

LAS AGENCIAS ANTICORRUPCIÓN*. UNA PROPUESTA DE LISTA DE COMPROBACIÓN DE LA CALIDAD DE SU DISEÑO NORMATIVO

Julio Ponce Solé

*Director del Instituto de investigación de la Universidad de Barcelona TransJus
Acr. Catedrático de Derecho Administrativo¹*

RESUMEN

El estudio analiza la razón por la que unidades administrativas específicas anticorrupción pueden ser útiles para prevenir y luchar contra este fenómeno, analizando sus posibles funciones, sus posibilidades y límites, así como cuál debería ser su posible diseño óptimo. Se considera el ámbito de sus funciones (lucha contra la corrupción y promoción del buen gobierno y del derecho a una buena administración de los ciudadanos) y se tienen en consideración en el trabajo las más recientes experiencias en la materia, incluyendo los casos de las ciudades de Barcelona y Madrid. Este trabajo propone una concreta lista de comprobación con 10 ítems (subdivididos en subtemas) que podría ayudar a un regulador a tomar la mejor decisión posible y contribuir a un análisis crítico posterior de los ejemplos ya surgidos y que vayan surgiendo en España.

ABSTRACT

The study analyzes the reason for specific local agencies against corruption, as a way of prevention and fight against such a phenomenon. It analyzes their possible functions as well as their possibilities and limits, including their possible better design. The work considers their possible functions (fighting against corruption and promoting good government and the right to good administration) and the most recent experiences, including the cases of Barcelona and Madrid. The article proposes a checklist with 10 items (with an internal subdivision) which could help to the regulator to take a better decision as well as to promote a critical analysis of the examples existing in Spain and the future possible developments.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto un tema poco estudiado, tanto internacionalmente como, menos aún, en España: una reflexión sobre el papel de unidades en la organización administrativa diseñadas específicamente para promover la transparencia y desarrollar la lucha contra la corrupción y el fraude².

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R Título: Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas. IP: Juli Ponce.

Una versión más completa y con específicas referencias al marco local, se encuentra en el *Anuario del Derecho Local* 2016.

¹ jponce@ub.edu

² Efectivamente, un estudio de los (escasos) estudios existentes sobre el tema, constata, además, una ausencia de análisis específicos desde la perspectiva local. Existe un análisis de las medidas adoptadas en la ciudad boliviana

Además de existir pocos estudios sobre el tema, hasta fechas muy recientes no hemos tenido ejemplos de oficinas anticorrupción en España y aún son más nuevas las (pocas) experiencias de unidades anticorrupción a nivel local. Este tipo de unidades, no forman parte, pues, de nuestra tradición administrativa, como tampoco han formado parte, desde una perspectiva más general, el impulso de la transparencia, el buen gobierno y la buena administración y la prevención de la mala administración y la corrupción, que sólo han entrado de forma relevante en la agenda política y en el ámbito administrativo en fechas muy recientes, como es sabido.

Avanzando, pues, por un campo poco explorado, el presente trabajo va a dividir su estructura en tres partes.

En primer lugar, abordará *por qué* puede ser una buena idea generar unidades específicas en la Administración para luchar contra la corrupción.

En segundo lugar, este análisis se preguntará *para qué* puede plantearse en España la creación de una oficina o agencia anticorrupción, analizando las posibles razones que pueden estar detrás de dicha creación y exponiendo cuáles pueden ser legítimas y razonables y cuáles podrían condicionar negativamente, desde el principio, la unidad que se cree.

Finalmente, el trabajo se preguntará sobre cómo diseñar del mejor modo posible, esto es, del más eficiente, económico y eficaz (de conformidad con los principios constitucionales de buena administración contenidos en los arts. 31.2 y 103.1 CE) una unidad anticorrupción para intentar garantizar, desde el principio, el éxito futuro en su misión.

En concreto, el estudio propondrá una lista de comprobación de 10 indicadores que un regulador debería tomar en consideración antes de tomar la decisión de crear una de estas unidades, como, por ejemplo, la posible Autoridad Independiente de Autoridad Pública, prevista en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada al Congreso de los diputados en otoño de 2016 y que en el momento de escribir estas líneas ha iniciado su andadura parlamentaria³. A esta Autoridad se le encomendaría el control y la supervisión del cumplimiento por las autoridades y el personal del sector público estatal de sus obligaciones en materia de conflictos de intereses, régimen de incompatibilidades y buen gobierno, sustituyendo a la Oficina de Conflictos de Intereses en sus funciones de gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado, de llevanza y gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos, y de aplicación del régimen sancionador previsto en el Título IV de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, así como la aplicación del régimen sancionador en materia de buen gobierno previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. No vamos a analizar aquí, sin embargo esta posible nueva entidad, para lo que habrá el momento futuro adecuado, dado el momento muy inicial en que se encuentra la iniciativa legislativa.

