan

de Recuperación, Transformación y Resiliencia". Elaborado por la Secretaria General de Fondos Europeos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y fechado el 24 de enero de 2022, sirve de referencia y ayuda para definir un modelo sistema de gestión del riesgo de fraude en la ejecución del referido Plan. En el documento se contienen consideraciones organizativas, que a modo de sugerencia define la configuración y funciones de las unidades decisoras y ejecutoras, incluyendo el nivel local, así como procedimientos para el tratamiento de posibles conflictos de interés, contribuyendo al diseño de estrategias en la lucha contra el fraude.

Canal denuncias de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción

En el marco de la Directiva, su Considerando 33, hace referencia a los canales de las denuncias, en los siguientes términos: *"los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público"*

En el ámbito municipal de Madrid, no está de más recordar que el Ayuntamiento de Madrid dispone de ese canal de denuncias que está previsto en el artículo 26 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción:

Artículo 26. Presentación de denuncias.

- 1. Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá presentar en el Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción denuncias en las que se describan los hechos que se consideren irregulares.*
- 2. La denuncia podrá ser anónima, con identificación del denunciante o con identidad reservada, cuando así se solicite, en este último caso, en los términos previstos en el artículo 24.*

De no ser anónima o con identidad reservada, la denuncia podrá realizarse de forma presencial o vía Internet, a través del Registro de la Oficina.

3. La denuncia no producirá otro efecto que el de poner en conocimiento de la Oficina la supuesta comisión de hechos irregulares.

4. Las denuncias recibidas en los registros municipales, relativas al ejercicio de las funciones propias de la Oficina, serán inmediatamente remitidas a su Registro.”

CONCLUSIONES:

- La Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión aún no ha sido objeto de transposición al derecho nacional español, por lo que conforme al derecho comunitario y a la jurisprudencia del tribunal europeo, solo serían invocables frente al Estado (Administración) aquellos preceptos que reúnan las características de ser precisas e incondicionales. No es admisible el efecto directo vertical descendente, es decir, no pueden ser impuestas por la Administración a los particulares. Por lo tanto, la incorporación obligatoria en contratos públicos de los preceptos de la Directiva sería cuestionable. No podría imponerse por la Administración a los particulares, personas físicas o jurídicas, las disposiciones de una Directiva no transpuestas.
- La adopción de medidas de lucha contra el fraude y corrupción en la gestión contractual de fondos públicos debería enmarcarse en las disposiciones actualmente vigentes en la LCSP.
- Los programas de cumplimiento normativo o Compliance deben introducirse en la contratación pública, como medida preventiva del fraude y la corrupción, en beneficio de la integridad en la contratación
- Habida cuenta de que los canales de denuncias y la protección a

- denunciantes forman parte y complementan un objetivo de cumplimiento normativo, podría valorarse el estudio de la inclusión de cláusulas en los contratos públicos municipales que favorezcan dicho objetivo.
- En nuestro ámbito municipal, se encuentra operativo el canal de denuncias previsto en el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, como apoyo y refuerzo de las garantías para denunciantes en materia de riesgos para el interés público municipal.

ESTUDIO-INFORME “MEDIDAS ANTIFRAUDE Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA GESTIÓN DE FONDOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA GUÍA PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE EN LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA”.

En una gestión eficiente y transparente de fondos públicos, la prevención y el control en materia de fraude y corrupción constituyen piedras angulares para la óptima consecución del interés general. Las medidas de prevención en la materia forman parte del elenco de normativa reguladora de la gestión pública.

En el ámbito europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge, en su artículo 325, la obligación para el Parlamento Europeo y el Consejo de adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

Las operaciones que afectan a los fondos de la Unión Europea se rigen por las normas de gestión financiera descritas en su Reglamento Financiero, así como en los respectivos programas de financiación.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento Financiero, recogen los principios de buena gestión financiera y la aplicación de un control interno efectivo y eficiente, que incluye la prevención, detección, corrección y el seguimiento de los fraudes y otras irregularidades.

Los principios inspiradores y la regulación de la gestión de fondos europeos son un referente necesario incluso en la gestión de fondos públicos que no tienen dicha procedencia.

Los sistemas de gestión de fondos públicos, contratación, subvención, convenio y encargos a medios propios, tienen su regulación en el derecho español, y la financiación de presupuesto con cargo a fondos europeos supone asumir los requisitos,

obligaciones y objetivos establecidos en la normativa europea de aplicación a los proyectos de que se trate.

El impacto económico y social en el conjunto de los países de la Unión Europea derivado de la pandemia internacional provocada por la COVID-19 supuso que *“El Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, consciente de la necesidad en este momento histórico de un esfuerzo sin precedentes y de un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea, acordó un paquete de medidas de gran alcance.”* Tal y como queda reflejado en la exposición de motivos 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.

El artículo 21 del citado texto legal, señala que *“el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, en el ejercicio de sus funciones para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea frente al fraude, la corrupción o cualquier otra actividad ilegal, promoverá las labores de prevención, detección e investigación del fraude que sean precisas, manteniendo a estos efectos las relaciones necesarias con los órganos de gestión y control.”*

Estos Fondos “Next Generation EU” quedan regulados en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), contenido en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 donde se disponen los objetivos de dicho Mecanismo, su financiación, las modalidades de la financiación de la Unión en el marco de este y las normas para la concesión de dicha financiación. Y en cuyo artículo 22 se imponen obligaciones para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

La regulación concreta de los referidos Fondos queda establecida en dos Ordenes:

1.-Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) se establece en el artículo 6 de la misma la exigencia de un “Plan de medidas antifraude”, que se

justifica por la necesidad de proteger los intereses financieros de la Unión Europea

La Orden de Hacienda contiene algunos rasgos sobre el Plan:

- Realización de una autoevaluación de la entidad y determinación de la situación de partida.
- Identificación de los riesgos que pueden acaecer durante la ejecución de las medidas de PRTR. Evaluación de estos, su impacto y la probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del PRTR.
- Diseño y establecimiento de un conjunto de medidas en torno a los cuatro elementos clave del denominado "ciclo antifraude": prevención, detección, corrección y persecución del fraude, y para evitar la corrupción y los conflictos de intereses. En particular, la elaboración de un código de conducta ante el fraude y de unos indicadores de este (*red flags*).
- Revisión del instrumento (y eventualmente corrección) con carácter bienal o anual según el riesgo de fraude y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal, mientras dure la ejecución de las medidas del PRTR a las que aplica.
- Diseñar un procedimiento para abordar los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en ejecución de las medidas y proyectos del PRTR. Eventualmente también se puede incluir el auxilio en la tramitación de esos procedimientos.
- Diseñar un procedimiento para gestionar los casos de fraude que se puedan dar, así como auxiliar en su tramitación.
- Diseño y ejecución de acciones formativas para el desarrollo de una cultura ética y prevenir el fraude en el seno de la organización.
- Establecimiento y gestión de canales de denuncia de casos de fraude, corrupción o conflictos de intereses.

2.- Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a

proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Respecto a la Orden HFP/1030/2021, el ministerio de Hacienda, a través de la Secretaría General de Fondos Europeos, publicó el 24 de enero de 2022, el documento denominado "Orientaciones para el refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", Documento que tiene por objeto proporcionar referencias sobre el Plan de medidas antifraude configurado como obligatorio en la citada Orden, conteniendo un Modelo de medidas Antifraude en su Anexo I.

Por su parte, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) de la Intervención General de la Administración del Estado, en su función de coordinación general a nivel nacional de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, ha elaborado la "Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia".

La Guía concreta los aspectos básicos de la evaluación de riesgos, proporcionando herramientas para su implementación, así como la formulación de recomendaciones en relación con medidas concretas en materia de prevención, detección y corrección. Se trata de un documento cuyo contenido puede ser de utilidad, acercándonos a herramientas para la evolución de riesgos de la gestión, medidas y sistemas de control.

Señala la Guía que los planes de medidas antifraude deben incluir necesariamente "...la evaluación del riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflictos de Intereses (DACI) y la disponibilidad de un procedimiento para abordar los conflictos de intereses", dejando "la elección de las medidas de prevención y detección a juicio de la entidad que asuma la responsabilidad de gestión, atendiendo a sus características específicas y siempre teniendo en cuenta la necesidad de garantizar

una conveniente protección de los intereses de la Unión” (artículo 6.4 en relación con los apartados 5.c) y 5.i) del artículo 6 de la Orden de gestión del PRTR).

Como aspecto preliminar, recomienda la utilización de los modelos de evaluación de riesgos que ya estuvieran implementados por las entidades decisoras y ejecutoras en sus sistemas internos de control; así como que el equipo evaluador sea multidisciplinar; la revisión anual, al menos, de la herramienta de evaluación; y que sean tenidos en cuenta los resultados de las auditorías y controles.

El Anexo I de la Guía, a título orientativo, contiene una matriz de riesgo. Para cada uno de los métodos de gestión (contratos, subvenciones, convenio y encargos a medios propios), recoge distintos riesgos posibles, con propuesta de indicadores y controles. Dicha propuesta se expresada a título de ejemplo o sugerencia, pudiendo resultar de interés el detalle de descripción de riesgos y controles.

Cuatro son los riesgos con respecto a los cuales han de adoptarse medidas en los sistemas de control interno, tendentes a la prevención, detección y corrección: fraude, corrupción, conflicto de intereses y doble financiación (artículo 22 del Reglamento del Mecanismo).

Con respecto a los conflictos de intereses, se incorpora modelo de Declaración de Ausencia de Conflictos de Intereses (DACI), recomendando su suscripción por todos los agentes o intervinientes implicados.

En relación con la doble financiación, convendría la identificación de las fuentes de financiación de los diferentes proyectos, subproyectos o líneas de acción en el sistema de información de gestión y seguimiento del Plan. En este último aspecto, los controles no solo deben ceñirse a autodeclaraciones, debiendo existir verificaciones cruzadas y una adecuada coordinación con otros órganos responsables. Como una herramienta de especial interés para la prevención y detección de la doble financiación, recomienda la realización de consultas a diferentes bases de datos y sistemas de información: Arachne (herramienta de la Comisión europea), la

Plataforma de Intermediación de Datos (administraciones públicas españolas), Registro de Titularidades Reales del Colegio de Registradores, o la Base de Datos de Titularidad Real del Consejo General del Notariado, entre otras.

Hace especial referencia la Guía a los códigos éticos o de conducta aprobados. El Ayuntamiento de Madrid dispone de un Código de Buenas Prácticas Administrativas, aprobado por Acuerdo de 4 de diciembre de 2008 de la Junta de Gobierno. En los objetivos estratégicos del Programa Operativo vigente, puede observarse que existe compromiso de "aprobación de un código de buenas prácticas en los servicios públicos municipales", y "aprobación de un código de buenas prácticas de las empresas municipales". Instrumentos ambos, que apoyarán la defensa de la ética pública y el buen gobierno.

La constitución de una Unidad antifraude, con conocimiento y experiencia en la materia, y dotada de autonomía, queda a decisión de la entidad gestora, dependiendo de las dimensiones y características de la misma, describiendo la Guía las posibles funciones de la Unidad si existiera: supervisión y evaluación del funcionamiento y correcta aplicación de las medidas de prevención, detección y corrección, supervisión de los controles, verificar la correcta aplicación de los procedimientos de gestión de conflictos de intereses, asesoramiento, entre otras.

La existencia de banderas rojas en el Plan, son señales para una mayor vigilancia y atención, detallándose en el Anexo II de la Guía una relación posible de ellas.

El canal de denuncias se configura como un elemento esencial para la detección de fraude, corrupción, conflictos de intereses o doble financiación. En este sentido, no podemos olvidar la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Actualmente se encuentra en tramitación Anteproyecto de Ley relativa a transposición de la Directiva al derecho español, aprobado por Consejo de Ministros de fecha 4 de marzo de 2022.

Los Anexos de la Guía expresan varios indicadores de riesgos y sus controles. Los mismos si bien tiene un carácter orientativo o recomendatorio, pueden servir de utilidad, no solo en los procedimientos de gestión de los Fondos del PRTR, sino con carácter general, se trata de riesgos y controles que bien puede ser utilizados en la gestión de recursos públicos, de procedencia europea o no.

A continuación, se hacen algunas referencias a las herramientas y elementos de ayuda para la evaluación de riesgos, que a título orientativo se ofrecen en la Guía:

1.- CONTRATACIÓN.

Riesgos y medidas de control

- Limitación de concurrencia: manipulación del procedimiento de preparación y/o adjudicación, limitándose el acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad y no discriminación a todos los licitadores. Pudiera ser a través:

-Pliegos de cláusulas técnicas o administrativas redactados a favor de un licitador.

-Pliegos que presentan prescripciones más restrictivas o generales que las aprobadas en procedimientos previos similares

-Presentación de una única oferta o que el número de licitadores presentados es anormalmente bajo, según el tipo de procedimiento de contratación

-El procedimiento de contratación se declara desierto y vuelve a convocarse a pesar de que se recibieron ofertas admisibles de acuerdo con los criterios que figuran en los pliegos.

-Publicidad de los procedimientos incompleta, irregular o limitada y/o insuficiencia o incumplimiento de plazos para la recepción de ofertas.

- Reclamaciones de otros licitadores

- Elección de tramitación abreviada, urgencia o emergencia, o procedimientos de contratación menos competitivos de forma usual y sin justificación razonable.

Respecto a estos riesgos se pueden adoptar medidas de control tales como:

- Procedimientos que garanticen la revisión de la justificación de la forma en que se establece el procedimiento de adjudicación, su adecuación y correcta aplicación, de tal manera que se asegure el cumplimiento de los principios de libertad de acceso, no discriminación e igualdad de trato.

- Disponer de una política en materia de conflicto de interés que incluya una Declaración de ausencia de conflictos de interés (DACI) por parte de todo el personal y su verificación.

- Establecer un sistema de denuncias de los comportamientos supuestamente fraudulentos.

- Un procedimiento claro, difundido entre el personal, sobre los requisitos de publicidad que deben cumplirse en los diferentes procedimientos de contratación.

- Registro de las quejas o reclamaciones recibidas por otros licitadores, y análisis e informe de estas.

- Procedimientos en el órgano de contratación que garanticen la revisión de la justificación de la forma en que se establece el procedimiento de adjudicación.

- Prácticas colusorias en las ofertas: Distintas empresas acuerdan en secreto manipular el proceso de licitación para limitar o eliminar la competencia entre ellas, por lo general con la finalidad de incrementar artificialmente los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios. Pueden observarse riesgos tales como:

- Posibles acuerdos entre los licitadores en complicidad con empresas interrelacionadas o vinculadas o mediante la introducción de "proveedores fantasmas".

- Posibles acuerdos entre los licitadores en los precios ofertados en el procedimiento de licitación.

- El adjudicatario subcontrata con otros licitadores que han participado en el procedimiento de contratación.

- Similitudes entre distintos licitadores referidas a la presentación de ofertas, documentos presentados en la licitación, así como en las declaraciones y comportamientos de los licitadores.

Respecto a estos riesgos se pueden adoptar medidas de control:

- Comprobar la existencia o no de vinculación empresarial entre las empresas licitadoras (directivos, propietarios, etc.), utilizando para ello fuentes de datos abiertas u otras bases de datos.

- Sistema de control de los pliegos y de la concordancia entre las ofertas presentadas y las condiciones establecidas en los mismos que permita comprobar cualquier indicio de la existencia de acuerdos entre los licitadores en relación a los precios ofertados, como ofertas recurrentemente altas o atípicas o relaciones atípicas entre terceros.

- Controles sobre la presencia continuada de circunstancias que indiquen que ha podido acordarse un reparto del mercado.

- Comparar el precio final de los bienes y servicios con los contenidos en la oferta y con precios de mercado o con los generalmente aceptados en contratos similares.

- Analizar las desviaciones entre los presupuestos de licitación y de adjudicación de los contratos adjudicados.

- Realizar controles para confirmar que las ofertas presentadas son reales, y no se trata de las llamadas ofertas complementarias o de resguardo o se ha producido algún tipo de coacción para hacer que otros licitadores retiren sus ofertas.

- Conflictos de interés: El ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de alguno de los intervinientes en las diferentes fases del contrato se ve comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal. Posibles riesgos:

- Empleado del órgano de contratación ha trabajado para una empresa licitadora recientemente.

- Vinculación familiar entre un empleado del órgano de contratación con capacidad de decisión o influencia y una persona de la empresa licitadora.

- Reiteración de adjudicaciones a favor de un mismo licitador, favoritismo inexplicable o inusual de un contratista o proveedor en particular.

- Miembros del órgano de contratación que no cumplen con los procedimientos establecidos en el código de ética del organismo.

- Socialización entre un empleado encargado de contratación y un proveedor de servicios o productos.

- Empleado encargado de contratación no presenta declaración de ausencia de conflicto de interés o lo hace de forma incompleta.

Medidas posibles de control en relación con este riesgo

- Establecer barreras que limiten la información del procedimiento de contratación a los agentes externos o ajenos al mismo.

- Disponer de una política en materia de conflicto de interés que incluya un código ético, un procedimiento para abordar conflictos de intereses, una Declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI) por parte de todos los intervinientes en las diferentes fases del contrato y la verificación de su contenido, cuando proceda, así como medidas dirigidas a garantizar su cumplimiento.

- Que los pliegos se incluyen la obligación de cumplimentación de la DACI por todas las personas obligadas a ello.

- Que en el expediente se incluyen las DACI cumplimentadas por los intervinientes en la licitación por parte del órgano de contratación y de los contratistas y subcontratistas cuando se obtengan.

- Disponer de un procedimiento para abordar posibles casos de conflictos de intereses

- Manipulación en la valoración técnica o económica de las ofertas presentadas: Manipulación del procedimiento de contratación en favor de un licitante o en detrimento de otro o varios. Riesgos:

- Los criterios de adjudicación no están suficientemente detallados o no se encuentran recogidos en los pliegos, o son discriminatorios, ilícitos o no son adecuados para seleccionar la oferta con una mejor calidad-precio.
- Aceptación de ofertas anormalmente bajas sin haber sido justificada adecuadamente por el licitador.
- Ausencia o inadecuados procedimientos de control del procedimiento de contratación.
- Cambios en las ofertas después de su recepción.
- Ofertas excluidas por errores o por razones dudosas.
- Procedimiento que no se declara desierto y continúa con su tramitación pese a que se han recibido menos ofertas que el número mínimo requerido.

Posibles medidas de control en relación con este riesgo:

- Control previo del contenido de los pliegos que garantice su correcta redacción y la inclusión detallada y clara de los criterios de valoración de las ofertas.

- Establecer un sistema que permita denunciar los comportamientos supuestamente fraudulentos.

- Verificar que existe coherencia entre el objeto del contrato y los objetivos perseguidos en la correspondiente reforma o inversión, y los hitos y objetivos a cuyo cumplimiento contribuirán las prestaciones que se van a contratar.

- Establecer un control sobre la justificación de la baja temeraria de precios, comprobando la exactitud de la información presentada por el licitador con oferta anormalmente baja, en su caso.

- Disponer de un procedimiento de control y seguimiento de las ofertas presentadas hasta la adjudicación, de forma que se pueda garantizar que no se han producido modificaciones en la oferta.

