



Revista

Real  
MÉXICO

Número 18  
enero-junio 2021

ISSN 2007-4700

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Castilla la Mancha

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el fenómeno de las agencias anticorrupción. Una nueva institución que a partir del Convenio de Naciones Unidas sobre corrupción está apareciendo con fuerza en la mayoría de los países de la Unión Europea y de Latinoamérica. El artículo realiza un estudio de derecho comparado, analizando los diversos modelos de agencias, con el fin de mostrar la disparidad de funciones que están cumpliendo y mostrar sus problemas de diseño institucional. Finalmente, el trabajo propone un modelo de agencia cuya principal función sería en primer término dar pautas a las administraciones públicas, para que implanten medidas de prevención de la corrupción, y supervisar su correcta implantación. Rechazando un modelo de agencia centrado en la investigación de irregularidades.

**PALABRAS CLAVE:** agencias anticorrupción, corrupción, cumplimiento normativo, fraudes en la contratación pública, responsabilidad penal de personas jurídicas.

**ABSTRACT:** This paper analyses the development of anti-corruption agencies. A new institution that, based on the United Nations Convention on Corruption, is emerging with force in most countries of the European Union and Latin America. The article makes a comparative law study, analyzing the different models of agencies, in order to show the disparity of functions they are performing and to show their institutional design problems. Finally, the paper proposes a model of agency whose main function is to provide guidelines for public administrations to implement corruption prevention measures and to supervise their correct implementation. The paper rejects a model of agency focused on the investigation of irregularities.

**KEY WORDS:** anti-corruption agencies, corruption, compliance programs, procurement fraud, criminal liability of legal entities.

**SUMARIO:** 1. La autorregulación preventiva como marco de actividad de las agencias. 2. Las agencias anticorrupción en España. 3. Las agencias anticorrupción en Francia e Italia. 4. Mirando al futuro: ¿Qué tipo de agencias queremos?

## 1. La autorregulación preventiva como marco de actividad de las agencias.

En los últimos años hemos asistido en España a la eclosión de las agencias anticorrupción autonómicas y en menor medida locales. Contamos con seis agencias autonómicas (Cataluña,<sup>1</sup> Galicia,<sup>2</sup> Valencia,<sup>3</sup> Aragón<sup>4</sup>, Baleares<sup>5</sup> y Navarra<sup>6</sup>) y dos agencias locales, en Madrid<sup>7</sup> y Barcelona<sup>8</sup>. En fase de aprobación se encuentra la de la Castilla y León, comunidad que cuenta ya con una normativa de protección de los alertadores. En el País Vasco existe una propuesta de ley para la creación de una Oficina a Favor de las Buenas Prácticas y Anticorrupción que ha sido evaluada positivamente por el Gobierno Vasco,<sup>9</sup> e igualmente en Canarias se está planteando en estos momentos su creación.<sup>10</sup>

Este tipo de órganos no es, por supuesto, desconocido en el marco del Derecho comparado. En la UE muchos países europeos cuentan con agencias similares, como es el caso de los antiguos países del este, pero también de otros más cercanos como es el caso de Italia, Francia o Portugal. También existen agencias anticorrupción en países asiáticos, de hecho la primera agencia anticorrupción fue creada en Singapur y en la mayoría de los países de América Latina. En Brasil esta función la desempeña, con amplias funciones, la Controladoría General de la Unión, acompañada dada su compleja estructura federal, de las controladorías de cada estado y las existentes en los municipios más importantes.

<sup>1</sup> Ley 14/2008, de 5 de Noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

<sup>2</sup> Ley 8/2015 do 7 de agosto, da reforma da Lei 6/985 do Consello de Contas, e do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999 do 7 de outubro, para a prevención da corrupción.

<sup>3</sup> Ley 11/2016, de 28 de Noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

<sup>4</sup> Ley 5/2017, de 1 de Junio, de Integridad y Ética Públicas.

<sup>5</sup> Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Illes Balears.

<sup>6</sup> Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de buenas prácticas y anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>7</sup> Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción de 23.12.2016.

<sup>8</sup> Mesura de govern per a la creació de l'Oficina per a la Transparència i les Bones Pràctiques (<http://hdl.handle.net/11703/104943>)

<sup>9</sup> <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/departamento-gobernanza-publica-autogobierno/>

<sup>10</sup> Vid. la noticia en <https://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-gobierno-canarias-favor-oficina-antifraude-si-no-solapan-competencias-20180621143859.html>

En la UE la OLAF puede igualmente encuadrarse dentro de este nuevo tipo de órganos administrativos. La proliferación de agencias ha dado lugar a agrupaciones internacionales de carácter regional como la Red de Oficinas Anticorrupción del Este (*Network of National Anti-Corruption Institutions in West Africa*) y del sur de África (*Southern African Forum Against Corruption*), del sudeste asiático (*Southeast Asian Parties Against*), de Arabia (*Arab Anti-Corruption and Integrity Network*) o de los países de la Unión Europea (*European Partners Against Corruption/European anti-corruption contact point network (EPAC/EACN)*).

El nacimiento de las agencias anticorrupción ha venido propiciado, aparte de por argumentos de carácter político coyuntural, por el Convenio de Naciones Unidas para la prevención de la corrupción. Este precepto contiene indicaciones bastante precisas tanto en lo que se refiere a sus funciones como a sus aspectos orgánicos. Según el artículo 6, su función consiste, de un lado, en la aplicación de medidas de prevención previstas en el artículo 5 del convenio, o más concretamente en su coordinación y supervisión y, de otro, en el aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. La Convención de Naciones Unidas proporciona también indicaciones precisas acerca de sus aspectos orgánicos: debe ser independiente (“sin ninguna influencia indebida”)<sup>11</sup> y eficaz, lo que entraña una correcta asignación de recursos. Es sintomático, en consonancia con lo que después se dirá, que la Convención distingue perfectamente entre las oficinas anticorrupción a las que encarga tareas preventivas (art. 6), de aquellas autoridades especializadas (art. 36) a las que encomienda los aspectos represivos (“la aplicación de la parte coercitiva de la ley”). En el marco de la Convención de Naciones Unidas se ha creado un registro de agencias, que acredita a aquellas que cumplen con sus estándares.

Pese a la eclosión de las agencias anticorrupción no ha existido un debate relevante acerca de cuál es el modelo de agencia o, más aún, cuáles deben ser funciones, estructuras etc..<sup>12</sup> Especialmente importan-

<sup>11</sup> Vid. sobre la necesidad de independencia las Resoluciones 3/2, 3/3 y 4/4 adoptadas por la Conferencia de Estados Parte a que se refiere el art. 63 de la Convención.

<sup>12</sup> Vid. los trabajos clásicos de Doig A., (1995) *Good government and sustainable anti-corruption strategies: a role for independent anti-corruption agencies?*, *Public Administration And Deve-*

te resulta la reflexión acerca de cómo delimitar sus funciones de otros entes públicos como las oficinas de transparencia, de los órganos de control interno o de la inspección de servicios. El solapamiento de funciones o la hiperinstitucionalización<sup>13</sup> puede convertirse en uno de los argumentos principales para considerar que constituyen un instrumento carente de utilidad y con poca relevancia práctica. Pero al lado de esta primera cuestión, que afecta a su necesidad, existen otras muchas preguntas abiertas relativas al carácter obligatorio de las medidas de prevención, al papel en la implantación de medidas anticorrupción en cada organismo público, la necesidad de centralizar esta política, su función de la contratación pública o en la transparencia etc. A estos efectos, para entender correctamente la necesidad y las funciones de este nuevo tipo de órgano administrativo, hay que contextualizarlas en un cambio de paradigma en la erradicación de la corrupción.<sup>14</sup> Hasta los años noventa, se pensó que la clave en la lucha contra la corrupción era fundamentalmente la mejora de las leyes penales, mediante el perfeccionamiento de los tipos penales relativos a la corrupción, la mejora del proceso penal y la creación de organismos de persecución especializados como la Fiscalía Anticorrupción.