de La Paz en los años 80, realizado por KLITGAARD, MACLEAN-ABAROA, LINDSEY PARRIS, *A practical approach to dealing with municipal malfeasance*, UNDP/UNCHS/WORLD BANK, *Working Paper*, Marrackech, 1998, consultable en

http://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/KLITGAART%20et%20al%201996%20A%20Practical%20Approach%20to%20Dealing%20With%20Municipal%20Malfeasance.pdf

³ Puede consultarse el texto en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-1.PDF

Asimismo, en segundo lugar, la lista de indicadores puede ser útil para los analistas que *a posteriori* quieran calificar la calidad del diseño institucional de una agencia u oficina anticorrupción o de transparencia ya creada.

2. EL PORQUÉ DE LAS OFICINAS ANTICORRUPCIÓN.

En primer lugar, la terminología empleada internacionalmente para adjetivar estas oficinas es variada, surgiendo conceptos como oficinas antifraude, de transparencia, anticorrupción, de buenas prácticas... En la práctica, pese a la diversidad de términos, todos hacen referencia a lo mismo: la reacción contra fenómenos de mala administración negligente o dolosa (esto es, corrupción) que florecen en ámbitos de opacidad, en persecución, pues, de un buen gobierno y una buena administración en un contexto de transparencia que permita el florecimiento de las buenas prácticas administrativas⁴.

En segundo lugar, el sustantivo empleado también varía, siendo frecuentes los de oficina, autoridad o agencia. En todos los casos quiere hacerse mención de un tipo de unidad administrativa, cuya configuración puede ser muy diversa, yendo desde una administración independiente a una simple unidad con un grupo de empleados públicos encuadrados en la estructura burocrática de una administración encargados específicamente de estos temas. En términos generales, en el idioma inglés se acostumbra a referirse a estas unidades con la denominación de *ANTICORRUPTION AGENCIES* (en adelante, ACAs)⁵

En tercer lugar, el concepto de oficinas o agencias contra la corrupción que se maneja internacionalmente en ocasiones es muy amplio, identificándose con cualquier control que incida sobre la corrupción. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, esa definición tan amplia nos parece poco operativa. Preferimos por ello una acepción más estrecha, como la utilizada por el Banco Mundial en 1999, para el que sería una agencia anticorrupción aquel organismo que verifica y controla las declaraciones patrimoniales de los funcionarios, lleva adelante investigaciones de posibles casos de corrupción y persigue sanciones civiles administrativas y penales en los foros apropiados. Sin embargo, a su vez, se trata de una definición muy limitada, que de adoptarse dejaría fuera de la misma diversos tipos de oficina posible, que pueden no desarrollar una parte de las funciones descritas⁶.

Por ello, situándonos en una perspectiva intermedia, adoptaremos el concepto de agencia anticorrupción usado por MEHAGHER, para el que sería un órgano separado y permanente cuya función principal es proveer de liderazgo centralizado en áreas nucleares de la actividad anticorrupción⁷.

Al respecto, deben tenerse en cuenta diversos artículos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003:

⁴ En la conocida expresión de Brandeis, magistrado del Tribunal Supremo norteamericano, “La publicidad es con razón elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el más eficiente policía”, en BRANDEIS, D. *Other's People Mand How the Bankers Use It*, Nueva Your, Frederick A. Stokes Company Publishers, 1914, pág. 92.

⁵ *OFFICE OF DEMOCRACY AND GOVERNANCE ANTICORRUPTION PROGRAM BRIEF*, 2016. En español véase el *Informe sobre las agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano*, 2009

⁶ WORLD BANK, “Fostering institutions to contain corruption”, PREMnotes: Publica Sector, No. 24, June 1999. Citado por MEAGHER, PATRICK (2004), “Anti-corruption Agencies - A Review of Experience”, IRIS (Center for Institutional Reform and the Informal Sector at the University of Maryland). Paper N° 04/02. Marzo de 2004.

⁷ OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción: Informe sobre agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano* / coordinado por Deborah Hafford y Néstor Baragli; recopilado por Daniela Bouer.-1a ed.-Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación: PNUD Argentina, Embajada Británica, 2009, consultable en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oas_anticorruption.pdf

“Artículo 6: Órgano u órganos de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención⁸ y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas; b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.”