- Fraccionamiento fraudulento del contrato: Fraccionamiento del contrato en dos o más procedimientos con idéntico adjudicatario evitando la utilización de un procedimiento que, en base a la

cuantía total, hubiese requerido mayores garantías de concurrencia y publicidad. Riesgos posibles:

- Fraccionamiento en dos o más contratos. Se hacen dos o más contratos en distintos procedimientos con idéntico adjudicatario donde los trabajos realizados o los bienes suministrados parecen ser casi idénticos en cuanto a contenido y ubicación, por debajo de los límites admitidos para la utilización de procedimientos de adjudicación directa o de los umbrales de publicidad que exigirían procedimientos con mayores garantías de concurrencia y publicidad.

- Compras secuenciales por debajo de los umbrales de licitación abierta.

Medidas de control respecto a estos riesgos:

- Registro detallado de los proveedores seleccionados.

- Controles periódicos del importe acumulado por proveedor y análisis correlativo de los objetos de los distintos contratos celebrados con cada uno de ellos

- Verificación de la forma en la que se haya establecido el procedimiento de contratación.

- Incumplimiento en la formalización del contrato: Irregularidades en la formalización del contrato de manera que no se ajusta con exactitud a las condiciones de la licitación o se alteran los términos de la adjudicación. Posibles riesgos:

- El contrato formalizado altera los términos de la adjudicación. El contrato formalizado en documento administrativo no se ajusta con exactitud a las condiciones de la licitación o incluye cláusulas que alteren los términos de la adjudicación.

- Falta de coincidencia entre el adjudicatario y el firmante del contrato.

- Inexistencia de contrato o expediente de contratación.

- Falta de publicación del anuncio de formalización.

Medidas de control que podrían adoptarse en relación con este riesgo:

- Revisión del contrato con carácter previo a su firma que permita verificar que no se ha producido una alteración en los términos de la adjudicación, dejando constancia de este control por escrito.
 - Control del cumplimiento de los plazos para la formalización del contrato.
 - Verificación de que todos los anuncios de formalización han sido adecuadamente publicados.
- Incumplimiento o deficiencias en la ejecución del contrato: El contratista incumple las especificaciones del contrato durante su ejecución. Riesgos a tener en cuenta:
 - Incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso de las prestaciones objeto del contrato. Se produce cuando se dan circunstancias como la falta de entrega o de sustitución de productos por otros de calidad inferior, el cumplimiento defectuoso de la prestación en términos de calidad, integridad o de plazos de entrega o la asignación de recursos no cualificados o de coste inferior a las necesidades del contrato, entre otros.
 - Modificaciones de contratos sin cumplir los requisitos legales ni estar justificados.
 - Subcontrataciones no permitidas.

Medidas de control:

- Controles periódicos, análisis de informes de ejecución, para verificar y supervisar las fases de ejecución del contrato y verificaciones sobre el terreno, en su caso.
- Establecimiento de cláusulas de penalización.
- Revisión de los informes finales, económicos y de actividades, en busca de posibles discrepancias entre las actividades previstas y las realmente efectuadas.

- Controles para identificar al ejecutor real del contrato, su capacidad, así como la del contratista principal.
- Falsedad documental: El licitador incurre en falsedad para poder acceder al procedimiento de licitación y/o se aprecia falsedad en la documentación presentada para obtener el pago del precio. Riesgos a valorar:
 - Documentación falsificada presentada por los licitadores en el proceso de selección de ofertas.
 - Manipulación de la documentación justificativa de los costes o de la facturación para incluir cargos incorrectos, falsos, excesivos o duplicados.
 - Prestadores de servicios fantasmas. El contratista crea una empresa fantasma para presentar ofertas complementarias en colusión, inflar los costes o generar facturas ficticias.

Medidas de control sugeridas:

- Control de la documentación presentada por parte de los licitadores a fin de detectar documentación o información falsificada, verificando la documentación directamente con la fuente, cuando proceda.
- Comprobación de la documentación justificativa de costes.
- Control de las facturas emitidas por el contratista a fin de detectar duplicidades o falsificaciones.
- Verificación de la existencia de las empresas licitadoras y la veracidad de los datos aportados acudiendo a las fuentes de la información y/o contrastando la información de la empresa en las bases de datos disponibles.
- Doble financiación: Incumplimiento de la prohibición de doble financiación (en los términos recogidos en el artículo 9 del Mecanismo). Este riesgo podría reducirse con la adopción de las siguientes medidas de control:

- Constancia en el expediente de la verificación que debe realizar el órgano gestor para garantizar la ausencia de doble financiación.

- Comprobación sobre doble financiación (puede servir de referencia la prevista en el Anexo III.D de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR).

- Incumplimiento de las obligaciones de información, comunicación y publicidad: No se cumple lo estipulado en la normativa nacional o europea respecto a las obligaciones de información y publicidad. Este riesgo se puede paliar a través de medidas de comprobación del cumplimiento de las obligaciones establecidas respecto a la mención del origen de la financiación y velar por darle visibilidad.

- Pérdida de pista de auditoría: No se garantiza la conservación de toda la documentación y registros contables para disponer de una pista de auditoría adecuada. Riesgos posibles:

- No realización de una correcta actuación documental que permita garantizar la pista de auditoría.

- Incumplimiento de la obligación de conservación de documentos.

- Los mecanismos de control respecto a este riesgo pudiera ser, entre otros:

Verificar el establecimiento de un mecanismo que permita cumplir con la obligación de conservar los documentos en los plazos y formatos señalados en el artículo 132 del Reglamento Financiero (5 años a partir de la operación, 3 años si la financiación no supera los 60.000 euros) prevista en el artículo 22.2 f) del Reglamento (UE), o verificar el compromiso expreso de los contratistas y subcontratistas a la sujeción a los controles de los organismos europeos.

2.- SUBVENCIONES.

Riesgos y medidas de control

- Limitación de concurrencia: No se garantiza que el procedimiento de concesión se desarrolle de forma transparente y pública, lo que puede dar lugar a favoritismos o a actos de corrupción. Indicadores de riesgo:

- Insuficiente difusión de las bases reguladoras y convocatoria.

- No se han definido con claridad en las bases reguladoras o en la convocatoria los requisitos que deben cumplir los beneficiarios o destinatarios de las ayudas o subvenciones.

- No se han respetado los plazos establecidos en las bases reguladoras y convocatoria para la presentación de solicitudes.

- Ausencia de publicación de los baremos fijados para la valoración de las solicitudes.

Medidas de control que podrían ser adoptadas:

- Verificar la publicación de las bases reguladoras y convocatoria de forma que se garantice la máxima difusión.

- Verificar que los requisitos exigidos para obtener la condición de beneficiarios se han incluido de forma clara en las bases reguladoras y convocatorias.

- Verificar la presentación de la solicitud dentro del plazo establecido en las bases reguladoras y convocatoria, así como la inclusión en las bases reguladoras o en las convocatorias de los baremos utilizados para la selección de beneficiarios y que los beneficiarios seleccionados cumplen con los baremos exigidos en la convocatoria.

- Trato discriminatorio en la selección de solicitantes: No se garantiza un procedimiento objetivo de selección de participantes y se limita el acceso en términos de igualdad para todos los potenciales beneficiarios. Los indicadores de riesgo podrían ser:

- Incumplimiento de los principios de objetividad, igualdad y no discriminación en la selección de beneficiarios. En tanto no se ha seguido un criterio homogéneo para la selección de beneficiarios en los procedimientos de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva.

Como medidas de control, podrían utilizarse criterios de selección de beneficiarios uniformes y homogéneos (evaluación de los candidatos a través de un mismo comité o supervisado por un responsable, en todo caso, con directrices e instrucciones claras para hacer esa selección), así como comprobación de los requisitos de los beneficiarios seleccionados.

- Conflictos de interés: El ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de alguno de los miembros del comité de evaluación, expertos evaluadores o del responsable de la concesión se ve comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal. Riesgos para valorar:

-Los miembros del comité de evaluación, expertos evaluadores o el responsable de la concesión influyen deliberadamente sobre la evaluación y selección de los solicitantes para favorecer a alguno de ellos.

Una buena medida de control sería la existencia de una política en materia de conflicto de interés: código de conducta, firma de Declaraciones de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI), verificación del contenido de las DACI con la información procedente de otras fuentes (ARACHNE, bases de datos, información interna, fuentes de datos abiertas o medios de comunicación), cuando proceda, y descripción detallada de procedimientos para abordar posibles casos de conflictos de intereses.

- Incumplimiento del régimen de ayudas de Estado. Posibles riesgos:

- Las bases reguladoras de la convocatoria no indican que se trata de una ayuda de Estado, en su caso. Las bases reguladoras de la convocatoria no indican que se trata de una ayuda de Estado, ni

identifican cual es el régimen al que está sujeta, la normativa europea aplicable, y/o en el expediente no se justifica en qué medida la regulación de las bases asegura el cumplimiento de los requisitos exigidos para evitar que sea una ayuda ilegal.

- No se ha comprobado que la ayuda pueda constituir ayuda de Estado según la normativa de la UE aplicable, y/o no ha seguido el procedimiento de comunicación y notificación a la Comisión Europea.

Medidas de control:

- Verificar que en las bases reguladoras de la convocatoria se indica si la subvención constituye o no una ayuda de Estado.

- Comprobación para asegurar el cumplimiento de la normativa europea en materia de ayudas de Estado y para facilitar la elaboración de los informes y declaraciones de gestión regulados en el MRR (puede servir de referencia la checklist sobre ayudas de Estado en el marco del PRTR prevista en el Anexo III.D de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

- Desviación del objeto de subvención. Los fondos recibidos se aplican a fines distintos para lo que la subvención o ayuda fue concedida. Algunos riesgos para considerar:

- Las bases reguladoras o convocatoria no mencionan el componente y la reforma e inversión ni los hitos y objetivos a cumplir.

- Los fondos de la subvención no se han destinado a la finalidad u objetivos recogidos en las bases reguladoras o convocatoria o no han sido ejecutados.

- Las bases reguladoras no recogen expresamente la obligación de los beneficiarios de que ninguna de las medidas incluidas en el PRTR puede causar un perjuicio significativo a objetivos medioambientales en el sentido del artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852.

Medidas de control posibles, entre otras:

- Verificar que las bases reguladoras o la convocatoria recogen la coherencia con los objetivos perseguidos en cada reforma o inversión, identifican los hitos y objetivos a cuyo cumplimiento contribuyen e identifican los indicadores sujetos a seguimiento. Así como, el uso y la finalidad a la que se están destinando los fondos y el control de la correcta realización de las actuaciones objeto de la ayuda y la veracidad de los valores de los indicadores, hitos y objetivos efectivamente alcanzados

- Verificar que las bases reguladoras o la convocatoria recogen expresamente la obligación de los beneficiarios del cumplimiento del principio de "no causar un daño significativo" y una referencia al cumplimiento del etiquetado verde y digital que se ha asignado en el PRTR.

- Doble financiación. Incumplimiento de la prohibición de doble financiación. Existen riesgos tales como:

- El beneficiario recibe distintas ayudas y se está produciendo un lucro o un exceso de cofinanciación, incumplándose la prohibición prevista en el artículo 191 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al Presupuesto General de la Unión y recogido en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de recuperación y Resiliencia, según el cual las reformas y los proyectos de inversión podrán recibir ayuda de otros programas e instrumentos de la UE siempre que dicha ayuda no cubra el mismo coste.

- Existen varios cofinanciadores que financian el mismo proyecto/subproyecto/línea de acción.

Siendo posibles como medidas de control a aplicar:

- Comprobación sobre doble financiación (puede servir de referencia la prevista en el Anexo III.D de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

- Verificar que las bases reguladoras adviertan sobre la prohibición de doble financiación.

- Verificación de las declaraciones responsables de otras fuentes de financiación que incluyan las ayudas o subvenciones que se hayan obtenido o solicitado para financiar las actuaciones correspondientes, tanto en el momento de formalizar la solicitud, como en cualquier momento posterior en que se produzca esta circunstancia.

- Comprobaciones cruzadas con bases de datos nacionales (por ejemplo, BDNS) y de otros fondos europeos (por ejemplo, Financial Transparency System) cuando esto sea posible y cuando este riesgo se evalúe como significativo y probable.

- Comprobación de los elementos que reflejen el soporte de las aportaciones de terceros.

- Solicitar a los terceros cofinanciadores certificados o declaraciones que detallen la finalidad de la financiación otorgada.

- Falsedad documental: Obtención de la subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas en las bases reguladoras o convocatoria para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido. Medidas de control para evitarlo:

- Comprobación de la documentación del proceso de solicitud y controles de la documentación justificativa de las inversiones subvencionables y de la ejecución del proyecto.

- Control de facturas para detectar falsificaciones o duplicidades.

- Comprobaciones cruzadas de documentos justificativos a través de distintas fuentes de verificación.

- Mantenimiento de un sistema de contabilización claro o separado, bien con códigos de cuentas separadas o bien con una clara identificación de los gastos justificados.

- Incumplimiento de las obligaciones en materia de información, comunicación y publicidad. No se cumple lo

estipulado en la normativa nacional o europea respecto a las obligaciones de información y publicidad. Riesgos:

- Incumplimiento de los deberes de información y comunicación del apoyo del MRR a las medidas financiada.
- Incumplimiento del deber de identificación del perceptor final de los fondos en una base de datos única.

Este riesgo se puede paliar a través de medidas de comprobación del cumplimiento de las obligaciones establecidas respecto a la mención del origen de la financiación y velar por darle visibilidad.

- Pérdida pista de auditoría. No se garantiza la conservación de toda la documentación y registros contables para disponer de una pista de auditoría adecuada. Posibles riesgos:

- La convocatoria no define de forma clara y precisa qué gastos son subvencionables o no establece con precisión la forma en que deben documentarse los distintos gastos en los que se ha incurrido.

- En el expediente de la subvención no quedan documentados los procesos que permiten garantizar la pista de auditoría en las diferentes fases: concesión, ejecución, publicidad, gastos, pagos, contabilización, etc.

- Incumplimiento de la obligación de conservación de documentos.

- La convocatoria no recoge la sujeción a los controles de los organismos europeos.

Medidas de control:

- Verificar que las bases reguladoras o convocatorias delimitan los gastos subvencionables o se ha emitido un manual de justificación en el que se detallan estos aspectos

- Comprobación de la documentación requerida para garantizar la pista de auditoría.

- Que las bases reguladoras o la convocatoria prevean el mecanismo que permita cumplir con la obligación de conservación de documentos.

- Que las bases reguladoras o convocatorias recogen el compromiso a la sujeción a los controles de los organismos europeos.

3.- CONVENIOS.

Riesgos y medidas de control

- El objeto del convenio no corresponde a esta figura jurídica. Celebración de convenios para eludir un procedimiento de contratación o eludiendo los requisitos de validez de este instrumento jurídico. Riesgos:

- El convenio tiene por contenido prestaciones propias de los contratos.

- Celebración de convenios con entidades privadas. La existencia de convenios con entidades privadas es una señal de un riesgo potencial, tanto por la posibilidad de que se trate de un contrato encubierto como por el riesgo de que derive en excesos de financiación, entre otros.

- El contenido del convenio supone la cesión de la titularidad de la competencia.

Medidas de control:

- Memoria justificativa del convenio, donde debe analizarse su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad y cumplimiento de lo previsto en la ley.

- Informe del servicio jurídico con análisis del objeto de la actividad a desarrollar y la justificación de acudir a la vía del convenio y no a otras vías de contratación, así como de la adecuación del contenido del convenio y actuaciones a realizar.

- Incumplimiento del procedimiento o de los requisitos legales del convenio.

Riesgos:

- El órgano que suscribe el convenio no tiene competencia para ello.

- Las aportaciones financieras que se comprometen a realizar los firmantes del convenio son superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio, sin que exista justificación, o no son financieramente sostenibles, es decir, las entidades no tienen capacidad para asumir esa financiación.

- El convenio se ha suscrito prescindiendo de trámites preceptivos.

- Incumplimiento de las obligaciones de publicidad y comunicación de los convenios.

- Falta de realización de las actuaciones objeto del convenio sin causa justificada o falta de liquidación de las aportaciones financieras.

Medidas de control:

- Revisión de la memoria justificativa del convenio, donde debe analizarse su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad y cumplimiento de lo previsto en la ley.

- Comprobación donde se revise el cumplimiento de todos los trámites legales preceptivos para la suscripción del convenio adaptada a las especialidades de los convenios para la ejecución de proyectos financiados con cargo al PRTR.

- Revisión, cuando se extingue un convenio, de su cumplimiento o de las causas de incumplimiento, así como de que los compromisos financieros asumidos han sido correctamente liquidados.

- Conflictos de intereses. Riesgos: Existencia de algún tipo de vinculación entre las partes firmantes del Convenio que puede dar lugar a conflictos de interés, o existencia de convenios que se repiten con las mismas entidades cuando incluyen compromisos financieros sin que esté claramente justificado, en especial si se trata de entidades privadas.

Medidas de control posibles:

- Disponer de una política en materia de conflicto de interés que incluya una Declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI) por parte de todo el personal, especialmente

para los que participen en la adopción o firma de convenios, y verificación de su contenido con la información procedente de otras fuentes (ARACHNE, bases de datos de organismos nacionales y de la UE, información de la propia organización, fuentes de datos abiertas y medios de comunicación...), cuando proceda, así como medidas dirigidas a garantizar su cumplimiento y procedimientos para abordar posibles casos de conflictos de intereses.

- Limitación de la concurrencia en la selección de entidades colaboradoras de derecho privado.

Constituye un riesgo el incumplimiento de la obligación de garantizar la concurrencia y resto de principios aplicables en la selección de la entidad colaboradora de derecho privado, siendo una medida de control la verificación del cumplimiento del deber de garantizar la concurrencia, publicidad, igualdad y no discriminación en la selección de entidades colaboradoras de derecho privado.

- Incumplimiento de las obligaciones de información, comunicación y publicidad.

Puede existir riesgo de incumplimiento de los deberes de información y comunicación del apoyo del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia a las medidas financiadas, o el incumplimiento del deber de identificación del perceptor final de los fondos.

Puede ser una medida de control, la existencia un procedimiento para garantizar la obligatoria publicidad, y que el mismo es conocido por todos los gestores intervinientes.

- Pérdida de pista de auditoría. No existe una pista de auditoría adecuada que permita hacer un seguimiento completo de las actuaciones financiadas.

Riesgos:

- En el expediente del convenio no consta la documentación que permite garantizar la pista de auditoría en todas las fases del convenio.

- Incumplimiento de la obligación de conservación de documentos.

- No se garantiza el compromiso de sujeción a los controles de los organismos europeos por los perceptores finales.

Medidas de control:

- Establecer sistemas y procedimientos que permitan garantizar la pista de auditoría en todo el expediente del convenio y en las etapas de su ejecución.

- Verificar el establecimiento de un mecanismo que permita cumplir con la obligación de conservar los documentos en los plazos y formatos señalados en el artículo 132 del Reglamento Financiero (5 años a partir de la operación, 3 años si la financiación no supera los 60.000 euros) prevista en el artículo 22.2 f) del Reglamento (UE) nº 241/2021.

- El compromiso expreso de los perceptores finales de los fondos, y demás personas y entidades que intervengan en su aplicación, a la sujeción a los controles de los organismos europeos

4.- MEDIOS PROPIOS

Riesgos y medidas de control

- Falta de justificación del encargo a medios propios. No se justifica que el encargo al medio propio sea la solución más adecuada y eficiente desde el punto de vista de buena gestión financiera y de legalidad.

Posibles riesgos:

- En la memoria justificativa del encargo que consta en el expediente no se establecen las razones motivadas para justificar el recurso al encargo a medios propios.

