

INFORME RELATIVO A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL PUNTO 28 APROBADO POR EL PLENO

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 trasponga, 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 Estado miembro 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 y, 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, Larsy).

(...)

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 denunciantes, 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 planee, 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 anexo 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 modelo de 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 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 productos a 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.

3. 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

4. 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 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 garantes de la lucha contra el fraude y la corrupción, cabría valorar que las condiciones a imponer a los contratistas traigan su 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 podrían 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 cumplimentación 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 o 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 de 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.

Carlos Granados Pérez
Director de la Oficina Municipal
Contra el Fraude y la Corrupción