Es preciso subrayar la referencia a la *prevención*, así como la interpretación sistemática con el art 5, el cual se refiere a que las políticas contra la corrupción deben promover la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, *la debida gestión de los asuntos públicos* (en la versión inglesa, *proper management of public affairs*, siendo *proper* una expresión equivalente a *good*, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, sobre el derecho a una buena administración⁹) y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Lo que nos conduce a confirmar la idea que la mejor manera de luchar contra la corrupción es promover el buen gobierno abierto y la buena administración.

A su vez, el art. 36 de la misma convención señala que:

“Artículo 36: Autoridades especializadas

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del

⁸ “Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.
2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.
3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.
4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.”

⁹ PONCE SOLÉ, J.,” Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, Documento presentado en el VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP. (Madrid, España) del 3 al 5 de octubre de 2016 y publicado en INAP, *La Administración al día*, 19 de enero de 2017, consultable en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>

ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.”

Las experiencias internacionales de oficinas anticorrupción son muy variadas¹⁰. Como más antiguas destacan la Oficina de Investigaciones de Prácticas Corruptas de Singapur (CPIB), creado en años 30 del pasado siglo y la Comisión Independiente Contra la Corrupción de Hong Kong (ICAC), creada en 1973. Ha existido una proliferación internacional en las últimas décadas de este tipo de agencias, con resultados dispares, ante la insuficiencia de los métodos clásicos de control de la corrupción¹¹.

Como manifestara en el año 2004 un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo¹²:

“No existe un modelo único para luchar contra la corrupción y aunque existen algunas ‘prácticas aceptables’ que pueden dar ciertos lineamientos, no son aplicables automáticamente al contexto específico de cada país. La historia de los esfuerzos en la lucha contra la corrupción se encuentra colmada de programas que en sus comienzos tuvieron éxito, para verse luego amenazados por gobiernos subsiguientes o por crisis económicas y políticas. No hay arreglos rápidos o seguros”.

Entre las funciones típicas de estas unidades (algunas de las cuales desarrollan no una sola sino que acumulan varias) destacan:

- Recepción y respuesta a denuncias: la importancia del denunciante o *whistleblower* en la tarea de estas agencias es ampliamente reconocida a nivel internacionales, por instituciones como Transparencia Internacional, la ONU, la OCDE o la Unión Europea¹³.
- Recogida y procesamiento inteligente de datos, seguimiento e investigación
- Sanción y emisión de órdenes administrativas
- Investigación, análisis y asistencia técnica
- Guía para la política pública de ética e integridad, supervisión de *compliance* y escrutinio de declaraciones
- Información al público y educación

En términos generales, si bien algunas acumulan ambas tareas, se detecta una distinción en general entre funciones de *prevención* de la corrupción y de *represión* de la misma. Algunas tienen funciones de represión, como la Oficina Central de la Represión de la Corrupción, en Bélgica. Otras tienen funciones puramente preventivas, como el *Service Central de Prévention de la Corruption*, en Francia, ahora substituido por la Agencia Anticorrupción francesa desde finales de 2016¹⁴, o la *United States Office of Government Ethics*.

¹⁰ Un interesante análisis en USAID, *Anticorruption Agencies (ACAs)*, 2006, consultable en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadm208.pdf y en español en OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción...*, *op.cit.*

¹¹ ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B.J., *Corruption and Government*, segunda edición, Cambridge University Press, 2016, pp. 391 a 395.

¹² PNUD. Nota Práctica: Anticorrupción. Febrero de 2004, citado por OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción...*, *op.cit.*, pág. 11.

¹³ Sobre este tema, véase por todos RAGUÉS i VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, 2013.

¹⁴ Creada por la ley del 9/12/2016, la Agencia anticorrupción francesa ha sido diseñada para participar activamente en la prevención y la detección de la corrupción y su sanción y para ayudar al Ministerio Fiscal en su labor.

Debe aclararse, sin embargo, que el tipo de agencias u oficinas de las que aquí nos ocupamos son distintas de aquellas nacidas con el preciso objetivo de garantizar la aplicación de la nueva generación de leyes de transparencia y buen gobierno iniciada con la estatal 19/2013. Así, aquí no nos vamos a referir al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno estatal ni a sus homónimos autonómicos que han ido surgiendo en los últimos años.

