



Los planes antifraude para gestionar los fondos europeos abren la puerta al "Compliance" en el sector público

El Ministerio de Hacienda ha publicado una Orden por la que impone a las entidades responsables de gestión del **Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia** la obligación de adoptar mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

Y es que, según el Barómetro contra la Corrupción en la Unión Europea, hasta un 40% de los españoles admiten haber utilizado contactos personales para acceder a servicios públicos, lo que demuestra que **existe una amplia laxitud en los valores éticos que aconsejan reforzar los sistemas** de integridad.

Actualmente, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, no existe la obligación expresa para las Administraciones Públicas de implementar este tipo de programas de cumplimiento normativo.

Sin embargo, la Administración, en determinadas circunstancias impone a las compañías privadas, la obligación de **adoptar dichos programas para acceder a la contratación pública**.

Así, se indica en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que regula esta práctica, y donde se pide a las empresas que adopten medidas organizativas adecuadas para evitar distintas infracciones administrativas.

Prevención para luchar contra la corrupción

Para **Concepción Campos**, doctora en Derecho y miembro del Grupo de Análisis y Propuestas de Reforma de la Administración Pública, "el tema no es menor, no solo por las posibles responsabilidades penales para las personas que incurran en fraude y corrupción, también para las entidades públicas que han gestionado estos fondos porque asumen un claro riesgo de reintegro".

A su juicio, "la Unión Europea no solo impone la obligación de los Estados Miembros de tomar las medidas oportunas para **prevenir, detectar y corregir el fraude y la corrupción**, sino también de ejercitar acciones legales para recuperar los fondos que han sido objeto de apropiación indebida".

Desde su punto de vista, "con esta obligación **se da un paso al frente en la apuesta por los programas de 'Compliance'** trasladados al ámbito de la gestión pública, y tomando como base la metodología de gestión de riesgos".

"La clave del modelo reside en la información, y para ello exige **recabar información identificativa sobre el perceptor final de los fondos**, y también sobre los contratistas y subcontratistas", comenta.

En su opinión, "esta información deberá facilitarse en formato electrónico, precisamente para permitir aprovechar las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, en particular el 'data mining', es decir, las **herramientas de prospección de datos**, accediendo a los datos existentes en los distintos registros o bases de datos públicas. También recurriendo a herramientas de puntuación de riesgos".

Otro de los elementos clave es el relativo a los conflictos de intereses, para esta jurista “aunque no existe una regulación básica, sí la hay en contratación y en determinados ámbitos, está anunciado en forma de consulta pública previa un anteproyecto de ley, pero todavía sin mayores noticias. El otro elemento clave gira sobre el conocido como **“ciclo antifraude”** y sus cuatro elementos: prevención, detección, corrección y persecución”.

Campos aclara que “en la fase de persecución, que sería ya la dirigida a la sanción, represión del fraude y/o corrupción, no sólo se encuentra la comunicación a nivel de las autoridades competentes como el Servicio Nacional de Coordinación».

Desde su punto de vista, “si bien la apuesta por la prevención, por la integridad siempre es bienvenida, esta regulación plantea una pregunta ¿por qué solo para la gestión de los fondos? Porque la prevención del fraude y la corrupción debe **aplicar a la gestión de todos y cada uno de los fondos que manejan los poderes públicos**”.

Una normativa poco exigente

Por su parte, **Ignacio Sánchez**, responsable del área de Derecho Penal Económico e Investigaciones de la oficina de Madrid de Hogan Lovells, indica que esta nueva obligación derivada de la gestión de los fondos europeos “podría suponer un punto de inflexión, al imponer en su artículo 6 a las agencias y organismos públicos gestores de los fondos de la UE mecanismos de prevención del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses”.

Este experto apunta que **“no solo es una exigencia del derecho de la UE, sino que también lo es de la OCDE**, en tanto este tipo de medidas se contiene ya en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública, de 2017”.

“De hecho, el informe sobre integridad pública emitido por la Inspección General de Servicios de la Administración General del Estado en junio de 2021 en el marco del IV Plan de Gobierno Abierto 2020-24 señala que, tras una encuesta hecha en todos los ministerios, la contratación y la concesión de subvenciones son las **áreas de riesgo a las que mayor atención se debe prestar**, según los funcionarios”, comenta.

Sánchez señala que “el artículo 6 de la Orden de Hacienda establece una serie de requisitos mínimos. A diferencia del artículo 64 de la Ley de Contratos del Sector Público, que apenas exige que los órganos de contratación tomen medidas para evitar el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, sin mayores directrices, la Orden **pretende alcanzar una homogeneidad entre las medidas de las agencias**, a través de un cuestionario de autoevaluación relativo al estándar mínimo y una orientación sobre las medidas de prevención adecuadas que, bien analizadas, también son mínimas».

