

# LOS PLANES DE INTEGRIDAD COMO ALTERNATIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

## LOS MODELOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DEL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA (MALE)



**Ignacio Rodríguez de la Riva**

Socio en De la Riva y Pastor Abogados.

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supuso un revulsivo en la vida jurídica y económica española al incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la conveniencia, aún no asumida por desgracia por la mayoría de las empresas, de tener un programa de cumplimiento normativo o *compliance* que pudiera exonerarles de la responsabilidad penal.

No obstante, tal reforma del Código Penal ha excluido de la responsabilidad penal (art. 31 *quinquies*) a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público, si bien puede alcanzar a las sociedades mercantiles de capital público, que también forman parte del sector público pues así lo dispone el art. 2 de la Ley 40/2015, 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (norma de carácter básico según su DF 14ª), y desde

luego, en lo que a este artículo nos ocupa, desde el punto de vista de la contratación pública, pues no en vano el art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles del sector público dentro de la reconquista del Derecho administrativo después de unas décadas de huida desbocada.

Por ello no debería hablarse de programas de *compliance* en las Administraciones Públicas, porque estas no delinquen, por muy delinquentes que puedan llegar a ser algunos de sus gestores, de sus representantes o de sus funcionarios. Autores con mucho más conocimiento del tema que quien suscribe, como Jiménez Asensio<sup>1</sup>, huyen de este concepto del *public compliance*. Desde luego las sociedades mercantiles públicas

pueden y deben tener tales programas, pero no la Administración, que tiene sus propios controles internos y externos, y para la cual un programa de *compliance* nunca serviría al fin legal previsto de exoneración de la responsabilidad penal, y podría suponer incluso su contratación, como ha alertado Junceda Moreno<sup>2</sup>, una causa de responsabilidad para la autoridad que lo contratase. Pero quedarse en esta reflexión un tanto formal no debe implicar ignorar la realidad de las cosas, pues determinados elementos de un programa de *Compliance* actúan como herramienta tendente a garantizar un mayor control del gasto público y a evitar la corrupción en la contratación pública y el perjuicio económico que esta acarrea. Por ello, cuestión distinta es que las Administraciones mejoren sus controles internos o externos, y que tal ámbito de mejora se realice desde una

política de integridad.

### ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA DE INTEGRIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2014/23/EU y 2014/23/EU, que fueron posterior y tardíamente traspuestas por la Ley 9/2017, suponen un cambio de paradigma de la contratación pública en el que se debe apoyar esa política de integridad, porque suponen el cambio de una contratación pública finalista a una contratación pública instrumental, cuyo razón de ser es convertirse en herramienta para conseguir las mejores obras, suministros y servicios para prestar los mejores servicios públicos a los ciudadanos. Y precisamente para garantizar los mejores servicios es necesario eliminar el coste que la corrupción tiene para la ciudadanía, la cual nos lastra en el crecimiento casi un 20% del PIB, esto es, del orden de 1,2 puntos porcentuales anuales según la estimación más autorizada hasta la fecha de Alcalá Agullo y Jiménez Sánchez<sup>3</sup>, algo alejado de una más reciente pero menos rigurosa aproximación del Fondo Monetario Internacional<sup>4</sup>, no sólo incrementando las sanciones para este tipo de conductas, sino mucho más importante, fomentando una cultura de integridad que cale en la sociedad y en los empleados públicos.

No basta por tanto con que el Código Penal sancione duramente las conductas corruptas punibles, ni tampoco basta con que se implementen reformas legales que favorezcan unos jueces especializados, o que solucionen el problema de la permanencia de los contratos sospechosamente corruptos, sino que cualquier medida que se adopte tendente al objetivo de evitar la corrupción en la contratación pública debe partir de que tanto las empresas como los empleados públicos interioricen una forma de actuar, de contratar, que no es sino dar cumplimiento a lo previsto en el art. 103 de la Constitución, sirviendo con objetividad a los intereses generales, con eficacia y con plena sujeción a la Ley y al Derecho. Para las empresas, incluidas las contratistas públicas, ya existen los planes de *compliance* sobre los que otros autores han escrito innumerables artículos en esta y otras revistas, pero ¿qué sucede con los funcionarios y las autoridades públicas? Para ellos se deben crear políticas de integridad en la Administración, que no persiguen evitar la responsabilidad penal de esta, sino concienciar sobre los valores de la Constitución y la necesidad de la

excelencia en el servicio público<sup>5</sup>.

La responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos en la gestión dolosa o gravemente imprudente de la contratación pública viene desde hace años sancionándose en distintas esferas normativas, como la disciplinaria (que puede ser significativamente dura en el ámbito del personal militar, por ejemplo), la contable y la penal. Pocos se acuerdan del Tribunal de Cuentas y su función de enjuiciamiento hasta que llegan los primeros requerimientos y no digamos las actas de liquidación provisional. Su instrucción la realizan funcionarios con profundos conocimientos de Derecho administrativo y presupuestario, y su enjuiciamiento es eficaz, muy superior a las tediosas instrucciones penales en las que años después puede pasar de todo, incluso el indulto. La jurisdicción contable es una herramienta formidable al servicio de la integridad pública que debe de ser potenciada en sus recursos, actualizando la vetusta legislación de referencia y revisando los procedimientos de reclamación de responsabilidades contables de algunas Comunidades Autónomas que son inoperantes. De hecho la doctrina más autorizada lleva años<sup>6</sup> pidiendo reforzar los órganos de control externo incluso con funciones reforzadas de investigación previas a la exigencia de responsabilidades contables.

En el ámbito penal, son faros guía los documentos aprobados por los organismos internacionales, fundamentalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la OCDE, y los del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Desde primeros de siglo a día de hoy hemos asistido a una redefinición de tipos penales, a un refuerzo de las medidas de investigación pensadas en el pasado para organizaciones criminales del ámbito del terrorismo o narcotráfico, la recuperación de activos y el desarrollo de la institución del decomiso, o a una mayor profesionalización de la Policía Judicial para el análisis de procedimientos administrativos extraordinariamente complejos. Queda mucho por hacer. Desde una mayor formación y especialización en estos tipos penales para la Judicatura y Fiscalía, más dotación de medios humanos y materiales en investigaciones que duran años con los consiguientes cambios de destino de personal funcionario que investiga o instruye, a una redefinición de los tipos penales que mantenga el sentido de la malversación de caudales públicos de 2015 para que la administración desleal de un patrimonio privado no tenga

menor penalidad que la de un patrimonio público<sup>7</sup>. Falta también la trasposición de la Directiva comunitaria 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, comúnmente denominada directiva *whistleblowing*, que varias sentencias han aplicado ya de forma directa incluso antes de su efecto directo<sup>8</sup>, por la extraordinaria relevancia que tiene para la persecución de la corrupción, que los funcionarios que detecten y denuncien estas prácticas se encuentren debidamente protegidos. Trasponemos el derecho de la Unión como siempre tarde y ya veremos si no lo hacemos mal. A día de hoy sólo nueve Comunidades Autónomas, como la Valenciana, o la Aragonesa, tienen herramientas legales de protección para estas personas que contribuyen con un elevado riesgo personal a garantizar la limpieza del sistema.

Y para esa función de prevención general que inspira el Derecho Penal, es esencial que una denuncia por corrupción se tramite de forma ágil, se impongan penas que tengan carácter disuasorio y que impidan que a largo plazo la corrupción sea rentable para los corruptos. Sólo con estas herramientas de represión de la corrupción, pero dentro un sistema holístico de integridad, podrá reducirse la percepción de la corrupción en España, recuperarse cientos de millones de euros perdidos por prácticas corruptas y destinarlos a políticas públicas. Se trata en definitiva de cumplir con los principios y mandatos constitucionales que todo cargo o funcionario público debe guardar y hacer guardar.

<sup>1</sup>JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2022). En casa del herrero, cuchillo de palo: Administración General del Estado y políticas de integridad. Recuperado de: <https://rafaeljimenezasensio.com/2022/01/02/en-casa-del-herrero-cuchillo-de-palo-administracion-general-del-estado-y-politicas-de-integridad/>

<sup>2</sup>JUNCEDA MORENO, JAVIER (2018). Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos. Revista Presupuesto y Gasto Público nº 91/2018. Instituto de Estudios Fiscales. (pag. 179). Madrid.