Debe tenerse en cuenta que si bien el ámbito estatal español no cuenta hasta el momento con una ACA, a diferencia de otros estados, el Título II de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, que ha tenido entrada en otoño de 2016 en el Congreso de los diputados y que se encuentra en tramitación en el momento de escribir estas líneas¹⁵, tiene por objeto la creación de una *Autoridad Independiente de la Integridad Pública*, a la que se le encomendaría el control y la supervisión del cumplimiento por las autoridades y el personal del sector público estatal de sus obligaciones en materia de conflictos de intereses, régimen de incompatibilidades y buen gobierno, sustituyendo a la Oficina de Conflictos de Intereses en sus funciones de gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado, de llevanza y gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos, y de aplicación del régimen sancionador previsto en el Título IV de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, así como la aplicación del régimen sancionador en materia de buen gobierno previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En el ámbito autonómico debe hacerse mención de la pionera y consolidada Oficina Antifraude de Cataluña¹⁶, creada por Ley 14/2008 de 5 de noviembre, la cual es el ejemplo más consolidado de ACA para la lucha y prevención de la corrupción en España. También en el ámbito autonómico, destacan la reciente creación en 2016 de la oficina balear, por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (BOCAIB de 15 de diciembre de 2016) y de la valenciana, por Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (DOGC de 30 de noviembre de 2016)¹⁷.

Ambas oficinas tienen finalidades generales similares a la OAC en el ámbito de la prevención o investigación. Tienen también un sistema de propuestas y recomendaciones parecido. La Agencia Valenciana tiene capacidad sancionadora, un ámbito más amplio y un sistema de *whistleblowers* más detallado. Dada la recientísima creación de ambas en el momento de escribir estas líneas, no se dispone aún de datos sobre su actuación y evolución.

Finalmente, en el ámbito local, deben destacarse la creación de la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona¹⁸, de la Oficina para la transparencia y las

¹⁵

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=\(122%2F000022*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=(122%2F000022*.NDOC.))

¹⁶ <https://www.antifrau.cat/es/>

¹⁷ Sobre la necesidad y diseño de ésta última, puede consultarse, “¿Cuidado con la Agencia Antifraude”, artículo de Adolf Beltran, aparecido en eldiario.es, el 23 de junio de 2016: http://www.eldiario.es/cv/Cuidado-agencia-antifraude_0_529847152.html

¹⁸ Sus funciones le fueron asignadas por Decreto de Presidencia con fecha 14 de diciembre de 2015, publicado en BOPB de 8 de enero de 2016, siendo, tanto en el área Metropolitana de Barcelona como respecto de sus entidades vinculadas, las de:

“1. Promover y colaborar de forma especializada en el cumplimiento de las normas sobre transparencia, derecho de acceso y buen gobierno. 2. Coordinar todas las acciones e iniciativas a la transparencia, derecho de acceso y buen gobierno tanto a nivel interno como acciones externas. 3. Promover la investigación y la formación permanente en transparencia, derecho de acceso y buen gobierno como modelo metropolitano de gobernanza. Garantizar la especialización permanente en el tratamiento de la información en el Portal de

buenas prácticas del Ayuntamiento de Barcelona¹⁹ y de la oficina de Madrid²⁰, aunque otros municipios han debatido también la creación de estructuras organizativas en ese ámbito, sin que de momento haya llegado a cuajar su creación (caso, por ejemplo, de Badajoz, cuyo pleno de octubre de 2016 rechazó una moción apoyada por tres grupos de la oposición al respecto). Siendo en todos los casos ACAs de muy reciente creación, se carece todavía de una evaluación *ex post* de su actuación extendida en el tiempo.

3. LA FINALIDAD DE LA CREACIÓN DE UNA OFICINA ANTICORRUPCIÓN

En todo caso, sea de forma preventiva o/y represiva, todas estas unidades tienen en común el objetivo de acabar con la corrupción y contribuir a la mejora de la gestión pública,

Transparencia y elaborar los materiales con criterios de lenguaje accesible, fácil comprensión, máxima información bajo el principio de rendición de cuentas. 4. Gestionar el Portal de transparencia en coordinación con los servicios informáticos de la web corporativa. 5. Proponer y colaborar en la elaboración de protocolos e informes para el desarrollo de la ley y especialmente para garantizar el derecho de acceso a la información. 6. Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley de transparencia en cuanto a los grupos de interés. 7. Promover la creación del Consejo Asesor de transparencia metropolitana. 8. Promover la aprobación del código de conducta de altos cargos del área Metropolitana de Barcelona. 9. Promover el establecimiento de indicadores de transparencia y buen gobierno en los procesos de evaluación”.

La Agencia de Transparencia está formada por un equipo permanente, integrado por la Dirección y un cuerpo técnico, y además, se ha solicitado a los responsables de todos los ámbitos la designación de una persona referente, denominada Enlace de transparencia, para formar una red interna de colaboradores que actualmente está integrada por 25 personas y se prevé que llegue hasta 52. Por otro lado, la Agencia cuenta con un Consejo Asesor, integrado por 6 personas, nombradas por Decreto de Presidencia de 14 de diciembre de 2015, como elemento consultivo de apoyo.