- No se dispone de procedimientos o instrucciones internas en relación con los encargos a medios propios que establezcan los requisitos para realizar los encargos.

- La entidad realiza con sus propios medios actividades similares sin acudir al encargo.

- Existen recursos infrautilizados que pueden destinarse a acometer el encargo realizado.

- Falta de justificación de las necesidades a cubrir y del objeto del encargo

Medidas de control:

- Disponer de procedimientos internos que establezcan competencias, requisitos, funciones y actuaciones en las diferentes fases del encargo a medios propios, y verificar su cumplimiento.

- Fundamentar detalladamente en la memoria justificativa las causas por las que se considera que el encargo al medio propio es el instrumento jurídico más adecuado y eficiente.

- Comprobar que se determina de forma clara en el expediente las necesidades a cubrir, el objeto del encargo y las prestaciones a ejecutar.

- Incumplimiento por el medio propio de los requisitos para serlo.

Riesgos:

- La entidad a la que se le ha realizado el encargo no reúne los requisitos para ser medio propio del ente que realiza el encargo establecido en el artículo 32 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, o la ha perdido antes o después de formalizar el encargo.

- El medio propio personificado no ha 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 sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto del encargo.

Medidas de control:

- Establecer procedimientos internos de selección de medio propio que contengan información actualizada sobre la condición de medio propio de las entidades con el cumplimiento de todos los requisitos legales, tarifas aprobadas, comparativa de tarifas y evaluaciones de la ejecución (sobre todo, subcontratación) de encargos anteriores.

- Incluir en los procedimientos internos de selección de medio propio la verificación de la publicidad del medio propio, con la información exigida en la LCSP, en la Plataforma de Contratación correspondiente, y comprobar que se lleva a cabo esa verificación.

- Verificar el cumplimiento de los procedimientos establecidos.

- Falta de justificación en la selección del medio propio. Riesgos posibles:

- Falta de una lista actualizada de medios propios.

- Se realizan los encargos siempre al mismo medio propio o a unos pocos (siempre que haya más) sin razones objetivas para ello.

- Se han realizado encargos no plenamente concordantes con el objeto social del medio propio o que no encajan adecuadamente en el mismo o en su área de especialización funcional.

Medidas de control:

- Lista actualizada de medios propios personificados.

- Control sobre los medios propios personificados, a efectos de mantener la información actualizada, así como de conocer posibles incidencias que hayan tenido lugar.

- Una justificación del medio propio seleccionado en base a razones objetivas, teniendo en cuenta si se valoran otros medios propios como alternativa, si se hace un estudio comparativo de tarifas para determinar cuál es más económico.

- Comprobar que se selecciona adecuadamente el medio propio asegurándose de que su objeto social comprende las actuaciones objeto del encargo.

- Aplicación incorrecta de las tarifas y costes. Riesgos:

- El medio propio no dispone de tarifas aprobadas por el órgano competente para ello (o actualizadas convenientemente para

reflejar los costes reales de la actividad) para determinar el importe del encargo.

- No se han aplicado las tarifas aprobadas para la elaboración del presupuesto del encargo y sus modificaciones o se han aplicado incorrectamente.

- Las unidades materiales, personales y temporales que se han tenido en cuenta para la elaboración del presupuesto del encargo y sus modificaciones no han sido estimadas correctamente.

Medidas de control:

- Comprobar que el medio propio dispone de tarifas aprobadas (y actualizadas cuando proceda), con el nivel de detalle necesario, aplicables para determinar la retribución del encargo.

- Comprobar que se dispone de un procedimiento de elaboración del presupuesto, tanto del encargo como de las posibles prórrogas, modificaciones o ampliaciones.

- Incumplimiento de los límites de subcontratación y limitación de concurrencia. La subcontratación realizada por el medio propio no cumple los requisitos establecidos en el artículo 32.7 de la Ley Contratos Sector Público (LCSP), pudiendo dar lugar a la limitación de concurrencia al haberse acudido al encargo al medio propio en vez de a una licitación pública.

Riesgos:

- Se realizan por el medio propio subcontrataciones no previstas en los documentos o pliegos reguladores del encargo.

- Las actividades subcontratadas superan el límite del 50% del encargo.

- El medio propio obtiene bajas sustanciales con respecto al presupuesto de licitación como consecuencia de la competencia del mercado, generando un beneficio adicional para el medio propio al facturar conforme al precio presupuestado y no al real, lo que iría en contra de la buena gestión financiera y la eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

- El medio propio contrata unas actividades por encima de las tarifas aplicables del medio propio.

- El medio propio contrata siempre con los mismos proveedores sin que exista una adecuada justificación.

Medidas de control:

- El ente que realiza el encargo lleva a cabo un seguimiento o control al medio propio para verificar si ha habido subcontratación, así como un seguimiento o control al medio propio para verificar si la subcontratación ha respetado el límite del 50% del importe del encargo establecido en el artículo 32.7 de la LCSP, y verificación del precio real de las prestaciones subcontratadas.

- Verificar si la cuantía de las actividades subcontratadas se corresponde con los costes efectivos de la actividad soportados por el medio propio y que las contrataciones realizadas por el medio propio se someten a la LCSP en los términos que sean procedentes.

- El medio propio destinatario del encargo debe disponer de una política de conflicto de intereses.

- Incumplimiento total o parcial de las prestaciones objeto del encargo

Riesgos:

- Retrasos injustificados en los plazos de entrega.
- No existe constancia de la entrega o de la realización total de los productos o servicios objeto del encargo, o los entregados no alcanzan el nivel de calidad esperado.

Medidas de control:

- Establecimiento de un procedimiento para la realización de encargos que contemple su adecuada planificación y análisis de plazo de ejecución, así como los mecanismos y trámites a realizar en caso de causas sobrevenidas que supongan prórrogas o ampliaciones de plazo.

- Mecanismos de seguimiento y control de la ejecución del encargo de acuerdo con lo previsto en las prescripciones técnicas.

- Incumplimiento de las obligaciones de información, comunicación y publicidad

Riesgos:

- Incumplimiento del deber de publicación del encargo en la Plataforma de Contratación correspondiente en el caso de encargos de importe superior a 50.000€, IVA excluido.

- Incumplimiento de los deberes de información y comunicación del apoyo del Mecanismo a las medidas financiadas.

- Se produce un incumplimiento del deber de identificación del perceptor final de los fondos previsto en el artículo 22.2. d) del Reglamento UE nº 241/2021 y en el artículo 8 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Medidas de control:

- Comprobación de requisitos en materia de información y publicidad.

- Procedimiento para la publicación del encargo formalizado en la Plataforma de Contratación, así como en el Portal de Transparencia, y verificar su aplicación.

- Verificar que se ha identificado al perceptor final de los fondos.

- Pérdida de pista de auditoría

Riesgos:

- En el expediente del encargo al medio propio no consta la documentación que permite garantizar la pista de auditoría en todas las fases del encargo, desde la planificación hasta la liquidación y pago, así como la contabilización y la publicidad.

- No se cumple la obligación de conservación de documentos prevista en el artículo 132 Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y recogida en el artículo 22.2 f) del Reglamento (UE) nº 241/2021, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

- No se garantiza el compromiso de sujeción a los controles de los organismos europeos por los perceptores finales.

Medidas de control:

- Establecer sistemas y procedimientos que permitan garantizar la pista de auditoría en todas las etapas del encargo.

- Comprobación de la documentación requerida para garantizar la pista de auditoría.

- Mecanismo que permita cumplir con la obligación de conservar los documentos en los plazos y formatos señalados en el artículo 132 del Reglamento Financiero.

- Compromiso expreso de los perceptores finales de los fondos, y demás personas y entidades que intervengan en su aplicación, a la sujeción a los controles de los organismos europeos.

ESTUDIO-INFORME “NOTAS BÁSICAS SOBRE COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO LOCAL”.

I. Consideraciones generales

El Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016, establece el ámbito de actuación de la Oficina en su artículo 5, señalando que se extiende a todo el sector público, entendiendo por tal:

“a) El Ayuntamiento de Madrid.

b) Los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Madrid.

c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social, la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este apartado sea superior al 50 por ciento.

d) Las fundaciones de iniciativa pública en las que participe mayoritariamente el Ayuntamiento de Madrid o cualquiera de los sujetos mencionados en este apartado, ya sea en su dotación fundacional o en sus órganos de gobierno.

e) Los consorcios adscritos al Ayuntamiento de Madrid.

En este ámbito de aplicación, y de conformidad con las funciones previstas en el artículo 4.g) del mencionado Reglamento, se elaboran las siguientes notas relativas a los programas de cumplimiento normativo o *Compliance* en el sector público local:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por el artículo 31 bis del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, quedando la regulación posteriormente modificada con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta última extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal.

“Artículo 31 bis.

1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. *Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.”

“Artículo 31 quater.

1. *Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
[...]*

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

“Artículo 31 quinquies.

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

De conformidad con la regulación expuesta, para las Administraciones públicas la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda excluida, en virtud de lo dispuesto en este último artículo, 31 quinquies. En diferente situación se encuentran las

sociedades mercantiles públicas, citadas en el apartado segundo del referido precepto. Debiendo matizarse que la responsabilidad penal que les es exigible a estas últimas, como personas jurídicas, tiene un alcance limitado, en tanto que únicamente les podrán ser impuestas las penas previstas en el artículo 33.7.a) y g) del CP (multa e intervención judicial).

En el ámbito de la administración local, los servicios públicos que son de su competencia pueden ser gestionados de las formas previstas en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, siendo una de ellas la "Sociedad *mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*". Respecto a estas sociedades, el artículo 85 bis establece que "en las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades", y añade que "estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos."

Observamos, por tanto, que el control sobre la gestión de las entidades del sector público local se realizará por los órganos de la entidad local que tengan adscrita la sociedad, y es destacable la figura del funcionario público que ejercerá las funciones de asesoramiento legal. Hay, pues, una voluntad de que las actuaciones de las entidades se alineen con las exigencias previstas para las administraciones públicas.

Relacionando estos aspectos con la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica, nos encontramos con el alcance limitado de la misma en relación con las sociedades mercantiles públicas (art. 31 quinquies CP). Ahora bien, esto sucederá siempre que las entidades ejecuten políticas públicas, ya que si fueran actos no vinculados a las mismas estarían sometidas a los efectos penales sin limitaciones.

Las administraciones públicas, y dentro de ellas las entidades del sector público, deben regirse por la normativa procedimental que el

marco legal establece. Las actuaciones de los responsables públicos, marcadas por el acatamiento normativo, son sin duda garantía de legalidad, y constituyen en sí mismas una prevención en materia de gestión de riesgos.

No podemos olvidar que tanto el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, define qué entidades entran dentro del concepto del sector público, contemplándose las mismas dentro de su ámbito de aplicación. Y, en particular, sometidas a los principios previstos en las citadas normas, en tanto ejerzan potestades administrativas. Principios, que partiendo del artículo 103 de la Constitución, hacen referencia, entre otros, a la eficacia, al sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, transparencia, responsabilidad, proporcionalidad y neutralidad. Principios que hilan con la necesaria integridad pública como manera de dirigirse.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a propuesta de su Comité de Gobernanza Pública, acordó definir la integridad pública como *"el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados"*. Y considerando como sector público a *"los organismos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales, así como a sus funcionarios, nombrados o elegidos, remunerados o no, temporales o permanentes a nivel de la administración central y subnacional. Puede asimismo incluir empresas públicas o estatales, asociaciones público-privadas, incluidos sus directivos y funcionarios, así como entidades que presten servicios públicos"*.

La Administración Pública y las entidades que pertenecen al sector público, deben ser abanderados de la ética y la honestidad. El cumplimiento normativo, exigencia inexcusable, queda bien complementado con la implantación de planes o protocolos de cumplimiento normativo. La figura del *compliance* o programa de cumplimiento se configura como un conjunto de protocolos de actuación cuyo objeto es garantizar que la entidad cumple con el

marco normativo, así como con sus códigos éticos. Estos programas tienen un carácter preventivo de riesgos, evitando incurrir en delitos vinculados a la responsabilidad de la persona jurídica, previstos en el artículo 31 bis del CP; así como exonerar, en su caso, de la responsabilidad penal correspondiente. Aunque no debemos considerar a estos programas únicamente como un medio para prevenir o exonerar de responsabilidad penal, sino que además pueden ser un importante medio para asegurar una actuación eficaz, íntegra y transparente; en definitiva, una buena gobernanza.

La irresponsabilidad penal de las Administraciones Públicas, cuando no se trata de sociedades mercantiles, no implica que no puedan diseñar códigos éticos y planes de integridad pública, que en su ámbito interno contribuyan a implementar políticas públicas de prevención del fraude y la corrupción, basadas en valores de cultura ética.

II. Alcance de la responsabilidad penal prevista en el artículo 31 bis del Código Penal

La responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP tiene un alcance limitado, de manera que quedan excluidas de penas tales como la disolución, la clausura de sus locales, la prohibición de recibir ayudas públicas, subvenciones o incentivos de la Seguridad Social, entre otros. Solo se pueden imponer penas de multa o intervención judicial. La razón de esta limitación de responsabilidad parece estar en la protección del interés público. Y, en todo caso, esta responsabilidad limitada operará únicamente en tanto *“ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*.

La Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2017, considera que debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, que:

- *«Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas».*

- *«Concorre un innegable provecho o beneficio directo» o indirecto «para la sociedad»*
- *«Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito».*

Se completa lo anterior con lo señalado por la Sentencia 154/2016, también de la Sala Penal del Tribunal Supremo, respecto a que *«ese término de provecho o beneficio hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete».* Y la sentencia 514/2015 de 2 de septiembre, de esa misma Sala, expresa que *«parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal»*

Es oportuno transcribir lo expuesto por el Tribunal de Cuentas, en su informe aprobado en octubre de 2020, relativo a la implementación de los modelos de prevención de delitos en las sociedades mercantiles estatales: *“El legislador recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas [apartados a) y b) del número 1 del artículo 31 bis del CP]. Así, la persona jurídica responderá: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de ella misma, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de ella (actos de los administradores y directivos). b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión,*

vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (actos de los empleados). Debe precisarse que solo existe responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a un catálogo cerrado de delitos, tratándose así de un sistema de listado o numerus clausus. Dado que solo se puede exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que específicamente indique el Código Penal o las leyes penales especiales.”

III. Programas de cumplimiento o Compliance

Las sociedades mercantiles públicas están sometidas a la tutela de la administración a la que pertenecen, a través de los interventores delegados, los funcionarios jurídicos y los servicios de inspección. Pero, además, parecen aconsejable que se doten de protocolos de cumplimiento normativo a efectos de las responsabilidades previstas en el código penal. Estos programas tendrán una doble función, por una parte, la prevención de la responsabilidad penal, y por otra como causa de exención.

Ahora bien, la mera existencia de los programas de cumplimiento no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario demostrar su eficacia. Debe quedar acreditado que se ha aplicado correctamente el programa de prevención y que se ha ejercido el debido control. Podemos, en este aspecto, contemplar lo previsto en el artículo 31 bis apartado 5 del CP:

“Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

Respecto a estos programas de *compliance*, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, ha señalado lo siguiente: “ *promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios. Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del*

blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014). En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance program no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de compliance penal a los "delitos de la misma naturaleza". Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

IV. Contenido de los programas de cumplimiento

Los puntos expuestos en este informe nos dan las pautas del contenido de los programas *compliance*. A lo que debe añadirse los componentes del estándar de programa que recoge la Norma UNE 19601:2017, relativa a los requisitos de los sistemas de gestión de *Compliance* Penal. Esta UNE justifica su sentido y utilidad en la introducción del vigente artículo 31 bis del CP, a través de las reformas de 2010 y 2015. Tal y como señala la Norma, los sistemas de gestión del *compliance* penal persiguen:

- a) fomentar una cultura ética que elimine el riesgo de que se cometan delitos en la organización y
- b) eliminar o mitigar el impacto del delito, de llegar a producirse.

Son importantes los Anexos de la UNE, a efectos de facilitar su aplicación y comprensión.

El primer paso lo conformaría la voluntad de integridad institucional, liderada por la Dirección de la sociedad mercantil pública, un verdadero compromiso de la entidad con la cultura de la ética pública y la lucha contra el fraude y la corrupción. Asegurar el comportamiento integro, priorizando el interés público sobre los intereses privados. A este aspecto hace referencia el capítulo 5 de las Norma UNE citada, cuando trata sobre el liderazgo, entendiendo por tal el compromiso que debe tener la Alta Dirección con el sistema de cumplimiento. Desglosa 3 niveles: órgano de Gobierno, órgano de *compliance* y alta dirección.

Para alcanzar los objetivos de *compliance*, según la UNE 19601, deben tenerse en consideración: la estructura de la organización y su tamaño, sectores en los que opera, naturaleza y complejidad de su actividad, miembros de la organización y socios de negocio, naturaleza y extensión de las relaciones con funcionarios públicos y obligaciones legales, contractuales y profesionales.

Los requisitos definidores (de los programas de cumplimiento) pudieran ser los siguientes:

1.- Elaboración de un mapa de riesgos. Permite detectar las debilidades y amenazas de la gestión pública de la sociedad mercantil, evaluando los riesgos, identificándolos y gestionándolos. Para ello deberá tenerse en consideración tanto aspectos internos como externos de la propia sociedad, la normativa de aplicación, el sector donde opera la empresa, sus relaciones con terceros, y los propios de esa empresa en concreto: los procesos, las personas de la organización más expuestas a infracciones, probabilidades de materialización de la infracción o el impacto que esta tendría en la empresa (sanciones, reputación, costes legales...). La forma de identificar los riesgos, además del análisis jurídico, financiero y documental que son determinantes, puede ser analizando las denuncias, sentencias, y quejas que hayan existido, o entrevistas con el personal de la entidad. Es muy importante la actualización periódica de los riesgos.

2.- Protocolos para la toma de decisiones de la persona jurídica. Tomando como base el marco normativo, tanto administrativo, como sectorial del ámbito donde opere la empresa, deberán quedar

claramente definidos los procesos de toma de decisión, de manera que puedan ser verificados y controlados. La aprobación de códigos éticos o de buenas prácticas pueden ser instrumentos útiles en la conformación de las voluntades decisorias. Estos códigos contendrán los principios éticos que deben regir en el desempeño de la actividad de la sociedad, garantizando su integridad. Deben ser conocidos y aplicados por todos los empleados, así como definir de manera clara valores y principio, reglas de conducta o pautas de comportamiento concretas, adaptadas a la actividad de la Sociedad.

3.- Modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos. El funcionamiento de los servicios del sector público en el aspecto económico financiero debe cumplir la normativa y las directrices que lo rigen, y su gestión se ajustará a los principios de buena gestión financiera, y dado que se trata de gestión de recursos públicos, deben atender a los principios de eficiencia, economía, claridad, transparencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

El Sector Público local se encuentra sometido al control interno establecido por el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local.

La Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, a través de la Oficina de Contabilidad y Control Financiero, emite informes de control financiero de las sociedades mercantiles municipales en uso de las competencias que le atribuyen los artículos 204.2 y 220 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Las actuaciones de control financiero reguladas en el artículo 220.1 tienen por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes e informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

En este contexto legal, en el que las sociedades mercantiles de las Entidades Locales son controladas a posteriori por los órganos interventores, la existencia de programas de cumplimiento o *compliance* pueden abarcar aspectos no cubiertos por el órgano de control interno, ya que establece mecanismos de control y de prevención de delitos, por lo que se reducen los riesgos, y pueden ayudar al órgano interventor. Son, pues, sistemas complementarios, y deben estar coordinados.