<sup>3</sup>ALCALÁ AGULLO, FRANCISCO Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, FERNANDO (2018). Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España. Fundación BBVA. (pág. 54). Bilbao.

<sup>4</sup>Según el FMI, el 4% del PIB anual. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2019). Poner freno a la corrupción. Informes del Monitor Fiscal. Washington DC.

<sup>5</sup>Sobre los Códigos Éticos como parte de un sistema global de integridad, puede verse el reciente trabajo de JIMÉNEZ VACAS, JOSÉ JOAQUÍN Y LARREA HERNÁNDEZ – TEJERO, CARMEN (2022). Códigos Éticos y de Conducta Pública (pág. 33 y ss). Revista del Gabinete Jurídico de Castilla – La Mancha, nº 31. Toledo.

<sup>6</sup>Por toda ella, y con referencias muy interesantes a los agentes encubiertos, FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO (2022). Los nuevos retos de la auditoría pública en materia de ética, integridad y lucha contra el fraude. Revista Auditoría Pública. Madrid.

<sup>7</sup>Tal y como pide la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que las penas en estos delitos no deben de ser inferiores a las previstas para delitos económicos comparables. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2010). Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (pág. 89 y ss). Viena.

<sup>8</sup>Y sobre la que el Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación a efectos de analizar la aplicación de la misma. Auto de 29 de junio de 2022, Sección Primera, recurso de casación nº 359/2022.

A la hora de escribir estas líneas apenas media docena de Administraciones Públicas tienen aprobada una norma de integridad. En el ámbito de la Administración del Estado, que tiene el mayor peso y número de organismos, las normas de integridad y códigos éticos son escasos. Según el Informe sobre Integridad Pública del IV Plan de Gobierno Abierto de la Administración General del Estado<sup>9</sup>, sólo el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación tiene un plan de integridad. El resto de Ministerios tienen Códigos Éticos si bien, salvo cinco de ellos, reducidos a determinadas unidades administrativas, organismos autónomos o sociedades mercantiles de capital público. Y por desgracia sólo uno ha sido objeto de revisión, precisamente uno de los elementos esenciales de cualquier plan de integridad, que es el análisis periódico del sistema. El informe contiene información precisa del estado de la cuestión y muchos datos que deberían hacernos reflexionar, como por ejemplo que, a la hora de analizar los mapas de riesgo, todos los Ministerios, menos el de Asuntos Exteriores y Cooperación y el de Industria, Comercio y Turismo, consideran que el área de riesgo al que mayor atención hay que prestar es el de contratación. Sin embargo, pocos Códigos Éticos de los existentes están orientados a la prevención de la corrupción en la contratación.

Las normas que han aprobado, además de la Administración General del Estado, los organismos autónomos y sociedades mercantiles públicas (en estas como verdaderos programas de *compliance*), las Universidades, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, puede consultarse en la selección llevada a cabo por Martínez Suárez<sup>10</sup> para el Boletín Oficial del Estado. En el mismo manual están publicadas las normas aprobadas por otros organismos como el Consejo General del Poder Judicial, las Cortes Generales o la Fiscalía General del Estado.

En este contexto, la Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, supone un tímido avance en esta línea, al exigir en las entidades que decidan o ejecuten medidas de los PERTE, dotarse de un Plan de medidas antifraude, que abarca la prevención, detección, corrección y persecución. Y decimos tímido porque era una gran oportunidad de ir más allá de la norma comunitaria, como se hizo por otra parte en la trasposición de la normativa de contratación pública, y apostar por

programas de integridad, en los que los planes antifraude son un elemento más del sistema.