¹⁹ Estamos en realidad ante una unidad que es una Dirección encuadrada en una Gerencia, la de Recursos, que a su vez depender de la Gerencia Municipal, la cual está bajo la dirección de la Alcaldía¹⁹. De acuerdo con la información proporcionada por su página web, la dirección está vacante, correspondiéndole:

“Garantizar una gestión de la administración municipal y sus entidades vinculadas y participadas bajo el principio de transparencia, códigos de buen gobierno y cumplimiento de la legalidad. Analizar e investigar internamente posibles casos que vulneren el buen gobierno, la transparencia, el uso eficiente de recursos públicos y el cumplimiento de los principios legales y éticos de la administración pública. Prevenir situaciones de riesgo asegurando la formación necesaria para los empleados públicos. Supervisar la transparencia, el buen uso y la correcta aplicación a sus finalidades de las ayudas y subvenciones que otorga el Ayuntamiento de Barcelona a terceros, tanto si son entidades públicas como entidades privadas. Coordinar y colaborar por el cumplimiento de sus funciones con los servicios del Ayuntamiento, así como otros órganos con funciones similares, en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Promover la concienciación social y sensibilización ciudadana en materia de ética en la gestión pública; manteniendo una relación de cooperación estable con las entidades sociales vinculadas a este ámbito directamente y a través de los órganos de participación. Proponer a la Gerencia del Sector la adopción de acuerdos en las materias propias de sus competencias. Representar a la Gerencia del Sector, por delegación de esta, en las materias propias de sus competencias”

Mediante las Normas reguladoras del buzón ético y de buen gobierno (BOPB, de 16 de enero de 2017), se ha otorgado la gestión de dicho buzón a Dirección de Servicios de Análisis, adscrita a la Dirección por la Transparencia y las Buenas Prácticas de la Gerencia de Recursos (art. 25.1)¹⁹, la cual “actúa con independencia funcional sin que pueda estar sometida a ordenes jerárquicas que condicionen la actuación, especialmente por lo que se refiere al mantenimiento de la confidencialidad de los datos personales de que se trate. El desarrollo de esta actuación no es causa que justifique el cese, siempre que cumpla las previsiones de esta disposición general y no vulnere de cualquier modo la normativa de aplicación” (art. 25.2), teniendo las personas que trabajan en ella, que han de ser funcionarias de carrera, un deber de secreto, aun cuando cesen en sus funciones, cuya violación supone infracción disciplinaria. Además, por Decreto de la Alcaldía de 17 de marzo de 2016 (*Gasetta Municipal de Barcelona*, núm. 10, 30 de marzo de 2016) se creó el Consejo Asesor para la Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, presidido por la tercera tenencia de alcaldía de Derechos de ciudadanía, Participación y Transparencia, ostentando la vicepresidencia la Gerencia de Recursos y existiendo hasta 7 miembros designados entre personas físicas o jurídicas, el director del archivo municipal y dos personas designadas entre miembros de la, vuelve aquí la denominación de oficina, Oficina de Transparencia y Buenas Prácticas.

²⁰ La más reciente de todas estas ACAs locales es la de Madrid creada por Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal Contra el Fraude y la Corrupción aprobado por el Pleno el 23 de diciembre de 2016 (BOCM núm. 11, de 13 de enero de 2017). Con anterioridad, el mismo Pleno había aprobado la Ordenanza de Transparencia de la ciudad de Madrid, el 27 de julio del mismo año.

haciendo realidad el derecho de los ciudadanos a una buena administración, mediante la transparencia.

Dependiendo del momento y del contexto, las anteriores razones de fondo expuestas para crear una oficina anticorrupción pueden venir oscurecidas por otras motivaciones, como la reacción a una presión (de los medios de comunicación, de la oposición o a una crisis puntual. Igualmente, una oficina de estas características se puede llegar a entender como un instrumento de *castigo* en manos de un partido político. Estas razones, que pueden llegar explicar las causas últimas de una concreta creación, pueden ser comprensibles en el contexto político-administrativo coyuntural, pero se apartan de la necesaria voluntad política y administrativa de prevenir y perseguir la corrupción y pueden afectar negativamente, ya desde su nacimiento, a la unidad creada. En ese sentido, sería preciso explicitar las correctas razones de la creación y huir de soluciones puntuales, forzadas por circunstancias concurrentes pero alejadas de un convencimiento auténtico sobre la finalidad de estas oficinas.