El Tribunal de Cuentas aprobó en su sesión de 29 de octubre de 2020, el "Informe de Fiscalización del Grado de Implementación de los Modelos de Prevención de Delitos y de Comportamientos Contrarios a la Ética en las Sociedades Mercantiles Estatales en el Ejercicio 2018". Este informe pone de manifiesto el importante nivel de conciencia en materia de modelos de integridad y prevención de la responsabilidad penal, en las sociedades mercantiles estatales. El contenido del análisis efectuado puede potenciar la implementación de modelos de prevención de riesgos penales, así como sistemas de ética o integridad.

4.- Existencia de un organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Estaríamos ante la figura del *Compliance Officer* u órgano de vigilancia, clave para la adecuada ejecución del programa de cumplimiento.

Podemos estar ante un órgano unipersonal o colegiado, interno o externo. En todo caso, debe ser un persona u órgano con poder autónomo, y cuya función legal es la de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del programa de prevención de comisión de delitos, así como la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Convendría que tuviera facultades disciplinarias.

Características de la figura del órgano de vigilancia: a) objetivas, la autonomía e independencia y b) subjetivas, profesionalidad, ausencia de conflictos de interés, habilidades de comunicación, prestigio. En el sector local podría asignarse estas funciones de cumplimiento a personal con habilitación nacional.

Su labor se ejecutará: a) en vertical, dado que el programa de cumplimiento se aplicará a todos los niveles jerárquicos y b)

trasversal, debe contar con la colaboración de todos los departamentos de la sociedad mercantil.

Según la Norma UNE 19601:2017, podría corresponderle al órgano de cumplimiento (*Compliance Officer*) tareas tales como:

- Identificar las obligaciones de cumplimiento normativo, e integrar estas obligaciones en todos los procedimientos y procesos de la sociedad mercantil.
- Implementar el programa de Compliance.
- Difundirlo, y asegurarse que existe formación a empleados y directivos en su contenido.
- Participar en el inventario, análisis y tratamiento de riesgos
- Evaluar y revisar el programa de cumplimiento
- Activar un canal de denuncias, conocer y analizar las denuncias. Conviene aquí hacer referencia a la necesaria garantía de ausencia de represalias a los denunciantes. Imprescindible la alusión al contenido de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, habiéndose aprobado en Consejo de Ministros, celebrado el 4 de marzo de 2022, un Anteproyecto de Ley para la transposición de esa Directiva.
- Vigilar que se cumplen los protocolos y procedimientos contenidos en el *compliance*, proponiendo, en su caso, mejora respecto a los mismos.
- Diseñar indicadores de cumplimiento.
- Informar al órgano de gobierno sobre los resultados derivados de la aplicación del sistema de gestión de riesgos penales
- Asesoramiento a la Dirección y a los empleados sobre los posibles riesgos de incumplimientos

5.- Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el programa de cumplimiento. Es recomendable la implantación de un sistema disciplinario ágil, eficiente y con las debidas garantías jurídicas. Debería ser aprobado junto al resto de documentación que compone el programa de cumplimiento o *compliance*. Al personal que trabaja para las Sociedades mediante una relación laboral se les aplica el

régimen sancionador previsto en la normativa legal: el Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos o en otros acuerdos con los representantes de los trabajadores reguladores de esas relaciones laborales. En el caso de los que mantuvieran la condición de funcionarios, el Estatuto Básico del Empleado Público y su normativa de desarrollo.

Como señala el Tribunal de Cuentas, en el informe anteriormente mencionado, la *“falta de concreción de incumplimientos y sanciones, en la práctica, favorece la percepción de impunidad, perdiendo el efecto disuasorio del régimen sancionador”*

6.- Verificación periódica del modelo establecido. La eficacia de los programas de cumplimiento está asociada a una evaluación de estos, con un seguimiento de sus contenidos y, en su caso, con las modificaciones que sean oportunas por cambios normativos, alteraciones de la estructura y organización de la sociedad mercantil, o en la actividad que desempeña, incluso en jurisprudencia que pueda afectarles. Un cambio en los riesgos debe conllevar una modificación en las respuestas frente a los mismos. De nada sirven controles ineficaces, que no consiguen el verdadero objetivo de los programas, prevenir los delitos penales y asentar una cultura ética en la sociedad.

Por todo lo expuesto, resulta evidente la conveniencia de implementar programas de cumplimiento o *compliance* en las sociedades mercantiles del sector público local, no solo como medio para beneficiarse de la exención de responsabilidad penal, mediante la adopción de modelos de organización y gestión que prevengan de manera efectiva los delitos en los que pueda incurrir, sino también como fomento de la integridad y ética pública que la sociedad está demandando.

V. Especial referencia a las sociedades mercantiles del Ayuntamiento de Madrid

En primer lugar, debemos hacer referencia al Código de Buenas Prácticas, aprobado por La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid con fecha el 4 de diciembre de 2008, en el que se definen los principios, criterios e instrumentos para incrementar los niveles de transparencia en la gestión pública, el comportamiento ético de los

servicios y mejorar las relaciones de confianza entre el Ayuntamiento de Madrid y los ciudadanos. Este código es de aplicación también a las sociedades mercantiles en los términos previstos en su artículo 2.

1.-Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, S.A.(capital 100% municipal)

Consultada la información disponible en el portal de transparencia de la empresa, puede observarse que cuenta con un "Código de Ética y Conducta " respecto del que textualmente se señala : *"es una declaración formal de principios en el que se recogen los valores y estándares éticos por los que se guía una organización y tiene como objetivo establecer unos valores y pautas de comportamiento responsable, transparente y de obligado cumplimiento para todas las personas que forman parte de la EMVS, en el desarrollo de su actividad profesional diaria, y en su relación con todos los grupos de interés de la empresa, entendiendo como tales a todas las personas físicas y jurídicas que se relacionan con la EMVS. (Aprobado en el Consejo de Administración de la EMVS el 9 de diciembre 2020)"*

En la Introducción del citado Código Ético y de Conducta de la EMVS, se indica *"que forma parte de su Programa de Cumplimiento Normativo, y que pretende exponer de forma clara y comprensible los valores de referencia, que deben de presidir la actuación de la empresa."* En dicha Introducción se señala expresamente:

"Es importante señalar que, en España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en el ordenamiento jurídico español, mediante la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 1/2019, de 20 de febrero, profundizan en todas aquellas cuestiones que integran esta responsabilidad penal y, en concreto, los elementos que deben concurrir para que la empresa pueda quedar exonerada de la misma ,ya que establece, que la adopción y la aplicación efectiva de un Programa de Cumplimiento Normativo, puede actuar y servir como eximente o atenuante , cuando una empresa esté sujeta a responsabilidad penal, por los delitos cometidos por sus directivos, administradores y empleados, adoptando y aplicando de una manera

efectiva un Programa de Cumplimiento Normativo. En todos estos antecedentes, se sustenta este Código Ético y de Conducta de la EMVS, que forma parte de su Programa de Cumplimiento Normativo, y que pretende exponer de forma clara y comprensible los valores de referencia, que deben de presidir la actuación de la empresa”

El documento contiene, por tanto, los principios de actuación y compromisos de conducta, así como previsión de su divulgación entre empleados, un seguimiento para garantizar su cumplimiento, y un canal de denuncias al servicio del personal de la empresa.

2.-Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (capital 100% municipal)

En la página web de la empresa figura la siguiente referencia:

“El Código Ético y de Conducta tiene como objetivo establecer unos valores y pautas de comportamiento responsable y transparente que orienten a todas las personas que forman parte de EMT en el desarrollo de su actividad profesional diaria y en su relación con todos los Grupos de Interés. Se aplica a todas las personas vinculadas o relacionadas con EMT con independencia del área en la que estén integradas y la función que realicen.

Estas mantendrán un comportamiento acorde a los valores éticos característicos del servicio público, tales como la imparcialidad, la transparencia, la integridad, la neutralidad, confidencialidad, la responsabilidad profesional y el servicio a la ciudadanía. Y además en base a los valores que definen a EMT: Responsabilidad, Excelencia en la gestión, Eficiencia, Liderazgo, Innovación, Respeto, Integridad, Trabajo en equipo y proactividad, Conciencia/compromiso ambiental y Conciencia/compromiso social.

Se establece un canal vía correo electrónico para comunicar dudas o sugerencias disponible para todos los Grupos de Interés: canal.etico@emtmadrid.es.”

Se puede acceder al Código Ético mediante enlace que consta en la misma página. Podemos observar que data del año 2017. En su contenido se indica que será *“un documento vivo y ampliamente*

difundido que será actualizado ante los cambios que pudieran producirse."

El Código recoge los compromisos de la empresa en materia de conductas, transparencia, integridad y responsabilidad, incluyendo alusión a la contratación social, a la prohibición prácticas fraudulentas, y a los conflictos de intereses. Prevé la existencia de la figura del Gestor Ético, así como de una Comisión de Ética, encargados de garantizar el cumplimiento de los compromisos del Código Ético. Respecto al canal de denuncia contemplado, cabe señalar que requiere la identificación de los denunciantes, si bien se indica expresamente que se garantiza la confidencialidad.

Por otra parte, en el portal de transparencia de la empresa, figura su organigrama, siendo de destacar que cuenta con una Dirección de Cumplimiento Normativo y Auditoría Interna, adscrita directamente al Presidente del Consejo de Administración, y con independencia jerárquica respecto al resto de estructura organizativa.

3.-Madrid Calle 30, S.A. (capital 80% municipal)

Consultado el portal de transparencia de la Sociedad, no se han localizado en el mismo datos relativos a código ético, programa de cumplimiento normativo o similar.

4.-Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A. (capital 100% municipal)

El Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A., con fecha 29 de marzo de 2019, aprobó su Código Ético, así como un Modelo de Prevención de Riesgos penales, y la constitución del órgano responsable de cumplimiento penal.

En la actualidad están realizando un diagnóstico sobre el grado de alineamiento de las políticas de la empresa a los criterios ASG (medioambientales, sociales y de gobernanza).

5.-Mercamadrid, S.A. (capital 51,13 % municipal)

En su página web puede observarse un apartado denominado "Código y políticas éticas", que consta de los siguientes documentos, todos ellos fechados en diciembre de 2018:

- Código Ético

El Código Ético establece una serie de valores, normas y pautas de comportamiento aplicables a todas las actividades de MERCAMADRID, S.A. Se prevé su difusión a todos los empleados, y sobre los que recae la siguiente obligación:

"Los/as empleados/as deberán informar a su superior/a jerárquico/a, al Órgano de Supervisión o al Compliance Officer de cualquier incumplimiento o vulneración de las conductas recogidas en este Código a través de los medios que la Sociedad ha puesto a su disposición"

- Política Antifraude y Anticorrupción
- Política de regalos realizados y obtenidos
- Política de donaciones y patrocinios
- Protocolo de actuación y relación con funcionarios/as públicos/as

Para ello MERCAMADRID cuenta con un Canal de denuncias cuyo objetivo es la recepción, retención y tratamiento de las denuncias sobre irregularidades o incumplimientos de la normativa legal vigente, que contravengan los compromisos recogidos en el Código Ético. Se señala que MERCAMADRID garantizará la confidencialidad y, en su caso, el anonimato de la denuncia como forma de protección al denunciante.

MERCAMADRID ha creado un Órgano de Supervisión y la figura del *Compliance Officer* para tramitar y resolver las diferentes denuncias que se reciban. Se señala que las denuncias que se realicen a través de estas vías deberán contener, como mínimo, entre otros elementos, la identificación del denunciante. Ello suscita dudas sobre el alcance del anonimato a que se hace antes mención.

6. -Empresa Mixta Club de Campo Villa de Madrid, S.A. (capital 51% municipal)

Consultado el portal de transparencia de la Sociedad, no se han localizado en el mismo datos relativos a código ético, programa de cumplimiento normativo o similar.

7.-Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio, S.A. (capital 100% municipal)

El Consejo de Administración de la sociedad aprobó, con fecha 24 de julio de 2020, su Código Ético, documento que se enmarca en los principios y criterios establecidos en el Código de Buenas Prácticas, aprobado por la Junta de Gobierno el 4 de diciembre de 2008. Su ámbito de aplicación esta previsto tanto para empleados, como para contratistas y proveedores. Detalla los valores aplicables con la pretensión de *"llevar a cabo su actividad manteniendo los más altos estándares éticos"*. Supone un compendio de normas de conductas, alineadas con la prevención de las vulneraciones que pudieran derivar en responsabilidad penal directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal. Será el Comité de Cumplimiento Normativo de MADRID DESTINO, el órgano encargado de las políticas de Prevención de Riesgos, los sistemas de Gestión de Cumplimiento y la implementación del Código Ético en al Sociedad. En mayo de 2019 el Consejo de Administración aprobó el Reglamento del citado Comité de Cumplimiento.

No obstante, no ha sido posible localizar en la página web de la Sociedad ni el texto del Reglamento del Comité de Cumplimiento Normativo, ni la composición del citado Comité.

Respecto al *Canal ético*, Madrid Destino pone a disposición de los empleados, directivos, miembros de los órganos rectores, personal en prácticas, becarios, proveedores, clientes y patrocinadores, todos ellos, colaboradores, y al público asistente a actividades culturales y eventos así como a usuarios de los servicios que presta la Sociedad municipal, un canal de comunicación confidencial, el Canal ético, al objeto de permitir la realización de consultas y denuncias sobre posibles incumplimientos de las normas previstas en el Código ético y el resto de normativa aplicable a la Entidad.

La responsabilidad del Canal ético corresponde al Comité de Cumplimiento Normativo y, por delegación de éste, al gestor del Canal ético, quien ejerce sus funciones bajo los principios de confidencialidad, exhaustividad, respeto y dignidad, que se deberán aplicar durante la totalidad del procedimiento."

El Procedimiento de Gestión del Canal Ético establece la *"Identificación del denunciante, no obstante, se admitirán denuncias anónimas siempre que se aporten unos mínimos indicios de los hechos denunciados. Es imprescindible una dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones"*

VI. CONCLUSIONES

1.- Los programas de *compliance*, programas de cumplimiento normativo o modelos de organización y gestión, tal como lo denomina el legislador español en el artículo 31 bis CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, constituye un mecanismo eficaz para la prevención de conductas ilícitas en la lucha contra la corrupción.

2.- Las sociedades mercantiles municipales pueden incurrir en responsabilidad penal. De ahí la conveniencia de implementar programas de cumplimiento normativo o *compliance*, que además de servir para eximir o atenuar la responsabilidad penal de los órganos de dirección y de sus empleados, constituyen medios o instrumentos esenciales para asegurar la actuación eficaz, íntegra y transparente; en definitiva, una buena gobernanza.

3.- Las sociedades mercantiles municipales deben contar con eficaces programas de cumplimiento normativo, no se debe olvidar que la mera existencia de un programa de prevención de ilícitos o programa de cumplimiento no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que eso solo podría producirse si queda acreditado que se ha aplicado correctamente y que se ha ejercido el debido control.

4. Un programa de cumplimiento que pretenda ser relevante a los efectos de la responsabilidad debe abarcar no sólo el deber de observar los mandatos legales (cumplimiento normativo) sino también instaurar un departamento especial de control y vigilancia, y el nombramiento de un comisionado de *compliance* (*compliance*

officer) dentro de un departamento especializado, cuyas funciones básicas son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, para el cumplimiento de la ley y de principios éticos.

5.- La existencia de programas de cumplimiento en las sociedades mercantiles municipales no excluye las competencias y funciones de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción cuyo buzón de denuncias será complementario de los que se establezcan en las Sociedades Mercantiles Municipales y será el buzón de denuncias respecto a aquellas sociedades mercantiles municipales que no lo hubieran establecido.

6. Los programas de cumplimiento normativo deben ser conocidos y aplicados por todos los empleados de las sociedades mercantiles municipales, que recibirán una adecuada formación sobre dichos programas y sobre la ética e integridad en la función pública.

ESTUDIO-INFORME “LA PARTICIPACION DE LA SOCIEDAD CIVIL: CONSEJO ASESOR”.

Principios fundamentales

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobó la Resolución 58/4 de la Asamblea General el 31 de octubre de 2003, que define a la corrupción como una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad y da pie a violaciones de los derechos humanos. Afecta infinitamente más a la población vulnerable, que se ve privada de fondos que podrían estar destinados a ofrecer servicios básicos. Alimenta así la desigualdad y la injusticia y desalienta las ayudas y la inversión extranjera, convirtiéndose en un factor clave y un obstáculo muy importante para el desarrollo social. Si bien la Convención contiene importantes recomendaciones para la lucha contra la corrupción a nivel mundial, existen dos especialmente relevantes para el ámbito municipal. La primera, la necesidad de crear un órgano encargado de prevenir la corrupción que goce de la independencia necesaria para desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida; la segunda, la necesidad de fomentar la participación activa de personas y grupos pertenecientes a la sociedad civil en la prevención y la lucha contra la corrupción.

Entre las medidas preventivas indicadas en la citada Resolución, su artículo 5 señala que *“Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.”*

Mandato que queda desarrollado en el artículo 13, *“Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción”.*

En el ámbito de la Unión Europea, la participación de la sociedad civil queda también reflejada en su Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 7 de junio de 2016). Así, en el artículo 11 se dispone que: *"Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil."*

De manera específica, esta participación queda reflejada, en materia de lucha contra la corrupción, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Lucha contra la Corrupción en la UE (6 de junio de 2011), cuando señala que la Comisión establecerá un nuevo mecanismo, el Informe Anticorrupción de la UE, destinado a supervisar y valorar los esfuerzos de los Estados miembros en su lucha contra la corrupción. Dicho Informe Anticorrupción de la UE será gestionado con la ayuda de un grupo de expertos y una red de corresponsales locales de investigación establecida por la Comisión, compuesta por representantes de la sociedad civil y del mundo académico.

Mediante Decisión de la Comisión, de 28 de septiembre de 2011, fue creado el grupo de expertos en corrupción, para contribuir a la elaboración del Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea. Al grupo de expertos le corresponden las funciones atribuidas por el artículo 2 de dicha Decisión: asesorar sobre la metodología general y ayudar a las evaluaciones contenidas en el informe. Los expertos proceden de muy diversos ámbitos, administraciones públicas, sector privado, sociedad civil, organizaciones internacionales, etc.

El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Lucha Contra la Corrupción en la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014, se expresa en los siguientes términos:

"la Comisión desea entablar un debate constructivo y con visión de futuro para establecer las mejores maneras de hacer frente a la corrupción, especialmente por lo que se refiere a los puntos que requieren mayor atención. La Comisión espera que se abra un amplio debate sobre las medidas de lucha contra la corrupción con la

participación activa de los Estados miembros, el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales, el sector privado y la sociedad civil, y está dispuesta a participar activamente en las discusiones tanto a nivel de la UE como en los Estados miembros."

Cabe, asimismo, citar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre: «Combatir la corrupción en la UE: afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil», de 15 de enero de 2016, donde se señala que *"por lo que respecta a las iniciativas relativas al compromiso de la UE en la lucha contra la corrupción, deberían reforzarse la consulta y la participación de la sociedad civil, basándose en el artículo 11 del TFUE, así como del Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones."* Se pone de manifiesto en el Dictamen, que es fundamental contar con la participación de la sociedad civil en los esfuerzos de lucha contra la corrupción nacionales, sobre todo con el objetivo de sensibilizar y ofrecer orientaciones sobre la manera de evitar la corrupción, el fraude y el soborno.