La Convención de Naciones Unidas, así como otras organizaciones internacionales, han ido asentando paulatinamente un nuevo paradigma de política criminal, donde se pone especial énfasis en la creación

de instrumentos preventivos<sup>15</sup>. Estos mecanismos son de diversa índole, pero todos tienen en común que son de naturaleza extrapenal: leyes de transparencia, de financiación electoral, de regulación de *lobbys* y conflicto de intereses, regulación de la contratación pública desde la óptica de la prevención de la corrupción etc. Entre las nuevas herramientas de prevención destaca la necesidad de implantar programas de cumplimiento, es decir, medidas de autorregulación interna de carácter preventivo cuya finalidad es la establecer medios de prevención adaptados a los riesgos y peculiaridades de cada organización. Esta obligación pesa tanto sobre empresas u otras organizaciones privadas como ONGs o partidos políticos, como sobre organizaciones y administraciones públicas.

Mientras que en el ámbito empresarial esta autorregulación preventiva en materia de corrupción va a formar parte de los denominados programas de cumplimiento, en el marco de las organizaciones públicas reciben frecuentemente el nombre de programas de integridad. Ambos sistemas autorregulación representan, sin embargo, las dos caras de una misma moneda y constituyen técnicas de gestión de organizaciones —similares. La promoción de valores éticos en la organización, la definición de reglas de comportamiento a través de códigos de conducta, la mejora de los controles internos basados en análisis de riesgos, etc. Son elementos comunes a programas de integridad y de cumplimiento.

Pese a que conforme acaba de indicarse la autorregulación preventiva debiera estar desarrollada con igual fuerza en uno y otro tipo de organizaciones existen diversos factores que provocan un menor desarrollo del cumplimiento normativo en las organizaciones públicas. El primero de ellos es que las organizaciones públicas tienen menos incentivos que las privadas para hacerlo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es el método principal que se elige para incentivar la implantación de programas de cumplimiento en las empresas, no extiende a las organizaciones públicas. Igual ocurre con los incentivos que proporciona a las empresas la nueva normativa de contratos del sector público o con los que suministra el propio mercado a través de criterios que desembocan en la buena o mala reputación de las empresas. El

lopment, Vol. 15, p. 151 ss; Meagher P., (2005) Anti-corruption Agencies: Rhetoric Versus Realit, The Journal of Policy Reform, Vol. 8 nº 1, p. 69 ss; De Sousa L., (2010) Anti-corruption agencies between empowerment and irrelevance Crime Law Soc. Change, 53, p.5 ss.

Un análisis descriptivo de los diversos modelos OCDE (2013), Specialized Anti-Corruption Insitution Review of Models. Paris; también dentro de la literatura institucional PNUD (2011), Guide des praticiens: Evaluation de la capacité des agences anti-corruption.

En España vid. Nieto Martín A./Maroto Calatayud M. (2014), Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas, Cuenca, 2014; especialmente el trabajo de Escoda Ruanes, La Oficina Antifraude de Cataluña, p. 265. Igualmente Ponce J. (2017), Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo, Revista internacional de transparencia e integridad, n 3.

<sup>13</sup> Vid. Fernández Ajenjo J.A., (2019) Problemas y soluciones frente al uso populista del estado de derecho: agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, nº 9, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Sobre estas cuestiones últimamente Nieto Martín A./García Moreno B. (2019), De la Ética Pública al Public Compliance en Gómez Colomer J. L., Tratado sobre compliance penal, Tirant lo Blanch, p. 379 ss.

<sup>15</sup> Vid. especialmente Parisi N. (2017), Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione, en federalismi.it.

**Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria**

cumplimiento normativo aumento el valor y la competitividad de las empresas, pero tiene un menos impacto reputacional en las administraciones públicas.

Mas la ventaja que las empresas tienen sobre las administraciones públicas en la implantación de programas de cumplimiento no tiene que ver solo con incentivos diversos. También están relacionadas con una diversa cultura y con las distintas habilidades y competencia técnica de gestores públicos y privados. La sumisión de los funcionarios públicos a la ley es algo que tradicionalmente se ha dado por hecho. Con frecuencia se escucha todavía el argumento que en la administración pública la existencia de la ley y los controles que ella misma establece hace innecesario la implantación de medidas de autorregulación o el desarrollo de una ética pública. Por otro lado, los escándalos de corrupción, a diferencia de lo que ocurre con las empresas, afectan a los dirigentes públicos, pero en mucha menor medida a la propia organización.

La autorregulación, el dotarse de procedimientos y normas internos con el fin de conseguir diversos objetivos, es algo que tradicionalmente han hecho las empresas. Como bien es conocido, el legislador en las últimas décadas utiliza la denominada autorregulación regulada en sectores tan variados como la protección de datos, la prevención de riesgos laborales o el blanqueo de capitales. Esta técnica de regulación, en lo que alcanzo, es mucho más extraña en las administraciones públicas, que carecen por ello de una cultura de autorregulación semejante. Por poner un ejemplo, la expresión análisis de riesgos, la médula de la autorregulación preventiva, es más que conocida por la mayoría de los gestores de empresas, pero es ampliamente desconocida por los gestores públicos.

Como consecuencia de la importancia que la autorregulación tiene en el sector privado y las numerosas obligaciones existentes existe además una potente industria de consultoría que presta sus servicios a las empresas en el desarrollo de programas de cumplimiento, de protección de datos, de riesgos laborales etc. El que las empresas paguen por un asesoramiento cualificado para, por ejemplo, implantar un programa de prevención de la corrupción constituye además un efecto buscado por el propio ordenamiento. Uno de los objetivos de los programas de cumplimiento es que las empresas integren como un coste de producción más la implantación de procedimientos internos que mitigan todo tipo de riesgos: desde los medioam-

bientales, los laborales o la realización de pagos ilícitos. Es lo que los economistas denominan como producción socialmente eficiente y que consiste en que las empresas no trasladen al resto de la sociedad los costos que originan sus procesos productivos. De no existir programas de cumplimiento en materia de prevención de la corrupción, sería el Estado quien debería asumir en solitario los costes de esta prevención a través de más policías, inspectores etc. Este fenómeno de asunción de costes que conlleva la autorregulación no es deseable, desde luego, en el seno de las administraciones públicas. No sería acertado que la implantación de un plan de prevención de la corrupción, por ejemplo, en un municipio conllevara costes vinculados al pago de consultores externos. La producción socialmente eficiente de las empresas nos beneficia a todos, mientras que el aumento del gasto público no siempre lleva aparejados beneficios sociales. Por esta razón, la autorregulación preventiva en materia de corrupción –o en cualquier otro ámbito– debe hacerse preferentemente con los propios recursos.

Tras cuanto acaba de decirse, creo que es ya fácil comprender cuál es el objetivo principal de las agencias anticorrupción, su función consiste en compensar este déficit que acaban de describirse y ayudar a las administraciones públicas a autorregularse con el fin de prevenir la corrupción. Ahora bien para que las agencias anticorrupción puedan ayudar en la implantación de programas de integridad o cumplimientos, las administraciones públicas y el resto de organizaciones públicas deben también “dejarse ayudar”, es decir, estar interesadas en su implantación. Por esto, también las agencias deben contar para ser efectivas con las herramientas necesarias para coaccionar a las organizaciones públicas a implantar eficazmente estas medias, pues, como ya hemos advertido, son muy pocos los estímulos que tiene el responsable de una organización pública para su implantación. Al menos en España, la presencia de las agencias anticorrupción no ha supuesto un aumento en el número de administraciones públicas que se han dotado de programas de integridad.