En definitiva, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. Entre ellas, cabe recordar, por ejemplo²¹:

- a) Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.
 - b) Evaluación de la calidad normativa y establecimiento de una “huella normativa”
 - c) Selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales.
 - g) La regulación de los *lobbies*: registros y códigos de conducta
 - h) Las Cartas de Servicio, los estándares de buena administración, la inactividad y la responsabilidad patrimonial
 - j) La evaluación de las políticas públicas y su institucionalización
 - k) El reforzamiento de los controles de la Administración
-
- a) Mejoras en organismos constitucionales y estatutarios de control
 - b) Mejoras en relación a las funciones y a la protección de la labor de los controladores en el ámbito local
 - c) Mejora del control de los actos trámite y de las medidas cautelares en el control judicial de la administración
 - d) La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración
 - e) Acción pública en materia de mal gobierno y mala administración
 - f) Regulación de la figura del *Whistleblowing*, alertador o denunciante

4. EL DISEÑO IDÓNEO DE UNA OFICINA ANTICORRUPCIÓN

Dada la relevancia que la corrupción ha adquirido, , parece razonable la oportunidad del establecimiento de agencias u oficinas de transparencia, buen gobierno y/o anticorrupción.

En ese sentido, es preciso reflexionar sobre si existen competencias estatales, autonómica y municipales para establecer una agencia anticorrupción; sobre cuáles pueden ser los factores para el éxito (o el fracaso, por irrelevancia) de una agencia anticorrupción l; y sobre cómo debiera llevarse a cabo la regulación de la agencia de corrupción municipal, insistiendo en la imprescindible necesidad de una evaluación *ex ante* de impacto normativo que garantice una buena regulación, así como de una evaluación *ex post* del desempeño de la oficina, que permita

²¹ PONCE SOLÉ, J., “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *REDA*, nº 175, 2016.

comprobar su funcionamiento en la práctica, de acuerdo ahora con las previsiones de la ley 39/2015, aplicable también a los municipios.

Partiendo del art. 149.1.18 CE, en cuanto a la competencia estatal sobre bases del régimen jurídico de las AAPP, deben tenerse en cuenta los diversos Estatutos de Autonomía, en el marco del régimen denominado “bifronte”, como es sabido (STC 214/1989 de 21 de diciembre), como, por ejemplo, el de Madrid, cuyo art. 27.1, señala que le corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de la materia régimen local. A su vez, como es sabido, hay que tener en cuenta la capacidad de autoorganización del ámbito local, de acuerdo a distinta normativa. Así, la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 señala que:

“Artículo 6º Adecuación de las estructuras y de los medios administrativos a los cometidos de las Entidades locales:

1. Sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley, las Entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz.”

Junto a esta previsión, es preciso tener en cuenta el 140 CE, referido a la autonomía municipal, el art. 4.1 de la LBRL reconoce la potestad de autoorganización y el 20.2 señala que los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas a las que se refiere el número anterior. En el caso de algunas ciudades, su regulación específica.

Asimismo, desde la perspectiva procedimental, el art. 149.1.18 reconoce, como es sabido la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común, quedando la competencia autonómica para el desarrollo en manos de los Estatutos de Autonomía y la competencia municipal de desarrollo del marco estatal (y autonómico si existe) reconocida por la legislación vigente. Así, los arts. 69.2 LBRL y 146 ROF señalan que el procedimiento administrativo de las entidades locales se rige: “Por los Reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las entidades locales, en atención a la organización peculiar que hayan adoptado”.

En definitiva, existe potestad y competencia estatal, autonómica y local para la creación de este tipo de unidades.

Pero más allá de los aspectos formales señalados, la creación de una unidad de estas características debe ir acompañada de una serie de factores para el éxito (o el fracaso, por irrelevancia) de una agencia anticorrupción municipal. Entre ellos podemos citar los siguientes, extraídos de la escasa literatura existente y combinados de tal manera que ofrecen un práctico decálogo de indicadores para evaluar *ex ante* o *ex post* a las ACAs²²:

1. La ACA debe estar conectada a un marco con una estrategia más amplia de prevención y lucha contra la corrupción, que incluya acciones dirigidas a:
 - 1.1 Diagnosticar
 - 1.2 Concentrarse en un tipo de corrupción donde un progreso visible sea hecho pronto, sin gran coste
 - 1.3 Simplificar

²² CARDONA, F., *Anti-corruption policies and agencies*, CENTER FOR INTEGRITY IN THE DEFENCE SECTOR, 2015, consultable en: <http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf>