Participación civil en nuestro entorno

La participación de la sociedad civil es algo presente, de un modo u otro, no solo en el ámbito de las instituciones europeas, sino también en diferentes oficinas, agencias y órganos creados en España para la lucha contra el fraude y la corrupción.

Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción en la Comunidad de Valencia

En la Comunidad de Valencia fue creada, por Ley 11/2016, de 28 de noviembre, la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción, estableciendo en su artículo 4.n), entre otros fines y funciones, el de *"promover espacios de encuentro e intercambio con la sociedad civil periódicamente donde se recogerán sus aportaciones."*

El Título IV del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de dicha Agencia, aprobado por Resolución de 27 de junio de 2019, regula el Consejo de Participación como el órgano asesor y de consulta de la Agencia y cauce para la participación de la sociedad civil y de personas expertas, dentro del ámbito de la prevención y

lucha contra el fraude y la corrupción. El 12 de febrero de 2018 fue creado dicho Consejo de Participación de la Agencia de Prevención, y su finalidad es impulsar la vinculación de la Agencia con la sociedad civil y la ciudadanía facilitando su comunicación y relación.

Las funciones del mencionado Consejo vienen expuestas en el artículo 24 del Reglamento de funcionamiento de la Agencia:

a) Asesorar a la Agencia sobre las líneas generales, los objetivos y las iniciativas específicas que se consideren oportunas, en relación con la erradicación del uso y abuso, en beneficio propio o de un tercero, de los recursos y fondos públicos y la desviación de poder.

b) Elaborar informes, propuestas y recomendaciones para la prevención del fraude, la lucha contra la corrupción y el fomento de una cultura de buenas prácticas, integridad y ética pública en las instituciones públicas valencianas.

c) Informar los proyectos normativos que afecten o se refieran a la Agencia, así como impulsar iniciativas legislativas, reglamentarias o de cualquier otro orden en relación con el funcionamiento y fines de la Agencia.

d) Evaluar el cumplimiento de las funciones y fines encomendados a la Agencia, y sus resultados, a través, entre otros medios, del análisis de su memoria anual y de los informes especiales y extraordinarios.

e) Fortalecer las relaciones de la Agencia con la sociedad valenciana mediante el establecimiento de cauces de participación y colaboración con la ciudadanía y con diferentes personas físicas y jurídicas que, por su naturaleza, experiencia o circunstancias, puedan incidir en el fortalecimiento de un clima de lucha y de rechazo de la corrupción en la Comunitat Valenciana.

f) Fomentar espacios de debate, encuentro, reflexión e intercambio de información y experiencias en relación con el uso o destino irregular de fondos públicos y con conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho.

g) Incentivar valores y actitudes favorables a la integridad institucional y a la honestidad pública, mediante actividades de

sensibilización y generación de opinión y por cualquier otro medio que se estime oportuno.

h) Promover un pacto social valenciano contra la corrupción, que contribuya a la mejora de la calidad democrática de las instituciones públicas valencianas.

i) Crear las comisiones técnicas y grupos de trabajo que se estimen necesarios para la realización de las funciones asignadas.

j) Cualesquiera otra que se relacione con las anteriores o se deriven de su naturaleza de órgano de participación, asesor y consultivo de la Agencia"

Su funcionamiento, determinado en el artículo 26 del Reglamento, puede ser en pleno y en comisiones técnicas o grupos de trabajo en caso de que existan. Previéndose reuniones, en sesión ordinaria, al menos dos veces al año, y en sesión extraordinaria cuando así lo acuerde la presidencia o a solicitud al menos de un tercio de los miembros del pleno. Sus miembros no perciben retribuciones por su pertenencia al mismo, a excepción del abono de los gastos derivados de los desplazamientos y estancias que correspondan como consecuencia de la asistencia a sus reuniones.

Oficina Antifraude de Cataluña

En el caso de Cataluña, la Oficina Antifraude fue creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre. Ley que afirma en su Preámbulo: *"Desde la vertiente preventiva, se potencia el papel de la sociedad civil al otorgar a la Oficina la función de impulso de iniciativas destinadas a fomentar la conciencia y participación ciudadanas en favor de la transparencia y la ética en la actuación pública"*. Aspecto que queda plasmado en el Artículo 15.4, relativo a la cooperación institucional y sociedad civil.

Existe en esta Comunidad Autónoma un Observatorio Ciudadano Contra la Corrupción, que *"tiene como misión ser una voz de la ciudadanía autoorganizada en la lucha por la transparencia y contra la corrupción, poniendo el foco en la creación de un marco que dificulte las causas estructurales de ésta última. Colabora con los distintos organismos e instituciones públicas y privadas que*

persiguen estos mismos objetivos". Colabora con los distintos organismos e instituciones públicas y privadas que persiguen estos mismos objetivos.

Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona

Por su parte, el Área Metropolitana de Barcelona cuenta con una Agencia de Transparencia en la que se incardina el Consejo Asesor de transparencia metropolitana, como órgano de apoyo técnico-jurídico a la citada Agencia de Transparencia con carácter no retribuido, integrado por expertos designados por razón de sus méritos personales y trayectoria profesional.

Son tareas del Consejo Asesor de transparencia metropolitana la celebración de debates, la formulación de propuestas y criterios no vinculantes en relación con las actuaciones que tiene asignadas la Agencia de Transparencia en cuanto al despliegue de la Ley 19/2014, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como el impulso y la promoción de la actualización de los indicadores del cumplimiento de la ley.

Servicio de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona

En el ámbito de la Ciudad de Barcelona, la participación de expertos podemos observarla en la Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas, que cuenta con un Comité de Ética para impulsar, hacer el seguimiento y evaluar el cumplimiento de este Código Ético y de conducta de ese Ayuntamiento.

Este Comité de Ética es un órgano colegiado consultivo, cuyos informes y recomendaciones no tienen carácter vinculante, de composición paritaria e integrado por un máximo de cinco personas profesionales de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa de la ética, la integridad y la transparencia públicas.

Las personas que integran el Comité de Ética son designadas mediante acuerdo adoptado por el Plenario del Consejo municipal por mayoría cualificada de dos tercios, por un plazo de cinco años. Perciben dietas por asistencia efectiva a las sesiones, y ejercen sus funciones con plena autonomía, independencia, objetividad e

imparcialidad. No pueden recibir instrucciones de ningún órgano, autoridad o cargos municipales.

Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears

Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, proclama en su Exposición de motivos que *" se potencia el papel de la sociedad civil y se otorga a la Oficina la función de impulsar iniciativas destinadas a fomentar la conciencia y la participación ciudadanas a favor de la transparencia y la ética en la actuación pública, vertebrando un nuevo eje de control que pueda derivar en entidades de carácter civil como, por ejemplo, observatorios ciudadanos de lucha contra el fraude o la corrupción"*. Dedicó su artículo 9 a regular la cooperación institucional y sociedad civil. Con base en el artículo 19 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, la Oficina ha suscitado convenios con entidades que forman parte del Observatorio Ciudadano para impulsar la participación activa en el mismo de individuos y grupos ajenos al sector público.

En el ámbito estatal, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), creada mediante Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, cuenta con un Consejo Asesor, regulado por su nuevo Reglamento de Régimen Interno, aprobado por Resolución 3/2021, de 16 de marzo. Es un órgano de carácter deliberante y de asesoramiento técnico, cuyos miembros son nombrados entre personas de reconocido prestigio nacional o internacional, siendo los nombramientos por periodos de dos años, renovables por periodos sucesivos. No perciben retribución por los servicios, pero sí dietas por asistencia reuniones y gastos de desplazamiento. Se prevé se reúna en pleno, la menos, dos veces al año.

Consejos Asesores de distinta naturaleza

El asesoramiento y apoyo a los órganos antifraude en ocasiones tiene una composición diferente, y se conforman no por expertos de la sociedad civil sino por personal experto adscrito a diferentes administraciones o instituciones públicas.

- Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude a los intereses financieros de la Unión Europea. Se configura en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su Disposición adicional vigésima quinta apartado 4 como un órgano colegiado de asistencia al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, en el que están representados órganos y entidades de la Administración General del Estado, representantes de las comunidades autónomas y la Administración Local, así como representantes de órganos del Estado no integrados en la Administración General del Estado. La composición y funcionamiento quedan establecidas por el Real Decreto 91/2019, de 1 de marzo.

Es un órgano colegiado de carácter consultivo de asesoramiento y de apoyo del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, que tiene por finalidad asistir al citado Servicio en el ejercicio de las funciones.

-La Comunidad Autónoma de Galicia optó por modificar su ley del Consejo de Cuentas, mediante la aprobación de la Ley 8/2015, por la que atribuye funciones de lucha contra la corrupción a dicho órgano. El Consejo cuenta con un Código ético institucional, siendo órgano competente para la supervisión del cumplimiento de dicho código un Comité de Ética, que valorará y resolverá las consultas y los incumplimientos que se hubieran podido detectar en el seno de la institución.

El Comité estará integrado por los siguientes miembros: dos miembros designados por el Pleno del Consejo por un período de cuatro años, uno de los cuales ocupará la presidencia; la persona que ostente la presidencia de la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del Consejo de Auditores; dos personas de probada experiencia, competencia y prestigio profesional en materias relacionadas con la ética, el derecho o el gobierno de las organizaciones del sector público y privado, que serán designadas por el Pleno del Consejo de Auditores por igual período de cuatro años. El Comité se reunirá al menos dos veces al año.

Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid

La Oficina es un instrumento principal para reforzar las buenas prácticas de la Administración Pública, prevenir e investigar posibles casos de uso destino fraudulento de fondos públicos o cualquier aprovechamiento ilícito derivado de conductas que comporten conflicto de intereses o el uso particular de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público municipal. Para la consecución de estos objetivos la Oficina dispone de Plena autonomía para el ejercicio de sus funciones, quedando separada del Gobierno y Administración Municipal, adscribiéndose al Pleno, garantizando así su actuación objetiva y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y disfrutando de independencia técnica y funcional respecto de los órganos a los que extiende su actuación.

EL Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, aprobado por Acuerdo Plenario de 23 de diciembre de 2016, manifiesta en su Preámbulo la necesidad de fomentar la participación activa de personas y grupos pertenecientes a la sociedad civil en la prevención y la lucha contra la corrupción. La Oficina cuenta con un órgano de dirección y un Consejo Asesor, integrado por miembros de la sociedad civil, para sensibilizar así a la opinión pública respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.

El Capítulo IV de Reglamento se dedica a la regulación del Consejo Asesor, como órgano de cooperación técnica dependiente orgánica y funcionalmente de la Dirección de la Oficina e integrado por un máximo de seis Vocalías en representación de la sociedad civil. Las Vocalías serán nombradas por el Pleno mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros por un periodo de cinco años, renovándose por mitades cada dos años y medio. El Capítulo termina con las previsiones detalladas sobre las funciones a desarrollar por el Consejo Asesor.

La regulación expresa queda contenida en los artículos 12 y siguientes:

Artículo 12. Consejo Asesor.

"1. La Dirección de la Oficina estará asistida por un órgano de cooperación técnica denominado Consejo Asesor, que dependerá orgánica y funcionalmente de la misma.

2. El Consejo Asesor estará integrado por un máximo de seis Vocalías en representación de la sociedad civil.

3. El Consejo Asesor y sus Vocalías no estarán sujetas a mandato imperativo alguno y no podrán recibir instrucciones de ninguna autoridad.

4. La presencia de mujeres y hombres en el Consejo Asesor procurará dar cumplimiento al principio de presencia o composición equilibrada en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. "

Artículo 13. Vocalías del Consejo Asesor.

"1. Las Vocalías serán elegidas entre personas de reconocida trayectoria democrática y prestigio o experiencia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, que se encuentren en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.

2. Los candidatos o candidatas a ocupar las Vocalías del Consejo Asesor, en caso de ser nombrados, no podrán ostentar la condición de diputado, senador, concejal o de miembro de los órganos de gobierno del Estado, las Comunidades autónomas o las entidades locales. Asimismo, no podrán estar investigados, encausados o disponer de antecedentes penales por delitos dolosos. El personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid no podrá ser titular de las Vocalías.

3. Las Vocalías no percibirán retribución alguna por el ejercicio de sus funciones, salvo las compensaciones económicas que les correspondan como dietas de asistencia a las sesiones del Consejo Asesor. El importe de tales dietas será acordado por el Pleno."

Artículo 14. Nombramiento y cese de las Vocalías del Consejo Asesor.

1. El proceso de nombramiento de las Vocalías se iniciará mediante convocatoria pública. Las candidaturas para cubrir los puestos se recibirán en el Registro de la Oficina dentro de los quince días naturales siguientes a la publicación de la convocatoria y deberán reunir los requisitos formales establecidos en ella.

2. Las personas titulares de las Vocalías del Consejo Asesor serán nombradas y cesadas por el Pleno del Ayuntamiento, mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros por un período de cinco años.

3. Las Vocalías se renovarán por mitades cada dos años y medio, siguiendo el proceso indicado en los apartados 1 y 2. No obstante, las Vocalías cesantes continuarán ejerciendo sus funciones hasta la designación de las nuevas Vocalías. El cese se producirá también por las siguientes causas:

a) Renuncia.

b) Muerte o incapacidad sobrevenida.

c) Actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo. d) Haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

e) Nombramiento para el desarrollo de cargos o puestos incompatibles previstos en el artículo 13.2.

4. Corresponde a la Dirección de la Oficina elevar al Pleno la propuesta de nombramiento y cese de las Vocalías, con elaboración de la correspondiente memoria acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso.

Artículo 15. Funciones del Consejo Asesor

1. El Consejo Asesor, a través de sus Vocalías, desarrollará las siguientes funciones:

a) Asesorar a la Dirección de la Oficina en todos aquellos asuntos en que se solicite su intervención.

b) Presentar a la Dirección de la Oficina las propuestas e informes que se consideren oportunos dentro del ámbito competencial de la Oficina.

c) Proponer programas de formación y cursos de especialización que resulten necesarios o convenientes para las autoridades, directivos y empleados públicos municipales, en el ámbito competencial de la Oficina.

d) Realizar el seguimiento del grado de cumplimiento de las medidas que se contengan en las memorias anuales, recomendaciones e informes elaborados por la Dirección de la Oficina.

2. Cada Vocalía deberá guardar sigilo de todas las actuaciones que conozca en el ejercicio y desarrollo de sus funciones. Este deber de sigilo será exigible tras la expiración de su nombramiento y durante el tiempo que la información o documentación a la que accedieron en su condición de vocales conserve un carácter reservado o confidencial. El incumplimiento del deber de sigilo podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal en los términos previstos en la legislación aplicable.

Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid

En aplicación de los mencionados preceptos, por Acuerdo Plenario de fecha 29 de marzo de 2022 fueron nombrados, por un periodo de cinco años, los titulares de las Vocalías del Consejo Asesor de la Oficina Municipal, tras la cumplimentación del proceso de convocatoria pública para la presentación de candidaturas de aquellas personas interesadas en formar parte de este. Las personas que fueron propuestas y designadas son tres mujeres y tres hombres, de reconocida trayectoria democrática, gran prestigio y experiencia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Con la constitución del Consejo Asesor se inicia una nueva etapa en la actividad de la Oficina, que potenciará la labor preventiva, de análisis y asesoramiento que contribuirá a seguir fomentando una cultura de buenas prácticas, integridad y ética públicas en la actuación de los servicios municipales.

ESTUDIO-INFORME “REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA NUEVA REGULACION MUNICIPAL EN MATERIA URBANISTICA”.

Las actuaciones urbanísticas sujetas a control municipal son una de las materias que afectan de manera directa a la ciudadanía, siendo uno de los ámbitos en los que se incoan expedientes en esta Oficina Municipal, a instancias de escritos presentados por particulares. La aprobación reciente de nuevos textos regulatorios municipales puede hacernos reflexionar, con un enfoque actualizado, sobre dichas actuaciones.

El Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de 23 de diciembre de 2016, le atribuye en su artículo 4.g) la competencia para “asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia”, cuyo ámbito viene definido en el apartado 1.

La evolución legislativa autonómica, con la aprobación de la ley 1/2020 de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y el nuevo marco jurídico municipal de requisitos administrativos para actuaciones urbanísticas suponen una simplificación de trámites administrativos, añadiendo eficacia a la tramitación, si bien no podemos dejar de preguntarnos si implican riesgos de fraude que deben ser atajados, o bien pueden plantearse problemas ante una falta de control administrativo efectiva. Una visión preventiva, y el análisis sistemático de las posibles infracciones, pueden servir de apoyo para garantizar los intereses de los particulares, y de la ciudadanía en general. Esta Oficina Municipal elaboró dos informes, en el año 2020, uno relativo a las declaraciones responsables y su control posterior, y otro sobre el control municipal de las actuaciones de las entidades urbanísticas colaboradas. Actualmente ha habido un cambio normativo municipal en la regulación de ambas cuestiones.

El Pleno del Ayuntamiento de Madrid, por sendos Acuerdos de fecha 26 de abril de 2022, aprobó la Ordenanza 6/2022 de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas, y el Reglamento 7/2022 por el que se establece el régimen de las Entidades Colaboradoras Urbanísticas de Verificación, Inspección y Control.

Siendo uno de los objetivos principales de la Ordenanza la simplificación y la disminución de las cargas administrativas, contiene la regulación del régimen jurídico y los procedimientos de tramitación de licencias y de comprobación de las declaraciones responsables como medios de control urbanístico municipal. Las declaraciones responsables serán ahora el medio de intervención general, relegando la licencia a las actuaciones contenidas en el anexo I de la Ordenanza que son aquellas en las que concurren razones de interés general que justifican el control previo.

I.- Declaraciones responsables

La consolidación de la potenciación de la declaración responsable como medio de intervención urbanística queda materializada en el nuevo texto de la Ordenanza 6/2022, que, como su preámbulo señala, "establece la regulación de un régimen jurídico más completo y eficaz en lo que a trámites y a comprobación ex post se refiere".

Según las definiciones que de declaración responsable se contienen en el artículo 3 de la Ordenanza, es un factor determinante que el interesado "bajo su responsabilidad" manifiesta que las efectúa con cumplimiento de la normativa urbanística y adecuada ejecución de la actuación conforme a la misma.

La presentación de la declaración, de elección voluntaria para el interesado, puede ser efectuada directamente por el titular ante el Ayuntamiento o con intervención de una entidad urbanística colaboradora. Su tramitación, para ambos supuestos, queda detallada en el Título III. Se caracteriza la declaración responsable, frente a la licencia, en que el control no es previo sino posterior a su presentación. La comprobación será mediante verificación de la documentación exigida y su contenido, y estará referida a la adecuación a normativa y a la idoneidad del medio de intervención para la actuación que se pretende efectuar (artículo 29.1 de la Ordenanza citada). El control de legalidad supone, por tanto, no solo controlar que se ha justificado el cumplimiento de la normativa urbanística, sino que hay un efectivo cumplimiento de esta normativa en la actuación concreta que los particulares van a llevar a cabo. Destacable el contenido del apartado 2 del mismo artículo, que determina de manera expresa las consecuencias de inexactitud,

falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que acompañe a una declaración responsable, así como la inadecuación de la misma a la normativa de aplicación, lo que imposibilitará iniciar o continuar las obras o ejercicio de actividad desde que se tenga constancia de tales hechos, además de las correspondientes responsabilidades penales, civiles o administrativas, si hubiere lugar a ellas.