Esta función eminentemente preventiva de las agencias anticorrupción nos sirve para entender qué es y para qué sirve una agencia, pero también para distinguir entre los dos grandes modelos de agencias anticorrupción existentes. En la literatura existente sobre agencias es frecuente distinguir entre aquellas que tienen tareas preventivas, de las que desempeñan

funciones de investigación. En la primera oleada de agencias anticorrupción, que da comienzo en los años cincuenta del pasado siglo, preveían las labores de investigación. Muchas de ellas nacieron en el marco de administraciones muy desprestigiadas en la que el objetivo era crear un potente apartado de “asuntos internos”. Igualmente este tipo de agencias tiene sentido cuando existen policías corruptas o, más aún, fiscalías.

En el caso de la *ue*, la *olaf* es también un tipo de agencia anticorrupción con un perfil investigador. Pero los objetivos de la *olaf* tienen sentido dentro del peculiar marco institucional de la *ue*. La *olaf* como es conocido nace de la imposibilidad política de crear una auténtica fiscalía europea, pero también de la necesidad de coordinar la investigación de irregularidades que implicaban a varios países y de contar con un cuerpo propio que investigara las irregularidades que afectaban a los funcionarios y a las instituciones europeas. A diferencia de lo que ocurre en los Estados miembros, la *ue* no cuenta con una policía que pueda desempeñar este cometido.

En lo que sigue, y una vez conocido el marco teórico de las agencias anticorrupción, analizaremos en primer lugar las diversas funciones y estructura de las agencias anticorrupción españolas (2). Seguidamente realizaremos una comparación con dos agencias muy significativas de nuestro entorno como son la italiana y la francesa. Precisamente porque resultan modelos muy próximos creo que la comparación resulta de gran utilidad (3). Finalmente realizaremos una serie de indicaciones y propuestas con el fin de contribuir a una regulación mucho más perfilada que la actualmente existente (4).

## 2. Las agencias anticorrupción en España.

- a) *Agencias anticorrupción, oficinas de transparencia, autoridades de contratación pública y oficinas de altos cargos.*

Aun ciñéndonos a las agencias anticorrupción preventivas, un primer problema con el que nos enfrentamos a la hora de estudiar las agencias españolas es a quién colocamos esta etiqueta. Más que de un problema de definición se trata en realidad de un grave problema de diseño institucional, pues como vamos a ver existe el riesgo de solapamiento entre el papel

de las agencias y otros órganos como las oficinas de transparencia o de conflictos de intereses.

La Ley 19/2013 comprende tanto la transparencia, como el buen gobierno y este último concepto incluye lógicamente la adopción de medidas anticorrupción. Además en sectores como el urbanismo o la contratación pública las medidas de prevención de la corrupción tienen que ver con el incremento de la transparencia.<sup>16</sup> A diferencia de lo que ocurre con las agencias anticorrupción, en materia de transparencia la Ley 19/2013 contiene ya un diseño institucional completo. Cada organización pública ha institucionalizado esta actividad, con planes de transparencia y responsables de transparencia. Existe además un Consejo Nacional de la Transparencia y Buen Gobierno, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, cuyas funciones consisten en elaborar recomendaciones, buenas prácticas y en general supervisar que la Ley de transparencia se aplica de manera correcta por los sujetos obligados.

La Oficina de Buenas Prácticas y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona muestra con claridad la posibilidad de integrar la prevención de la corrupción en las oficinas de transparencia. Curiosamente, la otra gran oficina anticorrupción municipal, la de Madrid, está desligada de la oficina de transparencia del municipio. Quizás debido a la ubicación de la oficina de Barcelona dentro de la transparencia su regulación apenas hace esfuerzo alguno por coordinar sus funciones con la Oficina Antifraude de Cataluña. Solo muy puntualmente se indica en relación a la formación que habrá colaboración entre ambas.

Este breve recorrido por la transparencia nos muestra la necesidad de ubicar claramente la prevención de la corrupción. Hay que decidir si la vía a seguir es la incorporación de esta función a las que ya realizan las oficinas de transparencia –como ocurre en Barcelona–, generar dos estructuras diferentes –como ocurre en Madrid– o por el contrario que la anticorrupción acabe incorporando la transparencia. Si en el futuro las agencias anticorrupción, ya sean autonómicas o nacionales, se convierten en supervisoras de las medi-

<sup>16</sup> Vid. por ejemplo las propuestas de Gallego Corcoles I, La prevención de la corrupción en las administraciones públicas o las de Carrillo Morente J.A, Corrupción frente a ordenación urbanística, ambos en Nieto Martín A./Maroto Calatayud M. (2014), Public compliance, op. cit, p. 43 ss, 93 ss. Igualmente las medidas que se proponen en AA.V (2018), Guía para la prevención de la corrupción en las administraciones públicas de Castilla la Mancha (descargable en: <http://doi.org/10.18239/atena.10.2018>).

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

das de prevención que se adopten en cada institución pública, lo que no tiene sentido es que mediante un cambio de etiquetas se eluda esta supervisión.

A la dualidad transparencia-anticorrupción debe sumársele una segunda: la existente entre anticorrupción “general” y anticorrupción “especial” en materia de contratación pública. La Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 332 ha establecido una nueva agencia: la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público.<sup>17</sup> La OIResCON adscrita al Ministerio de Hacienda, tiene independencia orgánica y funcional. Sus tareas son genuinamente las de una agencia nacional, pero especializada en el ámbito más importante de la corrupción, como es la contratación pública. Su capacidad de supervisión de las distintas administraciones públicas es considerable: puede dar instrucciones dando pautas de interpretación, haciendo recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación o elaborando estudios o guías de buenas prácticas. Una de sus funciones principales es la elaboración de un mapa de riesgos de la contratación pública con el fin de “identificar las patologías identificadas en la contratación pública”. Pose además su propio canal de denuncias, independiente del que puedan poseer las distintas administraciones públicas convocantes.

La Oficina de Conflictos de Intereses, dependiente del Ministerio de Política Territorial, constituye otro invitado más a la mesa de la prevención de la corrupción. Nadie duda que gestionar los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración, entre los que se incluye el fenómeno de las puertas giratorias, son uno de los pilares en las políticas de prevención de la corrupción. A diferencia de lo que hemos visto en transparencia o en contratación pública, donde la oficina estatal coordina y supervisa al resto de entidades semejantes autonómicas y locales, aquí los distintos niveles funcionan como compartimentos estancos. Como después veremos, en la regulación de algunas agencias anticorrupción autonómicas se ha incluido expresamente esta función.

*b) Las agencias autonómicas.*

Las agencias anticorrupción han nacido en España fundamentalmente vinculadas a la administración autonómica. Existen en la actualidad seis agencias anticorrupción, por esta razón en lugar de realizar un estudio singularizado de cada una de ellas, lo que resultaría seguramente tedioso, se efectuará a continuación un estudio comparado, examinando diversos aspectos comunes a todas ellas. En general puede decirse que se trata de regulaciones ampliamente similares, donde hay textos que han servido de inspiración legislativa a otros. No obstante, es posible encontrar diferencias significativas. La primera agencia, la Oficina Antifraude de Cataluña, data de 2008. Durante casi una década es la única agencia que existió. En 2015 aparece la agencia gallega, vinculada a su Tribunal de cuentas. La eclosión de las agencias se produce poco después, entre 2016 y 2018.