Para este experto, “el planteamiento que hace la Orden es poco ambicioso, por excesivamente laxo o permisivo, al recurrir frecuentemente a cláusulas facultativas en determinados elementos esenciales de un sistema de gestión de cumplimiento”.

“Por ejemplo, en materia de prevención, ni el desarrollo de una cultura ética, ni la formación, ni la implicación de las autoridades de la organización, ni el reparto de funciones y responsabilidades, ni los mecanismos de evaluación de riesgos son elementos necesarios, sino solo medidas que se **pueden incluir** para la prevención del riesgo de fraude y corrupción”, afirma.

Este experto señala que “otro tanto ocurre en lo que respecta a las **medidas de detección del fraude**, donde un canal de denuncias o el uso de indicadores de fraude (‘red flags’) tampoco son necesarios, sino potestativos”.

Ignacio Sánchez cree que **“el ‘Compliance’ en el sector público ya es una realidad**, pero es preciso elevar las exigencias mínimas y promover decididamente su implantación, de lo contrario, los planes que se creen serán mero papel mojado para cumplir el expediente”.

A su juicio, “hay que apostar por ello y dotar al sector público de medios adecuados. Por el momento, será esencial **aplicar el principio de proporcionalidad** tanto para evitar la hiperburocracia como para alcanzar unos requisitos mínimos de eficacia. Y no solo desde un punto de vista preventivo sino también desde un punto de vista reactivo”.

Control interno en las administraciones

Para **Lucía Sánchez-Ocaña**, Head of Compliance & DPO en Cabot Financial Spain y miembro de la Junta Directiva de ASCOM, “el ‘Compliance’ en nuestro país lejos de estar a la altura de estándares internacionales, gracias a obligaciones como la establecida a la hora de gestionar los fondos públicos a través de las administraciones sufrirá un avance muy notable”.

“Realmente, lo que se está pidiendo es que exista el debido control interno dentro de las administraciones para garantizar que no hay ninguna conducta contraria a la ley en dicha gestión, básicamente se establece **la obligación de establecer un programa de ‘Compliance’ interno**, enfocado a la prevención del riesgo de fraude como pilar de dicho programa”, aclara.

Esta experta señala que “cuando pensamos en un programa de ‘Compliance’, de las primeras cuestiones que debemos abordar es si contamos con una estructura normativa interna suficiente y gobernada por el principio de jerarquía, esto se resume en **establecer un marco normativo que garantice no solo el cumplimiento de la ley sino los principios éticos** de conducta”.

Sanchez-Ocaña considera que “el programa tiene que estar vinculado con los principales riesgos que se detecten en la fase de análisis, y por lo tanto realizar un correcto mapeo de los riesgos resulta elemental como punto de partida”.

“Estos planes, en muchos casos serán el establecimiento de **procedimientos operativos que controlen la actividad** y que exista un modelo de tres líneas de defensa que verifiquen el buen funcionamiento del modelo de control interno”, indica.

Para esta experta, “cuando pensamos en fraude hay que tener en cuenta el robo, la corrupción, la conspiración, la malversación de fondos, blanqueo de capitales, el soborno y la extorsión, entre otros. Generalmente son los términos más comunes y que sirven de base para una política de prevención del fraude”.

“Teniendo en cuenta lo anterior, el trabajo que se tiene que realizar para poder operar conforme a la ley es precisamente establecer **un sistema que controle a todas aquellas personas que están más expuestas a estos riesgos**. Son precisamente éstas las que se pueden considerar que tienen un mayor riesgo y por lo tanto deben tener más atención”, advierte.

Al mismo tiempo se pregunta, “¿cómo prevenir la malversación de fondos? Contando con un sistema de aprobación a distintos niveles, por ejemplo, que exija que cada decisión que se adopte sea debidamente aprobada, diligente y ausente de conflictos de interés”.

“De esta manera, a través de **un procedimiento específico que exija una evaluación** previa antes de la toma de decisión estaríamos mitigando este riesgo y en caso de detección de un problema cabría la posibilidad de reaccionar a tiempo”, subraya.

Para esta experta, “el contar con un canal de denuncias eficaz, con las debidas garantías de **protección al denunciante de buena fe** debe ser otro factor que actúe de mitigante para evitar potenciales incidentes relacionados con el fraude”.

Esta jurista considera que “no cabe duda que nos encontramos ante un reto para las administraciones que tendrán que aportar sus planes antifraude, dichos planes no me cabe duda que serán evaluados y testada su eficacia una vez implementados”.

Fuente: Confilegal