Puede constituir un elemento disuasorio para la presentación de declaraciones responsables no ajustadas a normativa, o a una ejecución de actuaciones derivadas de las mismas con vulneración de la legalidad, la previsión contenida en el artículo 29.6 de la Ordenanza, de que en cualquier momento los servicios técnicos municipales puedan desarrollar las potestades de inspección urbanística previstas en la legislación, con carácter general, o en el marco de un plan de inspección. Y esta posibilidad, si de una manera habitual se hace efectiva puede contribuir eficientemente a la salvaguarda de los intereses generales.

Por otra parte, es especialmente destacable el Capítulo II del Título V de la Ordenanza, dedicado íntegramente a las inspecciones. Aspecto de vital importancia cuando de declaraciones responsables se trata, donde el control se trastada a un momento posterior. De la disposición de los medios necesarios para la adecuada comprobación de obras, construcciones y usos, durante o tras su ejecución, puede depender el éxito de la garantía efectiva en materia de cumplimiento de la legalidad urbanística, evitando situaciones fraudulentas. Junto a las inspecciones que los servicios municipales consideren necesarias, se prevé la elaboración de planes de inspección urbanística municipal. Estos planes pudieran ser un elemento por potenciar, ya que además de organizar la actividad inspectora, tal y como el propio artículo 62 establece, suponen la materialización de un efectivo control de la administración. Además de los expedientes concretos a los que pueda dar lugar la acción inspectora, la lectura generalista de los resultados de los planes pueden señalar el camino para conocer los incumplimientos más habituales, los más perniciosos para los intereses generales o los que tienen un mayor impacto urbanístico, lo que posibilitaría adoptar medidas para prevenirlos, si ello fuera posible.

Por último, señalar como especialmente sensibles aquellas declaraciones responsables que tienen unas consecuencias directas en terceros adquirentes de buena fe y que afectan al uso residencial. La actuación municipal preventiva, en esta materia, evitaría la posterior tramitación de expedientes de restablecimiento de la legalidad, una vez autorizada la ocupación.

Desde el punto de vista de la prevención, es destacable el artículo 64.2, cuando establece que “la inspección contempla como preferente las tareas de vigilancia y comprobación preventivas, y de información, asesoramiento y colaboración, respecto de las referidas a la sanción de conductas”.

Por otra parte, la posibilidad de otorgar distintivos de calidad (artículo 64.3) que pongan de manifiesto, en el caso de las actividades, que las mismas se ejercen en condiciones óptimas de seguridad, son un estímulo positivo que puede animar a los titulares de dichas actividades a cumplir las normas para obtener los distintivos.

Sin duda, activar la capacidad municipal de actuar desde la prevención es una hoja de ruta que beneficiará a la ciudadanía, de manera general y a los afectados directamente de manera particular.

No siendo siempre posible prevenir las infracciones, arroja claridad y seguridad jurídica que el texto de la nueva ordenanza contenga un Título relativo al régimen sancionador, el VI, que complementa el regulado en la legislación sectorial que resulte de aplicación, y que permitirá sancionar aquellas conductas que no estén directamente tipificadas en la normativa que les sea de aplicación en materia de ordenación urbanística, espectáculos públicos y actividades recreativas.

II.- Entidades Colaboradores Urbanísticas (ECUS)

Los campos de actuación de las ECUS han tenido un incremento cada vez mayor en la colaboración con las administraciones públicas, siendo precisamente una de las novedades del texto de la Ordenanza 6/2022, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas, la ampliación del ámbito de intervención de estas entidades urbanísticas colaboradoras, y habiendo optado el Ayuntamiento por la aprobación de un Reglamento específico que establece su régimen jurídico.

La Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística, deja en el artículo 159, plasmada la necesidad de que las declaraciones responsables sean objeto de control posterior por el ayuntamiento o sus entidades colaboradoras. Se manifiesta así la intención de que las entidades colaboradoras puedan participar en labores de control de las citadas declaraciones.

El Reglamento 7/2022, de 26 de abril de 2022, por el que se establece el régimen de las Entidades Colaboradoras Urbanísticas de Verificación, Inspección y Control, expresa en su preámbulo la voluntad de ser considerado un instrumento adecuado y eficaz para el interés general. Como instrumento de materialización de la regulación jurídica de colaboración público-privada en la materia que nos ocupa, previsiblemente aportará eficacia a la tramitación administrativa, lo que no obsta para prestar especial atención a evitar situaciones de fraude, sin perder la referencia de la imparcialidad de los funcionarios públicos como garantes de los intereses generales, a través de una intervención adecuada y efectiva en relación con la actividad de las ECUS.

El texto deja claro, en línea con las exigencias legales previstas en la Orden 639/2014, de 10 de abril, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se regulan las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación y control en el ámbito urbanístico, que en ningún caso éstas tendrán carácter de autoridad, ni su actuación sustituye ni excluye la función de verificación, control e inspección propia de los servicios técnicos municipales (artículo 4.7). Cuestión que puede entroncar con lo dispuesto en el artículo 4.5 de la nueva Ordenanza de Licencias, cuyo tenor literal establece que "en cualquier momento de la tramitación, los servicios técnicos municipales podrán emitir un informe técnico y/o jurídico motivado, que prevalecerá sobre el emitido por las entidades colaboradoras". Este artículo es el que delimita el alcance y los efectos de la intervención de las entidades urbanísticas colaboradoras en la tramitación de licencias y declaraciones responsables, dejando la facultad última de control en los servicios municipales. Las competencias de policía y control son

propias de los municipios e irrenunciables, según queda dispuesto en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Parejo al control municipal sobre los actos de intervención urbanística es el control sobre las propias entidades colaboradoras, especialmente dada la ampliación de las funciones que pueden desempeñar.

El Reglamento prevé que dichas entidades privadas puedan no solo realizar funciones de verificación, inspección y control de la conformidad de la normativa urbanística a solicitud de los interesados, sino también establece que estas entidades podrán realizar funciones de verificación, inspección y control a solicitud del Ayuntamiento. De esta manera queda abierta la facultad de que sea el propio Ayuntamiento el que se dirija a las entidades colaboradoras para que le presten sus servicios de verificación, inspección y control. Posibilidad de prestación de servicios que se materializaría a través de un contrato administrativo. En todo caso, este contrato entre el Ayuntamiento y una entidad colaboradora no implica la concesión del ejercicio de autoridad, toda vez que el informe emitido por la entidad puede ser aceptado, pero también puede ser rechazado por la administración, circunstancia que se establece, en el artículo 4.5, respecto a todos los certificados, actas e informes de las entidades, prevaleciendo los informes municipales sobre los mismos.

Junto al control sobre los actos de las entidades colaboradoras es importante el control sobre su funcionamiento. El doble requisito, de acreditación por un organismo nacional y de autorización previa mediante resolución municipal, para que puedan realizar sus funciones queda pormenorizado en el Reglamento, que pretende garantizar un control efectivo sobre el adecuado desempeño de esas funciones. El control permanente, contenido en el artículo 26 del Reglamento, permite y obliga al Ayuntamiento a supervisar el desarrollo de las entidades debiendo éstas permitir el acceso de los servicios técnicos municipales y del personal que actúe en representación de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).

Habida cuenta de la amplitud de funciones que pueden asumir las entidades colaboradoras, es preceptivo hacer referencia a su régimen

de incompatibilidades, y el del personal a su cargo, que queda detallado en los artículos 20 y siguientes, y respecto al que convendría vigilar su cumplimiento efectivo, a fin de evitar posibles conflictos de intereses que perjudiquen y comprometan la debida imparcialidad y objetividad de dichas entidades.

La novedad relativa a que el Ayuntamiento pueda contratar a las entidades colaboradoras para la emisión de informes de verificación, inspección y control de actuaciones, de acuerdo con lo previsto en la legislación en materia de contratos del sector público, queda expuesta en el artículo 6 del Reglamento. En cuyo apartado 2, se detalla que el documento en el que se formalice el contrato recogerá las condiciones de ejecución de la prestación a realizar por la entidad colaboradora y el alcance de su colaboración. A este respecto, cabría la posibilidad de promover, a través de la contratación pública, el establecimiento de programas de cumplimiento normativo por parte de las entidades contratadas.

Las obligaciones y responsabilidades que corresponden a las entidades colaboradoras quedan ampliamente detalladas en el Reglamento, correspondiendo a la Administración velar por el efectivo cumplimiento de estas, evitando situaciones de fraude y conflictos de intereses.

ESTUDIO-INFORME "LA IMPORTANCIA DE LOS PLANES ESTRATEGICOS DE SUBVENCIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO".

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.g) del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016, corresponde a la Oficina, en el ámbito definido en su artículo 1, "*asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales*". El análisis de materias vinculadas a la prevención constituye una oportunidad para la reducción de riesgos, actuaciones contempladas en el artículo 25 del citado texto.

Es relevante el valor de los Planes Estratégicos de Subvenciones (PES) como elemento preventivo del fraude y la corrupción, en cuanto instrumentos de planificación para la consecución de objetivos, asignación de gasto público, así como su control, seguimiento y evaluación.

El informe emitido por esta Oficina Municipal, con fecha 28 de enero de 2021, ya aludía a la importancia de dichos Planes, al expresar lo siguiente:

El artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece, como uno de los principios generales que deben respetar las Administraciones Públicas, el de "planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas".

Asimismo, el artículo 8 de la LGS señala que las Administraciones públicas, si se proponen el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

La regulación del PES ha sido desarrollada en el RLGS. El carácter programático de los Planes viene expresado en la Exposición de Motivos, "los planes estratégicos tienen mero carácter programático,

constituyéndose, en esencia, en un instrumento fundamental para orientar los procesos de distribución de recursos en función del índice de logro de fines de las políticas públicas". Constituyen un instrumento necesario para conectar la política de asignación presupuestaria a los rendimientos y objetivos alcanzados en cada política pública gestionada a través de subvenciones.

Las subvenciones deben obedecer a objetivos que, una vez analizados si se cumplen o no, deben conllevar un impacto en las mismas, de manera que se mantengan, modifiquen o supriman.

Sobre la utilidad de los PES se ha pronunciado también el Tribunal de Cuentas, en su "Informe de Fiscalización de los Planes Estratégicos de Subvenciones (PES) de los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado", en una de cuyas recomendaciones indicaba: "sería conveniente aprobar anualmente normas para la elaboración de los PES y para determinar el contenido de los informes de seguimiento de los mismos, que podrían coadyuvar a los gestores públicos en la ejecución de la política subvencional".

Como acaba de dejarse expresado, el artículo 8.1 de la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) establece la obligación de elaborar y aprobar, previamente al establecimiento de subvenciones, un Plan Estratégico, habiendo sido desarrollada dicha ley mediante el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba su Reglamento (RGS), y en su artículo 10.1 se expresa lo siguiente: *"Los planes estratégicos de subvenciones a que se hace referencia en el artículo 8 de la Ley General de Subvenciones, se configuran como un instrumento de planificación de las políticas públicas que tengan por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública."*

El carácter programático de las políticas públicas que revisten los Planes ha podido conllevar, en ocasiones, al entendimiento de que su no existencia no implicaba la invalidez de las subvenciones otorgadas.

Siendo los Planes instrumentos de planificación, sin rango normativo, cabe reflexionar sobre su carácter fundamental, a la luz de la jurisprudencia:

- La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 26 de junio de 2012 (Recurso 4271/2011), anuló una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en esta última sentencia se declara *que la observancia de un requisito como el del referido artículo 8.1 a nivel de " Principios generales", no exige necesariamente una formalización o instrumentalización externa predeterminada , que imponga en todo caso, y hasta en las Administraciones públicas más modestas, un elemento tan escasamente definible como el denominado "plan estratégico", pues sabido es que los planes, al igual que los programas y directrices de gobierno, no son disposiciones reglamentarias ni tan siquiera de carácter orgánico, ni normas jurídicas objetivas, sino simples estudios y materiales documentales con propuestas o enunciaciones de bases y medios para lograr determinados fines y políticas públicas. Y en función de ello, aun cuando se omita la específica cita de un "plan estratégico", no puede considerarse que esté ausente la actividad programadora, planificadora y presupuestaria interna, que, para racionalizar los recursos públicos aquellas disposiciones presuponen, y que se hace, en la sustancialidad última, de ardua comprobación con los escasos elementos que las partes nos ofrecen".*

Frente a esta argumentación la Sentencia mencionada del Tribunal Supremo declara lo siguiente: *De este precepto (artículo 8.1 de la Ley General de Subvenciones) pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico. Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada. Apoya esta interpretación el*

mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer: >. Es decir, la propia norma -y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad- alude a los objetivos de transparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia.”

- La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2012 (Recurso 4369/2011), señala que: *“En esa anterior sentencia de 26 de junio de 2012 , consideró este Tribunal Supremo, dado el tenor de los apartados 1 y 3 del artículo 8 y de la Disposición adicional decimotercera de la Ley 38/2003 , que el Plan Estratégico al que se refiere tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8.”*

-La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2013 (Recurso 559/2012), al conocer de un recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, vuelve a ratificar el carácter esencial del PES: *“Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada”.*

-La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 16 de abril de 2013 (Recurso 1372/2012), reitera que *“tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8”.* Plan al que no equivale, como es obvio, la mera inclusión en el Presupuesto

Municipal de una partida destinada a hacer efectivas las ayudas de que se trata.”

-Y la Sentencia 543/2022, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 9 de mayo (recurso 2317/2020), llega a la misma conclusión estimatoria del recurso de casación presentado, estimación que se fundamenta en el artículo 8 de la LGS, así como en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, reproduciendo los fundamentos de derecho de la sentencia de 26 de junio de 2012, así como de las sentencias de 4 de diciembre de 2012, de 28 de enero de 2013 y de 16 de abril de 2013. Considera que la sentencia impugnada ha incurrido en un error de derecho al no apreciar que el plan estratégico de subvenciones constituye un elemento de planificación de políticas públicas cuya aprobación resulta exigible con carácter previo a la regulación de las subvenciones, siendo por tanto un requisito esencial del procedimiento subvencional. Concluye esta Sentencia señalando que: *“El artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, debe ser interpretado en el sentido de que la aprobación de un Plan Estratégico de Subvenciones, con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituye un requisito esencial del procedimiento subvencional, de modo que el incumplimiento de esa obligación, por parte de la Administración pública o Ente público convocante de las ayudas públicas, determina la nulidad de la Orden de convocatoria de la subvención.*

En el Ayuntamiento de Madrid, la Ordenanza de Bases Regulatoras Generales para la concesión de Subvenciones (OBRGS) dispone, en sus artículos 9 y 10, la obligación de disponer de un PES, cuyo contenido, en consonancia con lo establecido en el RLGS, explicitará los objetivos y efectos que se pretenden conseguir, sectores a los que se dirige la actuación, plazo necesario para su consecución, costes previsibles, fuentes de financiación. También contendrán el régimen de seguimiento y evaluación, determinando un conjunto de indicadores vinculados a los objetivos, así como a la evaluación de los planes estratégicos anteriores. Asimismo, el Ayuntamiento, tal y como se señaló en el informe de esta Oficina de 28 de enero de 2021, cuenta con guías de redacción e Instrucciones que bien implantadas y atendidas son adecuados medios para la obtención de idóneos resultados. A este respecto, los diferentes servicios implicados, con

competencias en materia de subvenciones, deben considerar estos planes estratégicos como el primer eslabón de la cadena, no solo un trámite formal a cubrir, sino la esencia de lo que se quiere obtener. El carácter esencial de los planes estratégicos de subvenciones, como se declara en la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta, determina la obligación fundamental de su existencia, como elemento de exigencia previa, y habida cuenta del incremento de fondos de financiación que implican, en su caso, un aumento de los recursos públicos destinados a subvenciones, hay que destacar la importancia de la actualización, seguimiento y evaluación de dichos planes.

ESTUDIO-INFORME “FALTAR A LA VERDAD EN DECLARACIONES REALIZADAS Y DOCUMENTACION PRESENTADA ANTE LA ADMINISTRACION. PARTE I: ALCANCE EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO”.

El Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de 23 de diciembre de 2016, le atribuye en su artículo 4.g) la competencia para “asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia”, cuyo ámbito viene definido en el apartado 1. Durante el desarrollo de las funciones que le son propias a la Oficina, se visualiza la importancia de la documentación que forma parte de los expedientes administrativos, en relación con su veracidad, exactitud o posible alteración de la realidad en su contenido. Con el convencimiento de la importancia de la prevención en materia de fraude, se estima oportuno reflexionar sobre posibles debilidades de dichos documentos, muchos de ellos suscritos y presentados por particulares para la obtención o reconocimiento de derechos, así como acerca de la necesaria garantía de que los mismos sean veraces y su contenido cierto. Diversos son los procedimientos que habitualmente se tramitan en nuestro Ayuntamiento, y en los que la documentación aportada por los interesados es determinante, tales como declaraciones responsables en el ámbito contractual, urbanístico, concesión de subvenciones o percepción de ayudas, o incluso la inscripción en el padrón municipal. La falta de veracidad conlleva efectos administrativos, pero también pueden tener consecuencias de orden penal.

I. Consideraciones generales

La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), en 2013, elaboró unas directrices generales con recomendaciones y orientaciones para la promoción de buenas prácticas , en relación con la detección de documentos falsificados en el ámbito de las acciones estructurales, denominada *Guía práctica para las autoridades de gestión*; y que, a su vez, ha sido citada en la Guía de Medidas Antifraude en la Ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Servicio Nacional Antifraude, de fecha 24 de febrero de 2022. La OLAF señala como tema de interés para los Estados

miembros, la detección de documentos falsificados en operaciones financiadas con el presupuesto de la Unión Europea, abarcando todo tipo de alteraciones ilegales: imitación, falsificación, contenidos falsos, etc. Proporciona una serie de elementos y circunstancias, banderas rojas, que pueden indicar fraude o corrupción, y en concreto respecto a la detección de documentos falsificados, que pueden serlo en formato o en contenido, manifiesta la debida vigilancia por parte de los funcionarios para despejar o confirmar sus dudas en relación con los documentos para garantizar la tramitación apropiada del expediente. Sin perjuicio de la legislación nacional de cada Estado miembro, a los fines de la Guía se entiende por documento falsificado aquel respecto del cual se ha alterado la verdad, es decir que no concuerda con la realidad, alteración que puede ser física o intelectual. Hay documentos que presentan los beneficiarios para obtener subvenciones, o participar en un proceso de contratación pública, o para el reembolso de gastos que pueden verse afectados por falsificación. Las autoridades deben adoptar medidas específicas de verificación de documentos en caso de sospecha, y desde un punto de vista administrativo el documento falsificado deberá suponer, al menos, la anulación de sus efectos, y otras posibles medidas en el ámbito administrativo, sin perjuicio de que la acción sea constitutiva de un delito penal.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 9, establece de manera expresa que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando, entre otros principios, los de legalidad y seguridad jurídica. Asimismo, según el mandato del artículo 103 de nuestro texto constitucional, la Administración Pública debe servir con objetividad a los intereses generales y actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Estos principios rectores deben materializarse en los procedimientos administrativos, cuyo eje vertebrador lo constituye la Ley 39/2015, de 1 octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), que contiene una regulación completa y sistemática de las relaciones «ad extra» entre las Administraciones y los administrados.

El principio de legalidad, fundamental en el estado de derecho, coexiste con otros principios necesarios para la seguridad jurídica, como el de la buena fe, señalando el artículo 7.1 del Código Civil que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Una manifestación de ese deber de buena fe por parte de los administrados puede encontrarse en el apartado 7º del artículo 28 de la LPACAP al disponer que los interesados se responsabilizarán de la veracidad de los documentos que presenten.