- 1.4 Promover la transparencia
- 1.5 Lo que podría traducirse del inglés como “freír peces gordos”, esto es, concentrar esfuerzos en asuntos de volumen que den la sensación de efectividad.
- 1.6 Dejar claro el liderazgo de la alcaldía
2. Diseño normativo cuidadoso de la ACA, con evaluación de impacto normativo, incluyendo análisis de costo-beneficio o similar (ver más adelante) y necesaria especialización de ésta.
3. Albergar expectativas realistas sobre las posibilidades de la ACA
4. Conseguir en la medida de lo posible un apoyo político amplio, transpartidista
5. Evaluar el desempeño real de la ACA *a posteriori*
6. Establecer la coordinación y cooperación de la ACA con otros controles, en lo que a veces se ha denominado la “jungla de los controles”, pero de forma más positiva podemos denominar el sistema de integridad local, autonómico y estatal. Así, la ACA tendrá que convivir por ejemplo con:
 - Inspección de servicios
 - Intervención
 - Recursos administrativos: incluyendo el especial en materia de contratación ante órganos específicos independientes
 - Cámara de cuentas
 - Defensor del pueblo
 - Consejo de Transparencia y buen gobierno
 - Fiscalía anticorrupción
 - Jurisdicción penal y contenciosa
7. Reforzamiento de la *independencia* de presiones políticas de la ACA y exigencia de rendición de cuentas (lo que conecta con la ya mencionada evaluación *ex post* de su desempeño). La independencia, por supuesto, *tiene grados* y deberá ser mayor cuanto mayor poder concreto tenga la agencia (como, por ejemplo, el ejercicio de la potestad sancionadora)²³. Incluiría aspectos como:

²³ Así, véase ERIKSEEN, S. y CARDONA, S., *Criteria for good governance in the defence sector. International Standards and Principles*, The Centre for Integrity in the Defence Sector (CIDS) , 2015, <http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7215-Criteria-for-Good-Governance-in-the-Defence-Sector-k6.pdf> . La literatura administrativista en España sobre Administraciones independientes es abundante. Puede consultarse recientemente SOLANES MULLOR, J., *Administraciones independientes y Estado regulador : El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español* , Madrid : Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, 2016.

En el ámbito de la Administración del Estado, véase ahora el art. de la ley 40/2015, el cual señala lo siguiente: “TÍTULO II. Organización y funcionamiento del sector público institucional

CAPÍTULO IV

Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal

Artículo 109. Definición.

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.
2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.
3. Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

Artículo 110. Régimen jurídico.

1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003,

- 7.2. Disponer de autonomía en la toma de decisiones, sin recibir instrucciones
- 7.3. Autonomía de gestión (personal, financiación suficiente y predecible, infraestructura técnica...).
- 7.4. Autonomía organizativa
 - 7.4.1. ¿Está la ACA integrada o separada de la estructura departamental burocrática? Si separada, goza de mayor autonomía
 - 7.4.2. ¿Tiene personalidad jurídica la ACA? Si la tiene, gozará de una mayor autonomía legal.
 - 7.4.3. ¿La modificación de su regulación está en manos del poder ejecutivo/Alcalde o en manos del poder legislativo/pleno? En el segundo caso, de nuevo, la autonomía será mayor.
 - 7.4.4. Modo de elección de los órganos de dirección:
 - habrá mayor autonomía:
 - a) En la medida que sea preciso un alto consenso político, con mayorías cualificadas
 - b) Si el director/comisión de dirección son nombrados de por vida o por a largo período de tiempo, no por sólo un par o tres de años
 - c) Si el mandato no coincide con el ciclo electoral
 - d) Si el mandato no es renovable
 - e) Si hay criterios explícitos de competencia profesional para el nombramiento del director/comisión de dirección
 - f) Si hay un estricto criterio de incompatibilidades en la dirección
 - g) Si el Director/comisión de dirección sólo pueden ser cesados por causas ajenas a la confianza política, evitando el cese arbitrario.
 - 7.4.5. Autonomía financiera: referida al grado en que la ACA depende o no de la financiación pública ajena o de sus propios recursos.
8. El diseño de las funciones debe ser lo más claro posible
9. La ACA debería contar con personal suficiente y preparado
10. Los presupuestos de la ACA deberían ser los adecuados para el desempeño de las tareas requeridas.

La creación de la ACA *debe ser el resultado de un ejercicio ponderado*, esto es conforme a las obligaciones de buena administración, de la potestad normativa, antes vistas, que permita una medición *ex ante* de los posibles impactos, de todo tipo, que generaría la oficina. Asimismo, esa evaluación previa en su diseño normativo ha de permitir tener en cuenta los 10 puntos básicos antes expuestos. Lo ideal sería la generación por el regulador de una *checklist*²⁴ que comprobará, antes de aprobar la regulación de la ACA, los aspectos mencionados, que funcionan como solventes indicadores de las probabilidades de éxito real de la ACA en la prevención y lucha contra la corrupción.