La primera característica que ha de tener una agencia anticorrupción es la de su independencia.<sup>18</sup> Todas las Agencias, a excepción como hemos visto de la gallega, están adscritas a los parlamentos autonómicos, quienes eligen a su director. Las normas reguladoras establecen un conjunto de garantías para asegurar la independencia y objetividad de su director: necesidad de mayorías cualificadas para su elección; causas tasadas de revocación de su mandato; régimen de incompatibilidades; imposibilidad de recibir órdenes; no afiliación a partidos político etc.<sup>19</sup> Adicionalmente se establecen también garantías destinadas a garantizar la autonomía de la institución: personalidad jurídica propia; capacidad para dotarse de sus reglamentos de funcionamiento<sup>20</sup>; posibilidad de presentar un proyecto de presupuesto; capacidad para seleccionar a los empleados de la agencia<sup>21</sup>. La independencia, sin embargo, sirve de muy poco sin recursos suficientes, por eso es importante que alguna agencia tenga la capacidad para presentar un proyecto de presupuesto. En este momento la mayor parte de las agencias son aún instituciones en construcción, por lo que no resulta posible evaluar sus medios.

<sup>17</sup> Vid. Betancor Rodríguez A. (2018), Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en Gimeno Feliu, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Aranzadi, p. 689 ss.

<sup>18</sup> Vid. el document elaborado por la reunión por diversos responsables de agencias anticorrupción y Naciones Unidas, Jakarta Statement on Principles for Anti-Corruption Agencies Jakarta, 26-27 November, 2012

<sup>19</sup> Vid. art. 8-11 de la Ley 14/2008, de la Oficina Antifraude; art. 17-19 Ley 16/

<sup>20</sup> Vid. especialmente art. 7.

<sup>21</sup> Vid. art. 24-26 de la Ley 14/2008, de la Oficina Antifraude.

Las agencias anticorrupción limitan sus competencias fundamentalmente a organizaciones públicas. Su ámbito de actuación es la administración autonómica, los entes locales y las universidades públicas. Igualmente extienden su competencia a las empresas públicas y a entidades donde alguna de las entidades del sector público tenga capacidad para nombrar la mayoría de los miembros de los órganos de representación. Su actuación se extiende también con frecuencia a partidos políticos, a contratistas y personas que tienen atribuidas la gestión de servicios públicos y a personas que han recibido subvenciones, ayudas o créditos de las administraciones públicas. En estos supuestos sus competencias se circunscriben a la gestión de las subvenciones o a la gestión de las obras y servicios públicos que tienen encomendadas estas entidades.

La propia denominación de las agencias nos indica que su ámbito de actuación es la prevención del fraude y la corrupción. Esta meta genérica se concretará en dos fases distintas. Un primer precepto suele indicar con carácter general cuál es su finalidad. Así por ejemplo en el caso de la Agencia de la Comunidad Valenciana puede leerse que “se crea para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción... y para el impulso de la integridad y la ética pública”; en la Catalana se habla de “prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos” y de “asesorar y hacer recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, las prácticas fraudulentas y las conductas que atenten contra la integridad” (art. 1); en la Aragonesa “el establecimiento del régimen de promoción, impulso y garantía de la integridad y la ética pública” (art. 1) etc.

En una segunda fase, estas metas genéricas se concretan a través de la atribución de funciones. Un primer grupo pueden catalogarse de actividades relacionadas con la autorregulación para prevenir el fraude y la corrupción. Así, por ejemplo, se establecen competencias como el asesoramiento a las instituciones bajo su control en la adopción de medidas de prevención (Galicia, Baleares, Cataluña), la evaluación de las medidas de prevención (Navarra), la supervisión de la contratación pública (Navarra), la elaboración de un código ético general y la gestión del código (Navarra), la supervisión del sistema de prevención y la propuesta de mejoras (Galicia), realizar análisis de riesgos generales o sectoriales (Valencia, Balea-

res, Navarra), la formación de funcionarios (Valencia, Baleares).

Como puede comprobarse se trata de actividades que tienen que ver fundamentalmente con la supervisión de las medidas de prevención que han de adoptar las entidades sujetas a su supervisión. Es importante señalar, por ello, que las agencias españolas parten, al menos implícitamente, de que existen dos planos distintos en la prevención de la corrupción. La actividad principal en materia de prevención debe desarrollarse en cada organización pública (primer plano), la labor de la agencia consistiría en supervisar y apoyar el desarrollo de esta autorregulación preventiva (segundo plano). Desde esta perspectiva debe analizarse la conveniencia de las funciones más ejecutivas que en algún caso disponen las agencias, como son la gestión de los canales de denuncias y la protección de los denunciantes, la formación de los funcionarios o la gestión de los códigos éticos.

El segundo núcleo duro de su actividad, con la excepción de la Ley gallega, es la investigación de casos de irregularidades. La mayoría de las regulaciones distinguen entre dos tipos de procedimientos de investigación: el destinado a realizar recomendaciones a la organización que ha sido investigada y un procedimiento sancionador propiamente dicho, cuyo objetivo es la imposición de las sanciones administrativas que se prevén en algunas regulaciones. Resulta de especial interés el primer tipo de procedimiento en cuanto que es el principal mecanismo de supervisión de que las agencias disponen. En este punto existen dos tendencias. La norma que regula las agencias de Navarra y Aragón delimita de manera casi casuística los objetivos de estas investigaciones. La ley Navarra constriñe la actividad de investigación a supuestos de conflictos de interés en autoridades, altos cargos y personal al servicio de las administraciones públicas o fundaciones y empresas públicas; uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público y el aprovechamiento en beneficio particular o de terceros de bienes y recursos públicos; conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público, así como en las fundaciones y empresas públicas. La Ley de Aragón también se inclina por una enumeración algo más restrictiva de los supuestos en que puede darse la apertura de una investigación “uso

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

o destino irregulares de fondos públicos”, “conductas opuestas a la probidad que comporten conflictos de intereses” o “el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas”.

Por el contrario, en las leyes que regulan las agencias de Baleares, Cataluña y Valencia los objetivos se describen de manera más amplia. En el caso de la agencia catalana, y con un texto muy similar la balear, se indica que las investigaciones o inspecciones afectan a “casos de uso o destino irregulares de fondos públicos y conductas opuestas a la probidad o contrarias a los principios de objetividad eficacia y sumisión plena a la ley al derecho”. La Ley valenciana opta por un criterio distinto, aunque no menos amplio, a la hora de establecer las facultades de investigación: “actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, disciplinaria o penal y en función de los resultados de la investigación, instar la incoación de los procedimientos que correspondan...”

El inicio de este tipo de investigaciones se produce de oficio por decisión del director previa determinación de la verosimilitud de los hechos o conductas de que tenga conocimiento (Cataluña, Valencia, Baleares, Navarra). En el caso de Baleares y Valencia la iniciación del procedimiento puede producirse también por decisión del parlamento. Como puede apreciarse se trata en la mayoría de los casos de una investigación reactiva fruto de una sospecha o, generalmente, denuncia. No existe una actividad inspectora o supervisora propiamente dicha dirigida, en ausencia de toda sospecha de irregularidad, a comprobar la eficiencia o el grado de implantación de medidas preventivas en la organización pública.

La finalidad última de la investigación, como antes se indicó, es la emisión de un informe razonado en el que la agencia hace una serie de recomendaciones la autoridad competente, quien en el plazo de treinta días debe adoptar las medidas pertinentes o indicar los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones (Aragón, Cataluña, Baleares, Valencia). La investigación se paraliza de inmediato cuando en ellas se observen indicios de delito o responsabilidad contable (Aragón, Cataluña, Baleares, Valencia).