La Administración tiene la facultad de comprobar la veracidad de la documentación presentada, en el caso de que surjan dudas razonables.

Los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas deberán ser digitalizados, según de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 16 de la LPACAP. A este respecto, el artículo 49 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, establece que cuando el interesado presente en papel una copia de un documento público administrativo o de un documento privado para incorporarlo a un expediente administrativo, el proceso de digitalización por la Administración Pública generará una copia electrónica que tendrá el mismo valor que la copia presentada en papel.

Con el objetivo de mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la transparencia y la participación, y garantizar servicios digitales fácilmente utilizables, así como mejorar la seguridad jurídica, fue aprobado el citado Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Prevé este texto legal que las Administraciones Públicas admitan, en sus relaciones por medios electrónicos, sistemas de firma electrónica que sean conformes a lo establecido en la normativa vigente y resulten adecuados para garantizar la identificación de las personas interesadas y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos.

Sin duda el uso de medios electrónicos es exponente de una Administración Pública ágil y moderna, y la merma del control que antes realizaban los funcionarios públicos al visualizar los documentos, cotejándolos para su presentación, puede ser compensada con la aplicación de medios de control de cumplimiento de la legalidad durante la tramitación del procedimiento administrativo.

II. Especial referencia a las declaraciones responsables

Las declaraciones responsables son la máxima expresión de manifestación de los interesados en relación con la obtención o reconocimiento de derechos. Tienen su origen en la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, y suponen la plasmación de un medio ágil de relacionarse los particulares con las Administraciones Públicas. Reflejo de una sociedad avanzada, responsable y comprometida.

Actualmente esta figura está extendida a diversos campos del derecho administrativo, quedando su regulación recogida en el artículo 69 de la LPACAP, en el que se dispone:

"1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.”

Partiendo de esta regulación básica, su implantación en los distintos campos administrativos ha conllevado un desarrollo en sus legislaciones correspondientes, como puede ser en la contratación

pública, el urbanismo o las subvenciones públicas. La reducción burocrática que suponen las declaraciones responsables no debe implicar la ausencia de control administrativo, pues, aunque una sociedad madura y ejemplar haga un uso cierto y correcto de la misma, puede darse la circunstancia contraria, por lo que la verificación de la veracidad de las declaraciones responsables debe constituir un elemento básico en toda actuación administrativa. Y, asimismo, ante la duda razonada de que la documentación aportada carezca de verosimilitud o de la misma se deduzcan atisbos fundados de falsedad, la Administración debe reaccionar rápida y eficazmente, requiriendo la documentación original, si ello fuera oportuno, o llevando a cabo las inspecciones necesarias, según el ámbito del derecho administrativo afectado. La consecuencia de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial de los datos o información incorporados en la declaración responsable, tiene su respuesta legal en el apartado 4 del artículo 69 de la LPACAP anteriormente transcrito. En el que se dispone la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. Asimismo, se podrá obligar al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley.

Entre las materias en las que la veracidad de la declaración responsable, o de la documentación presentada, pueden tener un gran impacto en la gestión pública, se pueden destacar las siguientes:

- ***Contratación Pública:***

Los interesados en los procedimientos de contratación pública deben aportar la documentación preceptiva establecida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP). Le es de aplicación a los aportes documentales lo dispuesto en la LPACAP. A este respecto, cabe citar el informe 188/2017 de la

Abogacía General del Estado, de 10 de marzo de 2017, relativo a la eficacia de las copias simples de documentos aportados por los interesados en los procedimientos de contratación pública. Dicho informe señala que descartada la existencia de reglas especiales en la normativa en materia de contratación administrativa acerca de la aportación de documentos (originales o copias) en los procedimientos de licitación, se debe acudir a la normativa general, concretamente al artículo 28 de la LPACAP, pudiendo afirmarse, con carácter general, que los licitadores que participan en un procedimiento de contratación pública pueden aportar copias de documentos, excepto en dos salvedades: a) el documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional, y b) en los supuestos previstos en la apartado 5 del precitado artículo 28 (cuando la relevancia del documento en el procedimiento lo exija, o cuanto existan dudas derivadas de la calidad de la copia) la Administración puede hacer uso de la potestad excepcional que en el mismo se le reconoce para exigir el cotejo de las copias aportadas, requiriendo al efecto, de manera motivada, la exhibición de los documentos originales. Este informe de la Abogacía del Estado hace especial referencia a las consecuencias para el licitador de no poder verificarse la veracidad de la copia aportada, debiendo considerarse como no aportado el documento, lo que podría conllevar la exclusión del licitador del procedimiento de contratación, según el documento del que se trate, debiendo analizarse en cada caso. Y, asimismo, la normativa en materia de contratación, como consecuencia adicional en los supuestos de detectarse que un licitador ha incurrido en falsedad - supuesto en el cabría incardinar el caso objeto del informe citado en el que se aportaba una copia "manipulada" que no se correspondía con el original de un documento-, el órgano de contratación ha de tramitar un expediente de prohibición de contratar (artículos 71.1.e) y 72.3 LCSP).

Añade el informe que además de las consecuencias expuestas "debe tenerse en cuenta la trascendencia penal que puede revestir la conducta consistente en la aportación de fotocopias "manipuladas" en un expediente de contratación. En efecto, al margen de las consecuencias que pueda tener tal conducta en el marco de un

expediente específico de contratación, o en el ámbito general de la contratación de la empresa con la Administración Pública, nos encontramos ante una conducta que puede ser constitutiva de infracción penal, concretamente de un delito de falsedad en documento público o privado (artículos 390 y siguientes del Código Penal), por lo que en estos casos – tanto si se revela, efectivamente del cotejo la falta de identidad de la copia con el original, como si se deja transcurrir el plazo concedido sin aportar el documento original- procedería denunciar los hechos al Ministerio Fiscal o ante la Jurisdicción penal en orden a su ulterior investigación y enjuiciamiento, en su caso, en dicha vía jurisdiccional.”

Las declaraciones responsables son el instrumento previsto en el artículo 140 de la LCSP para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar. Así, en su apartado 1.a) queda establecido que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo 141. Respecto de esta declaración, el apartado 3 del artículo 140, permite que el órgano o la mesa de contratación pueda pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

El modelo de declaración responsable, según el artículo 141 LCSP, deberá estar incluido en el pliego y deberá seguir el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea. La mesa de contratación, cuando se establezca su intervención, calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Ante la existencia de defectos subsanables, se dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución n.º 995/2019, de 6 de septiembre de 2019, hace referencia a que la LCSP sustituye la comprobación efectiva de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar del licitador por una declaración responsable, en la que manifiesta que cumple los requisitos que a tal efecto establecen tanto legislación de contratos como los pliegos que rigen la licitación. La efectiva verificación de la concurrencia de tales requisitos se realiza posteriormente, cuando el licitador propuesto como adjudicatario presenta la documentación y es comprobada por el órgano de contratación. Respecto de ello se pronuncia en los siguientes términos: *“dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista, no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevación jurídica.”* Expresamente señala que por la declaración responsable conforme al documento europeo único de contratación *“el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir la verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable – no solo en nombre de su empresa sino también personalmente- ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (artículo 140.4 LCSP).”* Sobre la posibilidad de requerir la subsanación de defectos que pudieran atañer a la declaración responsable, la propia resolución aclara que no cualquier defecto apreciado en ella será siempre subsanable, habrá que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo, la discrepancia entre la declaración y la documentación presentada puede ser un error del declarante o puede tener por causa un propósito intencionado de faltar a la verdad.

El mismo Tribunal Administrativo Central, con fecha 8 de enero de 2021, dictó resolución nº4/2021, en la que manifestaba que la

declaración responsable se ha articulado como un mecanismo para aligerar la carga documental en los procedimientos de licitación, siendo sustitutiva de la presentación de la documentación, pero *"no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma para concurrir a la licitación, y entre ellos, la solvencia. Antes al contrario, supone la declaración y afirmación de que se cumple con esos requisitos de solvencia, dado que, de lo contrario, no se podría concurrir a la licitación. Además, cabe recordar en este punto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1.e) LCSP constituye una prohibición de contratar "e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia (...)"*.

Señalado todo lo expuesto, es sin duda de trascendente importancia la labor de los empleados públicos en la vigilancia de los procedimientos contractuales, para prevenir el fraude y la falsedad, y con ello garantizar la mejor gestión de los recursos públicos.

- **Subvenciones:**

En la actual situación económica y social, especialmente tras la pandemia por el COVID, las subvenciones y ayudas se han visto necesariamente incrementadas, al adoptarse medidas para paliar los efectos de la crisis. Se han incrementado los programas de ayudas, o la distribución de fondos, tales como los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

No es objeto de este informe el análisis pormenorizado de la tramitación de las subvenciones y ayudas, pretendiendo solo hacer una llamada de atención sobre el conveniente control de las declaraciones y documentaciones aportadas por quienes pretenden ser sus perceptores, ya que en el caso de falsedades o inexactitudes se producirían asignaciones indebidas de recursos públicos a quienes no reúnen los requisitos que les eran exigidos.

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en lo sucesivo, LGS) contempla, en su artículo 23.4, la posibilidad de

presentar declaración responsable en sustitución de la presentación de documentación con el objetivo de agilizar el procedimiento de concesión de las subvenciones. El solicitante asume la responsabilidad de que todo lo que se menciona en la declaración es cierto. En este caso, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión de la subvención, se deberá requerir la presentación de la documentación que acredite la realidad de los datos contenidos en la citada declaración.

Las consecuencias del control, por parte de la Administración Pública concesionaria, puede conllevar la denegación de la subvención si se detecta la falta de veracidad de la documentación presentada o de lo manifestado en la declaración responsable. Controles que, si están correctamente implantados, impedirían la concesión. No obstante, y si a pesar de estos, se produjera el otorgamiento con falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido o limitado (artículo 58.a) LGS), se prevén las sanciones reguladas en el artículo 59, que serán pecuniarias, pero también no pecuniarias cuando proceda. En este último caso, podrán consistir en pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas y avales de las Administraciones públicas u otros entes públicos; pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de actuar como entidad colaboradora en relación con las subvenciones reguladas en la ley o prohibición durante un plazo de hasta cinco años para contratar con las Administraciones públicas. Y, todo ello, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. No debemos olvidar las posibles responsabilidades penales contempladas, en su caso, respecto del delito de falsedad documental, y ello sin perjuicio del delito de fraude de subvenciones contemplado en el artículo 308 del Código Penal.

Asimismo, se hace una breve referencia a que también las Administraciones Públicas pueden ejecutar y gestionar presupuesto público mediante subvenciones otorgadas por otras Administraciones Públicas. Esto implica que han de cumplir con escrupulosa atención los mandatos legales que rigen la subvención otorgada. Y si esto no

se produce, operan también las correspondientes consecuencias legales. A modo de ejemplo, cabe mencionar la Sentencia 729/2017 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de fecha 10 de noviembre de 2017, relativa a una subvención otorgada por la Xunta de Galicia a un municipio, mediante un convenio de colaboración. Para el adecuado desarrollo del convenio, se tramitó expediente de contratación de obra por parte del municipio. Para que la administración autonómica liberara los fondos, debía certificarse la ejecución de las obras. A pesar de no haberse ejecutado las mismas, ni prácticamente haberse comenzado, el director de obra – aun conociendo el estado real de la obra- emitió certificación en la que se afirmaba la ejecución de un volumen importante de la misma. Se produjo, pues, una falsedad en documento oficial, al afirmarse que la obra se había realizado cuando no era así, siendo plenamente conscientes los firmantes que el documento no reflejaba la realidad. En este sentido, el Alto Tribunal señala que *“la eventual aceptación de una certificación falsa por supuestos funcionarios que puedan desprestigiar las limitaciones legales y contractuales imperantes, no se sobrepone al recto y normal funcionamiento de la Administración pública (art. 103.1 de la CE), de suerte que una tergiversación documental intencional y falsaria, tendente a desviar el legal y objetivo desarrollo de sus expedientes, compromete el valor social de los documentos y lesiona plenamente el bien jurídico que el tipo de la falsedad protege.”*

La tramitación de los expedientes de subvenciones y ayudas, se sustentan, en muchas ocasiones, en declaraciones de solicitantes respecto de las que hay que presumir la buena fe y exactitud, pero ello no impide que los empleados públicos presten la debida atención ante posibles falsedades o inexactitudes.

- **Urbanismo:**

Las declaraciones responsables en el ámbito urbanístico, claro exponente de la simplificación administrativa, no deben ir dissociadas de un foco de atención sobre la regulación de su control. La sustitución de autorizaciones administrativas por declaraciones

responsables ha supuesto el traslado de los controles, antes previos, por otros a posteriori. La confianza de que los particulares ejercerán sus derechos con responsabilidad, cumpliendo la ley, no impide la posibilidad de que esto no sea así, entrando en juego intereses públicos que pueden verse perjudicados. Pudieran existir declaraciones responsables que simulan el cumplimiento de la legalidad, especialmente si los controles administrativos están ausentes, son escasos o tardíos.

La importancia de dicho control ha sido objeto de reflexión en sendos informes de esta Oficina Municipal, de fechas 23 de noviembre de 2020 y 14 de junio de 2022. En los mismos se puso de manifiesto la conveniencia de realizar esfuerzos comprobatorios por parte del Ayuntamiento para garantizar la coexistencia de la agilidad y eficacia administrativa con la seguridad jurídica y cumplimiento de la legalidad. Señalándose la trascendencia de las inspecciones municipales y controles sobre las declaraciones responsables presentadas, para lo cual es imprescindible disponer de los recursos humanos y materiales necesarios para su adecuada comprobación, evitando situaciones fraudulentas. Sin olvidar que, parejo al control municipal sobre las declaraciones, está el control sobre las propias entidades colaboradoras urbanísticas, especialmente dada la ampliación de funciones que pueden desempeñar, de acuerdo con la nueva regulación del Ayuntamiento de Madrid en materia urbanística.

La Ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid (en adelante, OLDRUAM), regula en su Título III las declaraciones responsables. Con la presentación de la declaración responsable hay documentos que se deberán adjuntar, y otros quedan en poder del particular a disposición del Ayuntamiento por si son requeridos. Tanto sobre unos como sobre otros, deberán asegurarse los debidos controles para evitar falsedades o inexactitudes que permitan el ejercicio de derechos o actividades contrarios a la ley. A este respecto, el apartado 2 del artículo 29 de esa Ordenanza dispone que *“la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que acompañe o se incorpore a una*

declaración responsable, o su no presentación, así como la inadecuación a la normativa de aplicación, determinará la imposibilidad de iniciar o continuar las obras, la implantación o modificación de la actividad o su ejercicio, desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar. En estos casos se dictará resolución de ineficacia de la declaración responsable en los términos del artículo 30”

El carácter esencial de la inexactitud, falsedad u omisión es un factor determinante para la continuidad del ejercicio del derecho, según lo dispuesto en el artículo 69.4 de la LPACPA, así como en el artículo 29.2 anteriormente transcrito. Sobre su consideración, cabe citar el apartado 8 del precitado artículo 29, al señalar que el resultado de la comprobación de la actuación ejecutada se documentará en el correspondiente acta o informe técnico que podrá ser desfavorable *“cuando existan deficiencias esenciales, considerándose como tales, en todo caso, la incompatibilidad de la actuación con el uso admisible, aquéllas cuya afección a la seguridad, a la salubridad o al medio ambiente generan un grave riesgo que determina la imposibilidad de iniciar o continuar realizando la actuación o las infracciones tipificadas como graves y muy graves por la normativa autonómica o estatal en materia urbanística, de dinamización de la actividad comercial y en materia medioambiental. En estos casos se dictará resolución de pérdida de efectos de la declaración responsable en los términos de lo establecido en el artículo 30”.*

La Ordenanza prevé de manera expresa las consecuencias de ineficacia o de la pérdida de efectos de la declaración responsable, en su artículo 30. Cuando como consecuencia de las actuaciones de comprobación se hubiera declarado la ineficacia de la declaración responsable o la pérdida de sus efectos la resolución que se adopte: *“a) Ordenará la paralización o el cese inmediato de la actuación y, en su caso, la obligación del particular de restituir la situación física y jurídica al momento previo a la realización de la actuación, de conformidad con lo dispuesto en la legislación urbanística. b) En los casos de incumplimientos esenciales o cuando haya existido*

reiteración en la presentación de declaraciones ineficaces, se podrá, asimismo, determinar la imposibilidad para presentar ante el Ayuntamiento una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado de entre tres meses y un año. Para aplicar esta limitación se valorará motivadamente la reiteración o reincidencia en el incumplimiento que dé lugar a la declaración de ineficacia.” Todo ello sin perjuicio de la imposición de las sanciones que en su caso procedan.

Dada la trascendencia en las consecuencias derivadas de lo declarado, debemos hacer alusión a la importancia de actuar dentro de los plazos de que dispone la Administración para reaccionar ante un incumplimiento o falsedad. Si la comprobación y control se realizan durante la tramitación del expediente la respuesta administrativa será más útil y fácil desde el punto de vista procedimental. Si se reacciona una vez efectivo el reconocimiento de derechos del declarante, la tramitación para revertir la situación devendrá más compleja. La OLDRUAM, en el apartado 8 de su artículo 29 prevé que el resultado de la comprobación de la actuación ejecutada se documentará en el correspondiente acta o informe técnico, que de ser favorable conllevará la toma de razón del órgano competente mediante documento que será notificado al interesado. Esto es relevante, en cuanto que supone la finalización de la tramitación. Y, todo ello sin olvidar que también las entidades urbanísticas colaboradoras pueden efectuar labores de comprobación, respecto de las que se promulga la prevalencia de los informes técnicos municipales (artículo 4.5 OLDRUAM). A modo de ejemplo, sobre las consecuencias de efectuar las debidas comprobaciones en plazo, podemos citar la Sentencia número 265/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de mayo, relativa a un informe técnico municipal desfavorable a declaración responsable, una vez finalizado el procedimiento de tramitación de la misma. En este caso, el acta de inspección favorable se efectuó por entidad urbanística colaboradora. La sentencia hace referencia a los efectos equiparables de los informes emitidos por las entidades colaboradoras en relación con los informes técnicos, si bien estos último tendrán prevalencia, pero matiza que *"la posibilidad de*

emisión de informes por parte de los servicios municipales con el carácter de "prevalente" sobre los que hubiera emitido la entidad colaboradora interviniente queda circunscrito al periodo durante el cual se tramite la declaración responsable". Añade que, una vez concluido el procedimiento se "deberá acudir a los mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico (artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)."

Por último, es oportuno hacer una breve referencia a las obligaciones de comunicar la finalización de la actuación urbanística de que se trate, que recae en los particulares (artículo 29.3 OLDRUAM), y que tiene una indudable importancia para poder efectuar los controles administrativos pertinentes, dado que si esta obligación no se cumple, será más difícil para el Ayuntamiento ejercer sus deberes de control y vigilancia, por lo que cabría plantearse reforzar los esfuerzos supervisores en relación con las obligaciones de los particulares de comunicar la finalización de las actuaciones. La ausencia de esa comunicación podría redundar en un posible beneficio fraudulento para el particular, en perjuicio de los intereses generales, por lo que conviene arbitrar los medios para que puedan ser ejercidas las facultades de comprobación, control e inspección municipal.

La nueva normativa municipal en materia urbanística, aprobada en este año, dispone de una regulación pormenorizada sobre las declaraciones responsables, su control y efectos, siendo importante que se adopten todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento, velando por los intereses generales, y con un efecto preventivo del fraude.