#### MODELOS PARA UNA ESTRATEGIA DE INTEGRIDAD: EL MINISTERIO DE DEFENSA Y EL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA (MALE)

La tribuna de esta revista me da la oportunidad de comentar un ejemplo de integridad que puede servir de estímulo para otros organismos. En el ámbito del Ministerio de Defensa, se aprobó en 2020, la Instrucción 23/2020, de 4 de junio, del Secretario de Estado de Defensa, por el que se establece el **Código Ético y de conducta del personal que participa en la función de compras del Ministerio de Defensa**. Sin duda un avance significativo y de los primeros Códigos Éticos en la Administración General del Estado y una concepción global más allá del código de conducta individual de los funcionarios públicos que establece el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>11</sup> (arts. 52 a 54 del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), y de las normas de comportamiento del personal militar que regulan las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RD 96/2009, de 6 de febrero). Es cierto que la base para poner en marcha un sistema de integridad es aún mejor cuando se apoya en personal militar, y ello porque sus deberes de conducta no se limitan a lo dispuesto en el Estatuto Básico, sino que además se elevan al máximo rango unas obligaciones éticas cuyo cumplimiento meramente inexacto ya es causa de infracción disciplinaria grave que puede llevar aparejado el arresto y otras sanciones. De hecho, las Reales Ordenanzas disponen que el primer deber del militar es la disposición permanente para defender a España, y que esta *tiene su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, y que además, según su art. 5 el militar Deberá actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental*. De esta forma la integridad ya está empotrada en un sistema de valores férreo, junto con la transparencia, la eficacia o la honradez, y todo bajo la clave de bóveda de la Constitución. Y además su cumplimiento, colmando así la prevención general, puede ser sancionada gravemente.

En este sentido, el Ministerio de Defensa no se ha limitado a aprobar un Código Ético, sino que más allá, trabajando en estas normas desde el año 2010, ha impulsado para cualquier organismo del sector público, un **Modelo de Excelencia en la Función de Compras, según la Instrucción 42/2019, del Secretario de Estado de Defensa, basado en la norma UNE 15896-2015**, a la que pueden acogerse los órganos de contratación interesados, que previa la autoevaluación a través de la herramienta *Euristeo*, son luego evaluados por un equipo que finalmente premia la excelencia otorgando, además de un diploma o certificado para los que se someten a las primeras evaluaciones, un sol<sup>12</sup> de bronce, plata u oro según el grado de cumplimiento de objetivos. A día de la fecha, han obtenido ya sendos soles de bronce la Unidad Militar de Emergencias, la Base Aérea de Getafe del Ejército del Aire y la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa. El modelo de excelencia tiene incluso creada su propia web [www.comprapublicaexcelente.es](http://www.comprapublicaexcelente.es) donde pueden consultarse las distintas iniciativas en marcha, como las

<sup>9</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE GOBERNANZA PÚBLICA DE LA SECRETARÍA GENERAL DE FUNCIÓN PÚBLICA. Informe sobre integridad pública del IV Plan de Gobierno Abierto (2021). Ministerio de Política Territorial y Función Pública (pag. 78 y ss). Madrid.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ SUÁREZ, GUILLERMO (2021). Códigos Éticos, de Conducta, Buen Gobierno y Transparencia. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión profundizan MORENO GARCÍA, PILAR y VEGA FELGUEROSO, JUAN (2022). Los olvidados del TREBEP. Blog de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana. Valencia. Recuperado de <https://www.antifraucv.es/los-olvidados-del-trebep/>.

<sup>12</sup> Se ha elegido simbólicamente el sol porque es el elemento más significativo de los Cuerpos militares de Intendencia e Intervención, herederos del extinto Cuerpo de Administración Militar, según reconoció la Real Orden Circular de 4 de noviembre de 1911, dado que el sol significaba unidad, verdad, claridad, gracia, abundancia y riqueza, y era símbolo de liberalidad y benevolencia.



mencionadas u otras como los boletines de noticias con artículos sobre contratación, todo ello de libre suscripción. El reconocimiento al Modelo de Excelencia ha venido de la mano, el pasado mes de septiembre de 2002, del XV Premio a la Innovación en la Gestión Pública que otorga el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Dentro del Ministerio de Defensa, el Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (MALE) ha demostrado ser nuevamente el buque insignia de la contratación pública en España. Ya fue vanguardia como gestor de la compra de todo el material sanitario y de protección durante la *Operación Balmis* (tras las desafortunadas experiencias de otros organismos públicos civiles), y después de la pandemia ha seguido trabajando e innovando más allá, siempre al servicio de la misión y de la sociedad española, convirtiéndose en uno de los primeros órganos de contratación que aprobó un Código Ético interno para su personal (su Norma General 7/2021), con un canal de denuncias y un órgano asesor de seguimiento ético. Y ello pese a todos los controles que el ámbito de la Administración militar existen a mayores de la Administración civil, desde unos principios éticos y de comportamiento más rigurosos, y unas responsabilidades disciplinarias y penales más severas.

Considerando además que la formación y el conocimiento del personal destinado era de máxima prioridad para conocer la importancia de un área de trabajo tan complejo como la contratación, se aprobó una Instrucción Técnica en 2021

para que cualquier personal nuevo destinado que tuviera relación con el órgano de contratación y tuviera formación únicamente técnica o administrativa, estudiara con detalle todo el ciclo del proceso de compras, los agentes intervinientes, los procedimientos, las obligaciones y responsabilidades de su actuación individual o en órganos colegiados como las mesas de contratación o las comisiones de seguimiento de los contratos. Instrucción que ha demostrado en la práctica una enorme utilidad para aquel personal que carece de conocimientos jurídicos y en materia de contratación, dada la complejidad de la materia y las responsabilidades que asumen con su ejercicio, todo ello como parte de un sistema que garantiza la mejor gestión de la contratación.

La Instrucción Técnica, el Código Ético, y otras normas se complementan con la Norma que regula la Estrategia de compras del MALE que, bajo el paraguas del Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACEF)<sup>13</sup>, analiza las necesidades de las distintas unidades proponentes de gasto, que permite la planificación de la contratación y la concepción de esta como una herramienta para la prestación del servicio público de Defensa como así exige la nueva LCSP.

Además, como manifestación de la apuesta por crear una cultura de cumplimiento normativo, no se ha limitado a tener aprobado un Código Ético pese a su demostrada utilidad, sino que, siguiendo las recomendaciones de

organizaciones internacionales como la OCDE, se está tramitando **una Estrategia de Integridad, basada en los tres ejes: sistema coherente y global en materia de integridad, cultura de integridad pública y rendición de cuentas**. Cada uno de estos tres ejes se sustenta en unos pilares que respectivamente son: primer eje, compromiso, responsabilidades, estrategias y normas; segundo eje, sociedad, liderazgo, meritocracia, formación y apertura; y tercer eje, gestión de riesgos, sanción, supervisión y participación. Desarrollando cada uno de esos pilares, se ha creado un sistema global de integridad y una cultura de integridad, de la que están imbuidos todo el personal militar y civil al servicio del MALE. Sin duda esta cultura de integridad, impulsada y liderada por el Teniente General Jefe del MALE, y en la que he tenido el honor de participar desde la Jefatura de Asuntos Económicos, es pionera en la Administración General, porque supone concebir la integridad pública más allá de unas normas éticas o de un programa de cumplimiento normativo.

Este tipo de iniciativas sirven como estímulo para que, pese a lo limitado de los recursos humanos dedicados a la contratación pública, otros órganos de contratación e instituciones públicas destinen esfuerzos a crear sistemas de integridad como garantía irrenunciable para que la Administración sirva a los intereses generales, adopte el cumplimiento normativo como un valor en sí mismo, y sus máximos responsables lideren con el ejemplo íntegro para prestar los mejores servicios públicos con la mayor eficacia.

No olvidemos además que esta concepción de la integridad como un todo tiene reflejo también en un mayor compromiso de las empresas y entidades privadas para asumir los mismos principios de actuación, ejecutando las obras, proporcionando servicios y suministros de la mayor calidad, como instrumentos para los mejores servicios públicos al ciudadano y basado en un tejido industrial estable, próspero e innovador, en los que el *compliance* no sea una herramienta para generar exoneraciones de responsabilidades penales, sino parte del convencimiento de que la cultura del cumplimiento normativa es un valor en sí misma.

<sup>13</sup> Sobre la importancia de la planificación de la contratación para combatir la corrupción, puede consultarse la Recomendación General de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (2020). La planificación: herramienta clave para prevenir los riesgos de corrupción en las organizaciones. Valencia. Recuperado de [https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2020/11/201103\\_Recomendacion\\_planificacion.pdf](https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2020/11/201103_Recomendacion_planificacion.pdf)