De los distintos aspectos de la regulación de las investigaciones, interesa detenerse en la enumeración de los medios de investigación. También aquí exis-

te una gran similitud. La pionera regulación catalana enumeró una serie de medios de investigación que después se han previsto casi de manera mimética en el resto de normativas. El artículo 17.1 de la Ley señala que la Oficina “puede acceder a cualquier información que se halle en poder de los organismo públicos o personas físicas o jurídicas, públicas o privadas afectos a su ámbito de actuación”; “personarse, acreditando la condición de autoridad o agente de la Oficina Antifraude, en cualquier oficina o dependencia de la Administración o centro afecto a un servicio público para solicitar información, efectuar comprobaciones *in situ* y examinar los documentos, expedientes, libros, registros, contabilidad y bases de datos, cualesquiera que sea el soporte en que están grabados, así como los equipos físicos y lógicos utilizados”; “efectuar las entrevistas personales que se estimen conveniente... Los entrevistados tienen derecho a ser asistidos por la persona que ellos mismos designen”; “acceder... a la información de cuentas corrientes de entidades bancarias en que se hayan podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos públicos...”; “acordar la relación de fotocopias adverbadas de los documentos obtenidos”. A estos medios de investigación se añade en la mayoría de los textos el deber de colaboración de otras administraciones públicas.

Otro aspecto prácticamente común a todas las regulaciones es la protección de los denunciantes, pues como vemos en la mayoría de las regulaciones es la denuncia el detonante del proceso de investigación. No obstante, en este punto es interesante observar como la figura del denunciante y su protección se ha ido regulando cada vez con mayor detalle. Así por ejemplo la norma catalana, que recordemos es la pionera, apenas sí establece disposiciones al respecto, al igual que ocurre con la norma balear. Por el contrario en la regulación de las agencias de la segunda generación (Valencia, Aragón y Navarra) contienen mayores disposiciones al respecto. El artículo 14 de la normativa valenciana, con el que coinciden literalmente el artículo 24 de la Ley navarra y los artículos 45 y 46 ss de la aragonesa, establece el estatuto de la persona denunciante definiendo que ha de considerarse por denuncias de mala fe; la necesidad de establecer canales que garanticen la confidencialidad, la asistencia legal al denunciante y el deber de la agencia de velar porque “estas personas no sufran, durante la investi-

gación ni después de ella, ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de las condiciones laborales o profesionales, ni ningún tipo de medida que implique cualquier forma de perjuicio o discriminación”. En estas funciones las agencias pueden instar al órgano competente a que traslade al denunciante a otro puesto. La normativa de Aragón señala de manera complementaria a todo lo anterior que el denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la administración.

La atribución de competencias sancionadoras presenta algunas diferencias de unas agencias a otras. En primer lugar hay agencias que carecen de competencias sancionadoras, como es singularmente el caso de la catalana y la gallega. En un segundo grupo de agencias la potestad sancionadora está vinculada al ejercicio de competencias en materia de registro de bienes patrimoniales, la regulación de los *lobbys* o incluso el ejercicio de la potestad disciplinaria en el caso de altos cargos cuando incumplan las disposiciones del código ético; este es el caso de la oficina aragonesa. El tercer grupo de agencias (Aragón, Valencia y Baleares) tienen atribuida una potestad sancionadora que comprende esencialmente comportamientos de obstaculización a la supervisión realizada por la agencia. A estas sanciones se añaden, en el caso de la agencia valenciana, otras vinculadas a la gestión de canales de denuncias, sancionándose la denuncia falsa, pero también las amenazas a los alteradores.

Al lado de las competencias que acabamos de describir, que constituyen el núcleo duro, las agencias suelen tener atribuidas competencias muy dispares. Por ejemplo en Baleares y Navarra tienen bajo su competencia la regulación de los *lobbys*, el régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades, los códigos de buen gobierno de los altos cargos. A estas competencias la agencia aragonesa le une también la evaluación de políticas públicas, lo que realmente es una actividad que nada tiene que ver con la prevención de la corrupción. Más limitadamente la agencia navarra limita la evaluación a las medidas o normas que tengan que ver con la prevención de la corrupción. Algunas agencias tienen competencias en fase legislativa con el fin de informar en la elaboración de aquellas normas autonómicas que guarden relación con la prevención del fraude y la corrupción.

### 3. Las agencias anticorrupción en Francia e Italia.

Las agencias anticorrupción de Italia y Francia son los casos de agencias con un claro carácter preventivo que más interés internacional han despertado. Dejando de lado las muchas disparidades existentes entre la afe francesa y la ANAC italiana el núcleo duro de sus competencias es asesorar y supervisar el desarrollo de programas de cumplimiento en los administraciones, entes públicos, pero también en el caso de la afe, empresas, que están dentro de su ámbito de competencia. El estudio de ambas regulaciones va a servirnos para en la última parte de este trabajo hacer propuestas de mejora o, cuanto menos, reflexionar acerca de algunos aspectos de la regulación española.

#### a) ANAC

La agencia italiana que fue creada por la Legge 190/2012 ha supuesto un caso de éxito, seguramente por la presencia mediática y el carisma de quien ha sido hasta hacer poco su primer director Raffaele Cantone, pero también debido a su diseño.<sup>22</sup> Una de los aspectos característicos del caso italiano es que las competencias de la agencia se han ido aumentando paulatinamente, hasta el punto de convertirse en el órgano que aglutina la mayor parte de las competencias relacionadas con la prevención de la corrupción, que en España hemos visto que están dispersas entre varias oficinas. En 2014 la ANAC asume las competencias en materia de contratos públicos que hasta ese momento eran gestionadas por otra autoridad independiente, mientras que en 2016 asume las relativas a la transparencia. En ese mismo año, con ocasión de la aprobación del *Codicce dei contratti pubblici* se produce una tercera ampliación de sus competencias.

La ANAC pertenece al género de las autoridades administrativas independientes. Sus máximos responsables, a través de un proceso muy riguroso de selec-

<sup>22</sup> A diferencia de lo que ocurre en el caso de otras agencias anticorrupción, donde como vimos la bibliografía no era muy numerosa, los estudios y trabajos sobre la ANAC son muy numerosos. Vid. por ejemplo Cantone F. (2017), *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, en *Diritto penale contemporaneo*; Nicotra I.A. (a cura di) (2016), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giapachelli; Parisi (2016), *La centralità dell’Anac nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione*, en *Italia V., Codice degli appalti. La guida alle nuove regole*, Il Sole 24.

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

ción, son nombrados por el gobierno, pero una vez se produce este nombramiento tienen una autonomía similar a la que ostentan por ejemplo los bancos centrales o las agencias del mercado de valores. Desde luego se trata de una posición institucional más robusta que la de las agencias españolas, pero que también plantea los problemas de legitimidad característicos de las autoridades administrativas independientes, sobre todo cuando tienen competencias para establecer normas de conducta y a la vez sancionar sus incumplimientos. La importancia de la ANAC y esto explica sin duda su éxito está también en los medios de que dispone: alrededor de 300 empleados y un presupuesto que se sitúa en torno a los 80 000 000 de euros. Con carácter general, su ámbito de competencias no coincide con la prevención de las infracciones penales que puedan ser catalogadas como corrupción, sino que de manera más amplia su objetivo es la prevención de la *maladministration* o del mal funcionamiento de la administración como consecuencia del uso para fines privados de las funciones atribuidas.