Los ámbitos administrativos anteriormente enumerados no pueden ser considerados *numerus clausus* en cuanto a procedimientos que pudieran verse afectados por la falsedad o inexactitud de las declaraciones o documentaciones aportadas por particulares, si bien,

lo expuestos se consideran los más relevantes, al menos en el nivel local.

En todo caso, se debe concluir señalando que cuando se sospecha que es falso un documento presentado ante la Administración ello requiere la tramitación de un procedimiento administrativo en el que quede debidamente acreditada la existencia o no de la falsedad, y como se ha indicado, se debe diferenciar la falsedad administrativa de la falsedad con alcance penal.

ESTUDIO-INFORME "FALTAR A LA VERDAD EN DECLARACIONES Y DOCUMENTACIONES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS. PARTE II: ALCANCE EN EL ÁMBITO PENAL".

I. Consideraciones generales

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, CP), en su Libro II, Título XVIII, Capítulo II, trata sobre las falsedades documentales, conteniendo una regulación diferenciada entre la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación (sección 1ª, artículos 390 a 393 CP), documentos privados (sección 2ª, artículos 395 y 396 CP), de certificados (sección 3ª, artículos 397 a 399 CP).

"Artículo 390.

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos."

"Artículo 391.

La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

"Artículo 392.

1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses."

La falsedad documental, como señaló Quintano Ripollés, dentro de la doctrina general de falsedades, es quizás la que presenta mayor dificultad en su tratamiento. Y respecto a otras falsedades, la documental ostenta suficiente sustantividad en muy importantes aspectos, notablemente en el de permitir formas ideológicas; lo cual da lugar a una doble clasificación de modalidades: la de falsedad material, referida a la confección o alteración del documento, y la falsedad ideal o ideológica, que afecta a la atestación mendaz.

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de tal distinción en numerosas sentencias, y así en la de 30 de enero de 1998 (número de resolución 513/1998) se dice que falsedad material consiste en haber alterado materialmente lo expresado en el documento o haber confeccionado un documento inauténtico, mientras que la falsedad ideológica solo afecta al contenido de verdad de lo declarado en el documento. Y en la sentencia de 26 de febrero de 1998 (número de resolución 224/1998) se expresa que la falsedad material afecta al documento mismo mientras que la falsedad ideológica afecta a su contenido. Sentencia, esta última, en la que se señala la diferencia que, en el ámbito del derecho penal, existe entre el deber de veracidad documental que incumbe al funcionario público en el ejercicio de su cargo y el que es exigible al particular, recordando, así mismo " *que la jurisprudencia ha tenido siempre por indiscutible que la simple mentira, por el mero hecho de que se escriba o documente, no se convierte en delito de falsedad; puede dar lugar a un delito de estafa o de otra especie, pero no forzosamente a un delito de falsedad en documento público o privado. Para distinguir la mera mendacidad escrita de la falsedad documental punible, la jurisprudencia ha exigido que en el delito de falsedad el elemento no veraz incorporado al documento sea "esencial" y, este requisito de la esencialidad ha*

sido conectado con la incidencia de la falsedad en el tráfico jurídico, esto es, con la posibilidad de que la falsedad lesione o ponga en peligro "bienes jurídicamente protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública". [...] En última instancia, lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja."

El concepto legal de documento queda establecido en el artículo 26 CP, dando una definición de documento genérica, y no solo para los delitos de falsedad: *"A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica."*

Cabe hacer una breve mención sobre la consideración o no de documentos, a estos efectos, a las fotocopias. Resulta ilustrativa la Sentencia, de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, número 11/2015, de fecha 29 de enero, en la que se declara: *"la más reciente jurisprudencia respecto al valor de las fotocopias en relación con el delito de falsedad documental, STS. 386/2014 de 22.5, distingue los siguientes supuestos:*

1º las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada. Aunque no quepa descartar en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, lo cierto es que tratándose de documentos oficiales esta caracterización no se transmite a aquélla de forma mecánica. Y, por tanto, textos reproducidos carecen en principio y por sí solos de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original, que podría existir o no como tal (STS. 25.6.2004).

2º. Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (STS. 939/2009 de 18.9).

3ºLa doctrina anteriormente expuesta es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (art. 390.1.1 CP).

4º en el caso de que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art, 390.1.2º), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular -en este caso documento mercantil u oficial- no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia -mero instrumento- sino el propio documento que se pretende simular (STS. 1126/2011 de 2.11). Igualmente, en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por un original”.

Esta sentencia ha sido, a su vez citada más recientemente en la sentencia número 577/2020, de fecha 4 de noviembre.

II. Elementos de la falsificación de documentos públicos, oficiales o mercantiles

Reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo define los requisitos del delito de falsedad documental. Véase la sentencia 40/2018, 25 de enero, con cita de otras resoluciones: “esta Sala tiene establecido en reiteradas resoluciones (STS 279/2010, de

22 de marzo ; 888/2010 de 27 de octubre ; 312/2011 de 29 de abril ; 309/2012 de 12 de abril; y 476/2016, de 2 de junio , entre otras) que son elementos del tipo de falsedad documental los siguientes: a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del Código Penal . b) Que dicha «mutatio veritatis» o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva. c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad.

Además es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano (SSTS 858/2008 y 305/2011), es decir para ser autor no se exige que materialmente la persona concernida haya falsificado de su propia mano los documentos correspondientes, basta que haya tenido el dominio funcional de la acción y que otra persona, aún desconocida, haya sido el autor material, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.”

Sobre el elemento objetivo del delito de falsedad es ilustrativa la Sentencia número 402/2022, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 22 de abril, que confirma la condena impuesta por un delito de falsedad en documento oficial del art. 392, en relación con el 390.1 y 3 del CP., manifestando que la doctrina del Tribunal, desde una perspectiva funcionalista, ha insistido en que no basta para la existencia del delito de falsedad documental con que se dé una conducta objetivamente típica de mutación de los contenidos documentados o de alteración de las condiciones de autenticidad. Debe, además, dicha conducta poner en riesgo los bienes o intereses protegidos por el delito de falsedad documental, por lo que debería

negarse su existencia cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo significativo de lesión. Pronunciándose en los siguientes términos:” *La esencialidad debe medirse, por tanto, en atención a la capacidad de la mutación para superar el riesgo permitido alterando el sentido y las propias funciones del documento en el tráfico jurídico. Como afirmábamos en la STS 279/2010, de 22 de marzo, "para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la "mutatio veritatis", en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial, altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico". De tal modo, la falsedad podrá ser considerada inocua cuando la ausencia de ofensividad derive de la concreta valoración de su eficacia en relación con la situación a decidir. Así, deberá descartarse la idoneidad para afectar a la función probatoria cuando el documento falseado, por su naturaleza, no esté teleológicamente orientado a probar aquello que en el mismo se afirma contrariamente a la verdad o cuando carece de potencial actitud para producir un resultado jurídicamente evaluable.*” Añade esta Sentencia que el delito de falsedad se consuma, en atención a lo expuesto en la sentencia precitada, desde el momento en que se ponen en peligro los intereses específicos garantizados por la genuinidad del documento, a través de la introducción en el tráfico jurídico del documento falsario.

Respecto al elemento subjetivo, el delito de falsedad requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad. En esta línea, la mencionada STS 402/2022, considera que el tipo doloso de falsedad se nutre de la consciente voluntad de crear una falsa realidad documental o de alterar la preexistente con la consecuencia del peligro que se crea para el normal desarrollo del tráfico jurídico. Añade que es indiferente que se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto.

III. Autoría

El delito de falsedad documental en documento público, oficial o mercantil puede ser cometido por autoridades o funcionarios, en ejercicio de sus funciones (artículo 390.1), o por particulares en los supuestos descritos en los tres primeros números del 390.1 (artículo 392). En lo que concierne a la autoría de los delitos de falsedad, se consideran autores no solo aquellos que ejecutan personal y físicamente la acción falsaria, sino también quienes, sin realizarla materialmente, intervienen en su ejecución con un acto que permita atribuirles el condominio del hecho o, en su caso, la condición de partícipes en la modalidad de inductores o de cooperadores necesarios (STS número 387/2018, de 25 de julio). Es suficiente, por tanto, con probar que el imputado ha intervenido con actos decisivos para que se lleve a cabo la falsedad documental por un tercero, máxime teniendo en cuenta el concepto amplio de autor que acoge el artículo 28 del CP.

El tipo imprudente por falsedad documental solo está tipificado, en las modalidades 3ª y 4ª del artículo 390.1, respecto a autoridad o funcionario público, estando excluida la modalidad falsaria cuando se comete por un particular. La STS, en su resolución 377/2015, de 10 de junio, al abordar la cuestión del tipo imprudente en la falsedad, con cita de la STS 37/2003, de 22 de enero, *“ la modalidad falsaria por imprudencia exige en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que este resultado esté fuera del riesgo permitido, que la omisión del deber de cuidado sea grave y que además la falsedad sea objetivamente imputable en cuanto ha constituido la concreción de la conducta realizada”*. Así pues, el delito de falsedad documental en los particulares requiere dolo, pudiendo autoridades y funcionarios públicos cometerlo por imprudencia grave.

IV. Naturaleza del documento objeto de falsificación

Es determinante la consideración del documento, si público o privado, pues de la misma va a devenir la aplicación del tipo de falsedad correspondiente. Lo que se protege con el delito de falsedad, como ha afirmado el Tribunal Supremo, no es tanto la verdad como la

función que los documentos están llamados a desempeñar. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que contienen un análisis y pronunciamiento sobre la cuestión. La sentencia número 17/2008, de 28 de enero, recuerda que *"Los documentos oficiales han venido siendo delimitados conceptualmente por esta Sala estimando que lo son "los que provienen de las Administraciones públicas para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales; todos aquéllos que se realicen por la Administración para que produzcan efectos en su ámbito y los que provienen de organismos en que esté prevista una intervención o inspección por parte de la Administración pública"*.

Sobre los documentos suscritos por particulares, y su consideración, es un asunto al que hay que referirse, dadas las diferencias de sus consecuencias legales. Ello es examinado en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo número 863/2021, de 11 de noviembre, *"en el caso de la falsedad en documento privado, a diferencia de lo que ocurre en el tipo comprendido en el art. 392 CP, el perjuicio perseguido es el mismo que el buscado con la propia estafa, lo que determina la absorción del delito de falsedad por el delito de estafa. A través del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil se ocasiona una quiebra de la confianza en la eficacia probatoria de estos documentos. Por ello lo que se protege es la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico general en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia probatoria."*

Procede analizar cuando un documento de particular es considerado privado y cuando debe entenderse oficial. Para ello hay que tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia número 674/2020, de 11 de diciembre, contiene una clarificadora exposición: *"La antigua jurisprudencia (STS de 9 de febrero o 16 de mayo de 1990) sostenía la denominada tesis del documento oficial "por incorporación", que transmutaba el carácter particular de un documento cuando era introducido formalmente en el expediente administrativo. [...] En la actualidad se considera que es preciso, para que el documento privado se convierta en oficial, no solo que el*

documento se confeccione con el único o exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas, sino que debe incluso provocar resoluciones del ente receptor con transcendencia para el tráfico jurídico (SSTS de 2 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 o 23 de enero de 2006, entre otras)”.

Ilustrativa resulta, a su vez, la STS 876/2014, de 17 de diciembre, en relación con las manifestaciones de los particulares faltando a la verdad, en documentos oficiales, públicos o mercantiles. Si la misma se trata de una mera interpolación no esencial, es decir de algún dato, no es lo mismo que la simulación completa del documento de modo que en apariencia se trate de un documento verdadero siendo falso en su totalidad, *“es, pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere transcendencia penal a la conducta del autor”*. A su vez, la Sentencia 1529/2003, de 14 de noviembre, *declara que “en la que se examina si puede ser considerado como documento oficial un impreso suministrado por la Administración para ser relleno en sus correspondientes apartados por un particular. En principio, un impreso, en sí mismo considerado, no es en realidad un documento, pues no adquiere tal carácter hasta que alguien interviene y aparece en el mismo expresando o incorporando datos, hechos o narraciones con cualquier relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no modifica su naturaleza, o al menos no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado. Puede ocurrir, sin embargo, y es una cuestión distinta, que el documento suscrito, confeccionado o relleno por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución*

oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial. Se añade en esa Sentencia que la conducta mendaz no tenía, pues otra finalidad que provocar una resolución del funcionario, dentro del ámbito de sus funciones, la cual se basó en una autorización particular inexistente, falsificada por el acusado. Lo falsificado, por lo tanto, fue un documento oficial.”

Habría que estar, por tanto, a la naturaleza del documento en el momento en que fue realizada la alteración falsaria. En el documento que nace oficial o público se incurriría en delito de falsedad cuando se produce una mutación de los contenidos documentados o una alteración de las condiciones de autenticidad, y además se ponen en riesgo significativo los bienes o intereses protegidos por el delito de falsedad documental. En estos supuestos el delito se consuma desde el momento en que, mediante la introducción en el tráfico jurídico, se ponen en peligro los intereses específicos garantizados, precisamente por la genuinidad del documento. Siendo indiferente, a los efectos consumativos, que llegue a verificarse el engaño (STS 402/2022, de 22 de abril).

Sin embargo, si el documento es confeccionado o suscrito por particular estaremos ante un documento privado. Dicho documento puede pasar a ser considerado oficial, a efectos del delito de falsedad, cuando además de elaborarse con el único y exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas, provoque resoluciones del ente receptor con trascendencia para el tráfico jurídico (STS 674/2020, de 11 de diciembre). Esta Sentencia considera que el documento privado que no llegó a producir esos efectos de error en la resolución continúa siendo un documento privado falsificado, encontrándonos ante un elemento esencial del engaño, lo que determina la existencia de un concurso de normas que debe ser resuelto por el principio de alternatividad o gravedad de la pena, conforme a lo dispuesto en el

artículo 8.4 del CP. Añade la sentencia que *“el bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es tacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). El delito de falsedad castiga a quien presenta como real o autentico algo que no lo es, y en este caso el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia probatoria.”*

También se debe hacer referencia a la denominada “unidad delictiva en progresión”, de manera que el delito de falsedad en documento oficial abarca toda la conducta delictiva, absorbiendo el delito de falsedad en documento privado. La STS 120/2016, de 22 de febrero, relativa a una inscripción en el padrón municipal basada en la presentación de un documento mendaz, dejó sin efecto la condena recurrida en casación en que la instancia había calificado los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento privado y otro de falsedad en documento público. La inscripción en el padrón municipal se produjo como consecuencia de la aportación de diversos documentos, entre ellos un contrato de subarriendo considerado mendaz en cuanto reflejaba un negocio jurídico inexistente, a través del cual acreditó su residencia en el municipio. Se traba de un documento creado *ex novo* cuya única finalidad era su incorporación a un registro público y oficial, que fue realizado con la presentación en las oficinas municipales, de manera que participó también de la naturaleza oficial. Considera el Alto Tribunal que la creación del documento privado con la única finalidad de obtener el empadronamiento en una localidad constituye una unidad delictiva en progresión, de manera que la pena del delito de falsedad en documento oficial contempla y abarca toda la conducta delictiva.

V. Distinción del ilícito administrativo y el ilícito penal.

El criterio para diferenciar el ilícito penal del administrativo es el de la gravedad que exige el tipo penal. Así en la Sentencia número 729/2017 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de fecha 10 de noviembre, se declara que esta Sala *ha recordado que la mera ilegalidad de la decisión no es suficiente para la integración del delito, considerando que las normas administrativas prevén supuestos de*

nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que sea precisa en todo caso la aplicación del Derecho Penal, el cual quedará así restringido a los casos más graves.

VI. Personas jurídicas y el delito de falsedad.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la incorporación al Código Penal del artículo 31 bis. Se sigue un criterio tasado o *numerus clausus* de supuestos en los que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De ahí que sólo se podrá exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos delitos en que dicha responsabilidad esté expresamente admitida. En el caso de los delitos de falsedades documentales sólo está admitida esa responsabilidad en el artículo 399 bis que sanciona la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viajes, por lo que los demás delitos comprendidos en el Título XVIII de las Falsedades no pueden ser cometidos por personas jurídicas y sólo podrán ser cometidos por personas físicas.

VII. La falsedad con alcance penal y la administración municipal

El apartado 4º del artículo 69 de la LPACAP dispone:

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o

al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.”

El informe 188/2017 de la Abogacía General del Estado, de 10 de marzo de 2017, relativo a la eficacia de las copias simples de documentos aportados por los interesados en los procedimientos de contratación pública, señala, entre otros extremos, que *“debe tenerse en cuenta la trascendencia penal que puede revestir la conducta consistente en la aportación de fotocopias “manipuladas” en un expediente de contratación. En efecto, al margen de las consecuencias que pueda tener tal conducta en el marco de un expediente específico de contratación, o en el ámbito general de la contratación de la empresa con la Administración Pública, nos encontramos ante una conducta que puede ser constitutiva de infracción penal, concretamente de un delito de falsedad en documento público o privado (artículos 390 y siguientes del Código Penal), por lo que en estos casos – tanto si se revela, efectivamente del cotejo la falta de identidad de la copia con el original, como si se deja transcurrir el plazo concedido sin aportar el documento original- procedería denunciar los hechos al Ministerio Fiscal o ante la Jurisdicción penal en orden a su ulterior investigación y enjuiciamiento, en su caso, en dicha vía jurisdiccional.”*

La Ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid, en el apartado 2 del artículo 29, de esa Ordenanza, se dispone que *“la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que acompañe o se incorpore a una declaración responsable, o su no presentación, así como la inadecuación a la normativa de aplicación, determinará la imposibilidad de iniciar o continuar las obras, la implantación o modificación de la actividad o su ejercicio, desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar. En estos casos se dictará resolución de ineficacia de la declaración responsable en los términos del artículo 30”*

Lo que se acaba de exponer son algunos ejemplos de posibles conductas delictivas en las que pueden incurrir los particulares interesados ante la administración y, en concreto, ante la administración municipal.

Resumiendo la jurisprudencia expuesta en los apartados anteriores, son elementos esenciales de una conducta falsaria, tipificada en el Código Penal, en la que se pueda incurrir en una declaración responsable la que contenga los siguientes elementos: Que se acredite la falta de verdad del contenido esencial de una declaración responsable; que dicha declaración responsable se realice con el único o exclusivo destino de producir efectos en un expediente de contratación, en la consecución de una subvención o en un expediente urbanístico; que sea eficazmente idónea para provocar una resolución del ente receptor con trascendencia en el tráfico jurídico, es decir que tenga eficacia para alterar la situación a decidir; y, por último, que el interesado que la realice tenga la voluntad y sea consciente de que con esa declaración está alterando la verdad.

Se considera conveniente que los funcionarios que interviene en la toma de decisiones puedan tener a su disposición un estudio con las bases en las que se sustenta una conducta delictiva y que les permita diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo.

El presente informe, con una voluntad preventiva, supone una reflexión respecto a las consecuencias en las que pueden incurrir aquellos que realicen declaraciones ante la administración en las que se falta a la verdad, que en los casos más graves pueden ser constitutivas de delito. La posibilidad de que estas conductas se produzcan exige de la administración un esfuerzo de control y vigilancia para su pronta detección, en aras de una correcta e íntegra actividad administrativa en la que debe primar los principios de legalidad y seguridad jurídica en beneficio del interés general.