Esta perspectiva nos conduce al movimiento de la *Better o Smart Regulation*, tan poco desarrollado aún, especialmente en el nivel local español, en relación con la creación de la agencia u oficina. No siendo posible ahora detenernos en este punto, sólo queremos destacar que la ley 39/2015 ha establecido, como es sabido, unos principios de buena regulación (art. 129²⁵),

de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

²⁴ Al respecto, véase ERIKSEEN, S. y CARDONA, S., *Criteria for good...*, *op.cit.*, pp. 18 y ss., con un conjunto de hasta 31 preguntas para comprobar el tipo de ACA a establecer.

²⁵ “Artículo 129. Principios de buena regulación.

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y

exige la evaluación *ex post* de la normativa vigente (art. 130²⁶) y demanda que anualmente se planifique la nueva regulación a dictar (art. 132²⁷). Todo ello unido a las exigencias de realización de una *evaluación de impacto normativo* que se plasme en la correspondiente memoria, nos lleva a afirmar la necesidad de que la creación y el diseño de las ACA se lleve a cabo tomando en consideración los costes y beneficios (en sentido amplio, no sólo económico) de tal posible decisión, por un lado, y de que se lleva a cabo una evaluación *ex post* de su funcionamiento, que podría incorporar una de las cláusulas denominadas *sunset*, poco conocidas en España, pero empleadas en otros países como EEUU o Alemania y por la UE²⁸, una vez creada, generando indicadores como, por ejemplo, el porcentaje de casos investigados y que han dado lugar a una reacción administrativo o judicial, los específicos cambios institucionales en respuesta a recomendaciones, encuestas a la opinión pública sobre la agencia o el número de asesoramientos prestados a unidades administrativas²⁹.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Del conjunto de ideas expuestas, podemos aquí extraer las siguientes de forma resumida:

La posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.”

²⁶ Artículo 130. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.

1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica

²⁷ Artículo 130. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.

1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica

²⁸ Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a ésta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre por quien esté interesado en ello que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Puede consultarse: RANCHORDÁS, S. , “Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation”, *Jurimetrics*, Vol. 55, No. 2, 2015
<https://www.heartland.org/sites/default/files/ssrn-id2544291.pdf>

²⁹ Sobre todos estos aspectos, puede consultarse PONCE SOLÉ, J., y CERRILLO, A. (Coords), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017 (en prensa)

Realizada la evaluación *ex ante* y superada ésta, el diseño concreto de la oficina debe reunir algunos requisitos que garanticen la eficacia de su tarea y a los que aquí hemos hecho referencia. El aislamiento de posibles presiones políticas deviene crítico para la legitimidad y subsistencia futura de las ACAs creadas. Como hemos podido apreciar, los modelos existentes pueden ser muy distintos respecto a este aspecto.

Finalmente, debería procederse a una evaluación *ex post* periódica de estas oficinas una vez creadas y en funcionamiento, pudiéndose plantear el interés de introducir cláusulas *sunshine* que lleven a su eliminación, en caso de no superar dichas evaluaciones.

Durante años, hubo un consenso generalizado en que el establecimiento de ACAs era una de las más importantes iniciativas para contrarrestar la corrupción. Sin embargo, las lecciones aprendidas de la experiencia han mostrado como su efectividad varía mucho de país en país. Lo aprendido a día de hoy muestra como ACAs eficaces tienden a estar bien financiadas, con una dirección de fuerte liderazgo con integridad visible y comprometida y situadas en un entorno de actores públicos y privados quienes trabajan juntos para llevar a cabo las intervenciones anticorrupción. Por el contrario, débiles ACAs son el producto de una voluntad política débil, manifestada en recursos limitados y en la capacidad de su plantilla³⁰.

En el caso español, esas experiencias nos deberían permitir no descubrir mediterráneos y aprender de ellas, siempre que la conozcamos y que urgencias políticas pasajeras no lo impidan, procediendo a crear ACAs meramente cosméticas o condenadas al fracaso por su deficiente diseño institucional. Este trabajo ha propuesto una lista de comprobación con 10 indicadores (subdivididos en otros más precisos aún) que podría ayudar a un regulador a tomar la mejor decisión posible y contribuir, además, a un análisis crítico posterior de los ejemplos ya surgidos y que vayan surgiendo en España.

³⁰ UNDP, *Practitioner's Guide. Capacity Assessment of Anti-Corruption Agencies*, 2011 y ERIKSEN, S. y CARDONA, F., *Criteria for ...*, *op.cit.*, pp. 16 y ss.