El punto de partida para entender la función de la ANAC, es la obligación que pesa sobre todas los organismos públicos italianos, incluidas empresas públicas, de contar con un modelo de organización o programa de cumplimiento. Los elementos de este programa son muy similares a los que se establecen en el d. leg 213/2001 para las empresas, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y similares también a los que se contienen en el artículo 31 bis 5 del Código penal español. Cada entidad pública debe establecer sus responsables, realizar su análisis de riesgo, elaborar sus controles y normas de conducta etc. La figura del responsable interno ha sido objeto de desarrollo legislativo por el d. legs 97/2016, donde claramente este cargo se conforma sobre la imagen del *compliance officer* en las empresas. En el sistema italiano por tanto es cada organización pública, a partir de las indicaciones legales y las ofrecidas por la ANAC, la que debe elaborar su propio plan de cumplimiento, tal como ocurre con las empresas. Puntos centrales de la prevención son las obligaciones de transparencia de cada organización y evitar los conflictos de intereses.

Partiendo de esta obligación, la función principal de la ANAC consiste precisamente asegurar que los organismos públicos cumplen con esta obligación de manera eficaz. Para ello, cuenta en primer lugar con

sus planes trianuales, que son objeto de un *aggiornamento* anual, y de diversos estudios sectoriales.<sup>23</sup> Los planes trianuales y sus actualizaciones anuales proponen medidas concretas que tienen que ver con manifestaciones puntuales del fenómeno de la corrupción. Por ejemplo, la actualización del plan trienal de 2016, que se ha efectuado en 2017, está dedicado en gran parte a establecer medidas de control en la selección del profesorado universitario, como respuesta a los escándalos de corrupción que se han producido en los últimos tiempos o medidas de control de la corrupción en los puertos. Resulta importante subrayar que uno de los objetivos que persigue la regulación italiana es la mejora de la calidad regulatoria con el fin de disminuir la burocracia dentro de la administración. Las recomendaciones que hace la ANAC a las empresas como consecuencia de la supervisión se basan en el análisis de riesgos y por eso establecen los controles en aquellas actividades donde es posible que surja algún comportamiento irregular. Igualmente conviene destacar que los planes nacionales se elaboran a través de un procedimiento colaborativo, en el que intervienen diversos *stakeholders*.

Esta posibilidad de dar instrucciones acerca de cómo las entidades obligadas han de implementar sus programas de cumplimiento, se complementa con su capacidad para supervisar si efectivamente todas las entidades sujetas a su autoridad —más de 20 000— efectivamente las implementan de manera correcta. La supervisión da lugar a la formulación de recomendaciones específicas. Un mal resultado en la evaluación no implica automáticamente la imposición de una sanción. La ANAC solo utiliza las sanciones cuando se ha cometido un delito en la entidad. En este caso actúa como instructora de un expediente sancionador que acaba con la propuesta de sanción al órgano en cada caso competente para imponerla. Se trata de una lógica similar a la que se utiliza en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues la sanción no se impone si se demuestra que las medidas de prevención eran suficientemente eficaces (art. 1.12 ss legge 190/2012). La gran diferencia con el régimen de responsabilidad de personas jurídicas es

<sup>23</sup> Existe un debate muy interesante a cuál es la naturaleza jurídica a los Planes de la ANAC, vid. Deodato C. (2016), *La linee guida dell'Anac: una nuova fonte di diritto?*, in *giustamm.it.*; Marone F. (2017), *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n 3, 2017, p. 743 ss.

que la sanción se impone a la persona responsable del cumplimiento normativo dentro de la organización y no a la organización misma. La ANAC, en este punto de manera similar a las agencias españolas, tiene también atribuidas competencias sancionadoras en relación a comportamientos que implican una obstrucción a sus competencias de supervisión.

Al lado de esta competencia general, la ANAC tiene también atribuidas importantes competencias en materia de contratación pública. De nuevo aquí el instrumento de intervención ordinario son recomendaciones dirigidas a las administraciones convocantes del concurso, que parten de un previo análisis de riesgos. De manera más específica, la ANAC supervisa igualmente la convocatoria de licitaciones de impacto relevante, con capacidad de tomar medidas de corrección en caso de descubrir irregularidades. Pero al lado de este instrumento, la reforma de la contratación pública ha servido a la ANAC para dar un salto a las organizaciones privadas. Uno de los ejes de la reforma de la contratación pública en Italia en materia de prevención de la corrupción ha sido garantizar la fiabilidad de las empresas licitadoras, lo que ha conducido paulatinamente a que la autoridad italiana vaya ampliando su capacidad de supervisión, al menos de manera indirecta sobre sus medidas de cumplimiento. En esta materia la ANAC, por ejemplo, elabora también un *rating* de empresas con el fin de acreditar su cultura de la legalidad. Una buena puntuación en este *rating* en el que participan más de 2 000 empresas que se tienen en cuenta como criterio favorable para ser adjudicataria de contratos públicos. Pero sobre todo, en relación a entidades privadas, la ANAC posee la denominada *gestione commissariale delle imprese*, una auténtica intervención de empresas adjudicatarias que produce cuando se inicia contra ellas un procedimiento penal por delitos relacionados con la corrupción o, simplemente, cuando existan circunstancias anormales que revelen la posibilidad de conductas irregulares o delictivas. Esta intervención se ha demostrado particularmente eficaz en cuanto que sin perjudicar a la actividad de la empresa, permite la implantación de medidas de prevención y mantener su actividad en el terreno de la legalidad.<sup>24</sup>

Un aspecto de gran interés en la regulación de la ANAC es la posibilidad de que actúe como verdadero órgano de cumplimiento en determinados casos, en lo que se ha dado en llamar el procedimiento de vigilancia colaborativa. Cuando existen grandes eventos, como ocurrió con la expo de Milán, o se va a poner en manos de entidades públicas con escasa preparación y capacidad de gestión un volumen considerable de fondos públicos, como ocurrió con las ayudas que se concedieron como consecuencia de los terremotos del centro de Italia, la ANAC deja de ser un órgano supervisor/asesor para pasar a dirigir directamente las medidas de cumplimiento que van a adoptarse.

Conviene, finalmente, referirse brevemente al papel de la ANAC con relación a los alertadores, que ha sido regulado a través de la *Legge 30 novembre 2017*, n. 179. Tres son las funciones, esencialmente, que cumple la agencia. Tiene su propio canal, que puede ser utilizado alternativamente al canal de denuncias que tiene cada organización como parte de su programa de cumplimiento para la prevención. En segundo lugar, también cumple una función de asesoramiento y apoyo técnico a las distintas administraciones, mediante la promulgación de directrices o herramientas informáticas. Finalmente la ANAC se constituye también en el órgano de protección de los alertadores, con capacidad para imponer sanciones en caso de que se adopte algún tipo de represalia, pero también sanciona a las administraciones que han permanecido inactivas ante una denuncia.

## b) La Agencia anticorrupción francesa

La Agencia anticorrupción francesa (AFA) es de más reciente aparición que la ANAC, fue creada a través de la Ley Sapin II. Al igual que en el caso de Italia, se trataba de una ley que modificó diversas parcelas del ordenamiento jurídico, incluyendo la penal en materia de corrupción. Sus medios son más escasos que la ANAC, tiene muchos empleados y un presupuesto menor. Funcionalmente no puede decirse que sea independiente porque forma parte del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Hacienda, sin embargo tiene un estatus independiente en cuanto que no puede recibir ningún tipo de órdenes.

El primer objetivo de la agencia francesa es orientar tanto a organizaciones públicas, como a empresas en la adopción de medidas de prevención de determi-

<sup>24</sup> Vid. Mongillo V./Parisi N. (2019), L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, socialmente pericolosa o mafiosa: alla ricerca di un disegno, en *Ressegna economica*, p. 167 ss.

nados delitos, mencionados expresamente en la ley. Este hecho supone una nota diferencial con lo que hemos visto en España e Italia donde el ámbito de supervisión de las agencias se define de una forma más extensa. Esta tarea la realiza a través de un plan plurianual donde establece la estrategia general. Además emite recomendaciones y presta apoyo a las entidades que están obligadas a su implantación. Al igual que en el caso italiano puede apreciarse también un “doble plano” en la organización de la prevención de la corrupción. Son las concretas organizaciones quienes deben dotarse de planes de prevención, consistiendo la labor de la agencia de colaboración y también como veremos de supervisión. Ahora bien, la gran diferencia entre la agencia francesa es que extiende sus competencias por igual tanto a todo tipo de organizaciones y no únicamente a la administración pública. Más aún, como inmediatamente vamos a ver, sus poderes de supervisión y sanción son mayores sobre el sector privado que sobre el público. Esta es la gran originalidad de la agencia francesa.

El artículo 8 de la Ley establece los elementos de los planes de prevención de corrupción que deben implantar las empresas, que coinciden plenamente con los establecidos en el art. 31 bis 5 del Código penal español o con los establecidos en la normativa italiana. La afa supervisa su implantación en las empresas obligadas – empresas con más de 500 trabajadores-, realizando observaciones en caso de incumplimiento, que de no ser atendidas en un plazo que puede extenderse hasta tres años, pueden dar lugar a la imposición de sanciones tanto a la propia persona jurídica (multa de hasta 1 000 000 de euros) como a sus dirigentes (multa de hasta 200 000 euros). Esta sanción puede ser hecha pública. Significativamente, aunque también supervisa la implantación de los planes de prevención en las organizaciones públicas en este caso no tiene atribuida ningún poder sancionador.

La segunda gran competencia de la afa se centra en la ejecución penal. La Ley del 9 de diciembre de 2016 establece en el Código Penal francés una nueva pena para las personas jurídicas, condenadas por delitos de cohecho, tráfico de influencias etc. consistente en la obligación de implementar un programa de cumplimiento. La imposición de esta pena conlleva la sujeción de la empresa a la supervisión de la afa, con el fin de que controle la correcta implantación de las medidas de prevención. Igualmente las empresas

pueden ser sometidas a la supervisión de la agencia, a los efectos de que implanten un programa de cumplimiento, cuando la empresa y la fiscalía llegan a un acuerdo en el marco del proceso penal. A semejanza de lo que ocurre en el derecho norteamericano, la empresa que alcanza estos acuerdos ve suspendido el procedimiento a condición de que mejore o implante un programa de cumplimiento, indemnice a las víctimas y pague una multa que no puede exceder de 30% de su volumen de negocios anual.

#### 4. Mirando al futuro: ¿Qué tipo de agencias queremos?

Este breve recorrido por el derecho comparado, más el análisis realizado de las agencias anticorrupción española, va a servirnos como base para reflexionar acerca del papel de las agencias y proponer una serie de mejoras en su regulación.

- a) *Un paso imprescindible: la necesidad de concretar las obligaciones de cumplimiento de las organizaciones públicas.*

Tal como señalábamos en el primer apartado, el papel principal de las agencias es compensar los problemas que las organizaciones públicas tienen para dotarse de programas de prevención de la corrupción basados en la autorregulación. Desde este cometido, seguramente el problema más importante que tiene las agencias españolas es que no se ha establecido con corrección el “doble plano” que hemos visto en Francia e Italia, es decir, la obligación por parte de las organizaciones sometidas a la agencia de implantar programas de prevención de la corrupción. También se echa en falta en este punto que se den unas indicaciones mínimas acerca de los elementos de los programas de cumplimiento dentro del sector público, tal como hace el CP en el artículo 31 bis 5.

Concretar cuáles son las obligaciones de los entes sometidos a supervisión ayudaría, en primer término, a definir mejor cuál es el objetivo principal de la actividad de las agencias. A diferencia de lo que ocurre en Francia o Italia, las agencias españolas solo realizan una supervisión reactiva a través de investigaciones, cuyo objetivo queda además en el aire al no concretarse mínimamente cuáles son las obligaciones que las entidades públicas deben cumplir. Contar con

un mínimo diseño de los programas de cumplimiento ayudaría a delimitar la finalidad de las investigaciones, que en la actualidad es un tanto difuso. En la actualidad una investigación puede versar sobre casi todo y reprochar a las organizaciones públicas investigadas la ausencia de medidas de prevención que no se contemplan en ningún sitio.

Por otro lado, una supervisión que se realiza solo a través de investigaciones reactivas, fruto de denuncias, no es el mejor camino para crear un clima de confianza y de colaboración entre agencias y entidades supervisadas. Existe, en la situación actual, un serio peligro que las agencias sean miradas como organismo inquisidores y su actividad sea obstaculizada o simplemente ignorada, condenándolas a la irrelevancia. La actividad preponderante de las agencias debería ser el asesoramiento previo o la supervisión de los programas de integridad sin que exista una irregularidad de por medio, con el objetivo principal de ayudar a los entes públicos. Como vimos, a diferencia de lo que ocurre con las empresas, donde existe una mayor competencia técnica en este terreno y en cualquier caso, con la posibilidad de contratar servicios de consultoría externos, el papel principal de las agencias consiste en compensar estos déficits de las organizaciones públicas. La formación de responsables de cumplimiento de cada institución debería ser, en este sentido, uno de los grandes focos de atención por parte de las agencias.

La fijación de los contenidos básicos de los programas de cumplimiento o integridad público ayudaría a entender además la definición amplia de las competencias de las agencias, referida a supuestos de mala administración. Como muestra la regulación de la ANAC, cuando se trata de establecer obligaciones preventivas carece de sentido delimitar con mayor precisión el ámbito de competencias, tal como se hace en el caso de la agencia francesa. Un plan de cumplimiento no previene estrictamente las conductas que pueden ser calificadas de corrupción, sino que establece un perímetro de protección mayor que comprendería comportamientos que podrían ser tachados simplemente de irregulares. En este punto, y a semejanza de lo que ocurre con los programas de cumplimiento de las empresas, contar con códigos éticos o de conducta vinculantes en cada organización ayudaría a fijar el ámbito del cumplimiento normativo y de manera indirecta las competencias de supervisión de

las agencias. Los códigos de conducta concretarían que ha de entenderse por *maladministration*.

Uno de los retos principales de la regulación de las agencias sería determinar qué mecanismos utilizar para motivar que las entidades públicas implantaran los programas. En este punto vemos en el derecho comparado varias alternativas, mientras en Italia se ha decidido utilizar sanciones contra los responsables de las entidades públicas, en Francia el legislador ha establecido la obligación, pero no ha previsto ningún tipo de sanción. La solución italiana resulta desde luego el camino más directo, pero podían seguirse otros. Así por ejemplo cabría establecer incentivos mediante la financiación pública a los entes con planes de cumplimiento efectivos. Se trata de una estrategia que en relación a entes públicos utiliza, por ejemplo el Banco Mundial, que limita determinadas líneas de ayuda a los entes que cuenten con programas de integridad. Igualmente podrían ensayarse sanciones de tipo reputacional, como la difusión de los resultados de las investigaciones de las agencias poniendo de manifiesto los déficits de organización que han hecho posible la corrupción o las irregularidades.

*b) Los problemas de solapamiento y la organización territorial de las agencias.*

La sentencia del TSJ de Madrid<sup>25</sup> que estableció la legitimidad de la creación de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, evidenció con claridad los problemas de colisión que las agencias, dependiendo de cómo se configuren, pueden tener con otros departamentos y organismos públicos destinados sobre todo a establecer responsabilidades penales, disciplinarias o contables. No obstante, los problemas de colisión con jueces, fiscales u órganos de fiscalización externos e internos se reducen si como ocurre con las agencias autonómicas y también con las municipales, su función principal es una investigación preventiva, destinada no a sancionar, sino a poner de relieve las carencias que en la adopción, implementación o diseño de medidas de prevención puede tener una organización pública. Es más, a mi juicio, en cuanto las agencias carezcan de poder sancionador no estimo que necesariamente tengan que paralizar su procedimiento cuando se

<sup>25</sup> TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia n. 252/2018 de 3 abril, JUR2018\153415

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

descubra que los hechos pueden tener carácter delictivo o incluso constituyan una infracción administrativa. Ambas investigaciones podrían desarrollarse de manera simultánea con la sola condición de que existieran reglas de coordinación entre las diversas investigaciones. Asimismo sería conveniente establecer la obligación por parte de los órganos de control, disciplinarios y penales de poner en conocimiento de las agencias las irregularidades que investiguen con el fin de que la agencia pueda realizar sus investigaciones preventivas. De nuevo si comparamos el *compliance* público con el privado vemos con claridad la utilidad de distinguir una investigación preventiva de una sancionadora. Los programas de cumplimiento a la hora de regular las investigaciones internas deben establecer distintos marcos jurídicos y diversas reglas de investigación, cuando la investigación interna se dirige en exclusiva a poner de manifiesto problemas en el diseño o implementación de los programas de cumplimiento, que cuando busca establecer responsabilidades disciplinarias o colaborar con el proceso penal.<sup>26</sup>

Aclarado cual es el papel de las agencias, debe en segundo lugar ponerse un tanto de orden a lo que lleva camino de convertirse en un problema de hiperinstitucionalización: resulta difícil justificar la existencia de oficinas de transparencia, de conflictos de intereses, de contratación pública, de registro de *lobbys*, etc. Tal como hacen determinadas regulaciones autonómicas aunar estas funciones en la agencia resulta, a mi juicio, un camino acertado. El asunto más espinoso es determinar cuál es la relación entre transparencia y anticorrupción donde, o bien se opta por establecer una colaboración muy estrecha o, tal como ocurrió en Italia, convertir el consejo de transparencia en la oficina anticorrupción nacional. El dilema será similar a la hora de distinguir las funciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y una posible agencia nacional. De nuevo Italia es ejemplo de la centralidad de la agencia anticorrupción. Tener varios centros diversos resta fuerza y efectividad al desarrollo de una política nacional en materia de prevención de la corrupción.

En la reflexión acerca de la institucionalización debe abordarse el papel a desempeñar por una agen-

cia nacional y, de implantarse esta, la necesidad y en su caso competencias de las agencias autonómicas. Dada nuestra estructura territorial, y el reparto de competencias entre Estado y Comunidades autónomas, debe discutirse la conveniencia de una agencia nacional que sea una “agencia de agencias” en la que por ejemplo su dirección sea un órgano colegiado compuesto por los diversos directores de las agencias autonómicas. Lo que sin duda carecerá de sentido será agencias municipales situadas fuera de la órbita de las agencias autonómicas o nacionales, como ocurre en este momento con la oficina del ayuntamiento de Barcelona.

*c) La asunción de competencias ejecutivas de cumplimiento.*

Según el modelo del “doble plano” las agencias supervisan y asesoran, mientras que resulta competencia de cada organización pública establecer e implementar sus propios modelos de organización. Ahora bien, como hemos visto en el caso de la ANAC este modelo admite excepciones en los casos denominados como vigilancia colaborativa. Estos casos abren la posibilidad que la agencia se convierta en la ejecutora o al menos supervisora “a pie de obra” de las medidas de prevención de la corrupción. Tal como ocurre en Italia este podría ser el caso de la organización de grandes eventos o obras públicas donde los riesgos de corrupción pueden ser muy importantes. Pero además, podría establecerse la posibilidad de que la agencia interviniera la organización del cumplimiento normativo en una institución pública cuando esta demuestra ser incapaz para realizar esta tarea de manera adecuada. Incluso podrían pensarse fuera de estos supuestos, la posibilidad de que la administración pública requiriera a la agencia para ejercer estas funciones, sobre la base de una delegación de funciones. Esta posibilidad es conocida por ejemplo en Brasil, donde una administración pública puede delegar en la Contraloría General de la Unión la ejecución de determinadas tareas de *compliance*.

*d) Funciones de protección: alertadores y responsables de cumplimiento normativo.*

Esta posibilidad de delegación podría establecerse, por ejemplo, en relación a la gestión de los canales de

<sup>26</sup> Ampliamente Nieto Martín A., (2015), Investigaciones internas, en Nieto Martín A., (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, Tirant lo Blanch, p. 231 ss.

denuncias. La reciente Directiva europea sobre alertadores obliga a todas las administraciones públicas y prácticamente a cualquier municipio a dotarse de canales de denuncia. Dado que las agencias tienen ya un canal de denuncias y van a seguir teniéndolo en el futuro, sería lógico que administraciones pequeñas determinaran que su canal de denuncias es el canal externo que ya existe en la agencia.

En relación a los alertadores, otra función importante de las agencias en el futuro es constituirse en garantes de su protección y velando porque se apliquen las garantías previstas, como ya ocurre por ejemplo en el caso de la agencia valenciana. Las agencias deberían constituirse en “la casa” de los alertadores en materia de corrupción, con el fin de que los defiendan y asesoren ante posibles represalias.

Igual cabría señalar en relación a los responsables de cumplimiento de cada institución. Uno de los grandes problemas del cumplimiento normativo, tanto privado como público, pero que se acrecienta más en este último caso es cómo asegurar la independencia de los responsables de cumplimiento. Dejando de lado el caso de los municipios, donde habría que discutir en qué medida secretarios de ayuntamiento o interventores tienen la competencia necesaria para desempeñar esta labor, el responsable de cumplimiento debería nombrado por la agencia. Un ejemplo serían las empresas públicas, donde de otro modo no resulta fácil asegurar una mínima independencia no solo del director de la entidad, sino de los responsables políticos de la administración de la que depende. En otros casos, los organismos podrían someter el nombramiento de los responsables de cumplimiento a la autorización o visto bueno de la agencia. Con independencia de la

intervención de la agencia en el nombramiento de los responsables de cumplimiento de cada organización, con posterioridad esta debe convertirse en garante de su independencia, protegiéndolos frente a posibles amenazas y represalias de los responsables de la organización.

#### *e) Competencia sobre el cumplimiento de empresas.*

Como hemos visto en Italia, pero sobre todo en Francia, las agencias anticorrupción están extendiendo sus competencias a los programas de cumplimiento empresariales. Como hemos indicado las empresas, normalmente, están en mejores condiciones para la autorregulación que las administraciones públicas. Por esta razón, las agencias anticorrupción deben centrarse en las organizaciones públicas. Ahora bien, existen empresas “peligrosas” que son incapaces de comportarse conforme a la legalidad. El CP es consciente de esta circunstancia. En el artículo 66 bis del CP, al ofrecer los criterios para la determinación de las penas contra las personas jurídicas, contempla como presupuesto para la imposición de determinadas sanciones, las previstas en las letras b) a g) del artículo 33.7, la necesidad de comprobar que la posibilidad de cometer nuevos delitos. Entre las sanciones previstas y pendiente aún de regulación está la intervención de la empresa (art. 33.7 g). La función de la intervención debe ser fundamentalmente preventiva, con el fin de implementar medidas de cumplimiento. De modo similar a lo que hemos visto en Francia, sería razonable que las agencias anticorrupción fueran encargadas de intervenir aquellas personas jurídicas responsables de delitos de corrupción.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES