

INFORME 5/2021

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción tiene entre sus funciones, como se expresa en el Preámbulo de su Reglamento, *"prevenir e investigar posibles casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos o cualquier aprovechamiento ilícito derivado de conductas que comporten conflicto de intereses o el uso particular de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público"*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.g) del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016 (Boletín Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2017) corresponde a la Oficina, en el ámbito definido en su artículo 1, *"asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales"*. Función que queda complementada con el apartado c) del mismo precepto: *"Inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las reglas relativas a conflictos de intereses."*

En el ejercicio de sus competencias, esta Oficina ha tramitado denuncias vinculadas a posibles conflictos de intereses, situaciones que han puesto de manifiesto la conveniencia de elaborar el presente informe, en aras de contribuir a visualizar los riesgos derivados de los mismos y, en la medida de lo posible, a su prevención.

1. DEFINICIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los conflictos de intereses pueden plantearse en diferentes ámbitos de nuestra toma de decisiones, y a nivel profesional se pueden poner de manifiesto tanto en organizaciones privadas como públicas, si bien son especialmente importantes cuando de servidores públicos se trata. La sociedad exige cada vez una mayor transparencia e integridad de las administraciones públicas.

Las instituciones públicas deben gestionarse con criterios de buen gobierno y buena administración. La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. Queda proclamado así en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), *"Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente"*. Debe quedar, pues, fuera de su actuación la subjetividad.

En este ámbito internacional, cabe hacer referencia al documento de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), denominado Líneas Directrices para la Gestión de los Conflictos de Intereses en el Servicio Público,

traducido por el Ministerio de Administraciones Públicas en 2004. En el mismo, se define el conflicto de interés como *“conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario, donde el funcionario tiene intereses privados y podría ser influenciado incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales”*. Se señala, en dichas líneas directrices, los principios fundamentales de la gestión de conflictos de intereses: servir al interés general, transparencia y control público, promover la responsabilidad individual y generar una cultura intolerante con los conflictos de intereses.

Conviene recordar que la definición de conflicto de intereses debe completarse con la consideración de los tipos de conflictos: real, potencial y aparente. En el primer caso, se produce el interés particular en relación con un determinado asunto. Es potencial cuando un posible interés particular podría influir en la adopción de una decisión o emisión de un juicio profesional, pero esta situación aun no se ha producido. Y, por último, será aparente cuando no existe conflicto real o potencial, pero alguien podría deducir razonablemente que sí existe.

Por su parte, la Comisión Europea, en su texto denominado *“Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero”* (2021), indica que *“Las situaciones de conflicto de intereses pueden producirse en cualquier momento. Es de vital importancia prevenirlas o gestionarlas adecuadamente cuando se producen. Este requisito es crucial para mantener la transparencia, la reputación y la imparcialidad del sector público, así como la credibilidad de los principios del Estado de Derecho como un valor fundamental de la UE. Esto es esencial para mantener la confianza del público en la integridad y la imparcialidad de los organismos y los funcionarios públicos, así como en los procesos de toma de decisiones que están al servicio de los intereses generales. Por el contrario, si los conflictos de intereses no se previenen o no se gestionan de forma adecuada cuando surgen, estos pueden afectar negativamente al proceso de toma de decisiones en los organismos públicos, conducir a un uso inadecuado del dinero público y causar daños a la reputación. También pueden llevar a una pérdida de confianza en la capacidad del sector público para actuar con imparcialidad y defender el interés general de la sociedad.”*

En el derecho español, el artículo 103.1 de nuestra Constitución propugna que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”* Principios que quedan recogidos en el ordenamiento jurídico que regula el funcionamiento de las administraciones públicas españolas.

2. NORMAS REGULADORAS

En nuestro ordenamiento jurídico diversas normas establecen un marco regulador sobre cómo deban actuar los altos cargos y empleados públicos, entre otras materias, respecto al sistema de incompatibilidades y conflictos de intereses.

La regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas previene la existencia de algunos conflictos de intereses, en la medida en que se impide el ejercicio de actividades o actuaciones que puedan ocasionarlos. Obviamente no los elimina.

La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, manifiesta en su exposición de motivos la voluntad de exigir a *“los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración”*. La regulación de dicha ley parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no pueden impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Conviene hacer referencia al trámite de la consulta pública del “Anteproyecto de Ley de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público”, efectuado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública entre el 28 de abril y el 28 de mayo de 2021.

Dicho trámite partía del antecedente normativo regulado en la precitada Ley 53/1984, y como problemas que pretenden resolverse con la nueva norma la consulta indicaba lo siguiente: *“los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, han puesto en evidencia la necesidad de modificar algunos preceptos para adecuarlos a las exigencias de la Administración actual más exigente, así como de establecer un sistema de prevención y gestión de conflictos de intereses que no esté dirigido exclusivamente a las limitaciones aplicables al desempeño de la segunda actividad. Por otra parte, la aparición de nuevas formas de prestación de actividades profesionales exige una regulación que las contemple de forma específica. Asimismo, se pretende dar cumplimiento a las recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) relativas a la promoción de la integridad pública”*. Las cuestiones sometidas a consulta eran siete, relacionadas con incompatibilidades con segunda actividad pública, con actividad privada, así como excepciones sobre las mismas. También se preguntaba sobre la prevención de conflictos en el personal eventual, así como incompatibilidad al cese en el supuesto de personal no considerado alto cargo.

No obstante, y en espera de una posible futura nueva regulación, habremos de estar a lo dispuesto en la vigente Ley 53/1984, la cual contempla su aplicabilidad al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes, en su artículo 2.1.c).

El sistema de garantías jurídicas para los principios del servicio público señalados en los artículos 103 de la Constitución, objetividad y sometimiento a la ley y al derecho, no queda agotado con la legislación sobre incompatibilidades. Hay todo un compendio de normas que aseguran su cumplimiento, que van desde la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado, pasando por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, o la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

3. ASPECTOS CONCRETOS DEL CONFLICTO DE INTERESES

En el conjunto de personas que prestan un servicio público encontramos vínculos con la Administración Pública de distinta naturaleza, tantos altos cargos electos y no electos, funcionarios y restante personal al servicio de esas administraciones.

Altos cargos:

Cuando de altos cargos se trata, resulta de aplicación la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Su Preámbulo apunta ya su declaración de intenciones: *“esta ley aclara, refuerza y amplía dicho marco jurídico con vistas a garantizar que el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas”*. Regula el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades a los que estarán sujetos aquellos que sean nombrados altos cargos, en su Título II y recoge una definición de qué se entiende por conflicto de intereses, introduciendo un sistema de alerta temprana para la detección de estos posibles conflictos.

La definición del artículo 11 queda recogida en los siguientes términos:

“1. Los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades.

2. Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

Se consideran intereses personales:

a) Los intereses propios.

b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.

d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.

e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.

f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.”

La previsión de un sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses, contemplado en el artículo 12 de la Ley 3/2015, hace clara diferenciación entre altos cargos con la condición de autoridad y sin ella.

Así, aquellos altos cargos que tengan la condición de autoridad deberán abstenerse de intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en el artículo 11, "concurran las causas previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, podrán ser recusados en los términos previstos en la mencionada ley." Esta última referencia a la Ley 30/1992, debemos entenderla actualmente remitida al contenido del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La abstención deberá efectuarse no sólo en cuanto a la toma de decisión en sí misma, sino al "procedimiento", tal y como indica el artículo 23 de dicha ley:

"1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar."

La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda.

Respecto a los altos cargos que no tengan la condición de autoridad, el artículo 12 de la Ley 3/2015, dispone que se "deben aplicar procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos de interés y para que, cuando estén incurso en estos conflictos, se abstengan o puedan ser recusados de su toma de decisión." Atendiendo al contenido del artículo 15.3 del mismo texto legal, al que nos remite el precitado artículo 11.2, cabría una interpretación amplia de los motivos de abstención, no limitándose al momento de la toma de decisión, dado que se señala dicho deber de abstención respecto a suscribir "un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate."

Continuando con la Ley 3/2015, la misma prevé que se aprueben y apliquen procedimientos internos que eviten que se den situaciones de conflictos de intereses y que, en caso de que se detecten, motiven la abstención del alto cargo.

La dedicación exclusiva al cargo solo admite excepciones en determinados supuestos que permiten la compatibilidad con ciertas actividades de carácter público o privado. En las limitaciones al ejercicio de actividades económicas privadas tras el cese, se diferencian dos niveles, uno general y otro más intenso. Este último se refiere a la imposibilidad de prestar servicios en entidades que hubieran estado bajo su supervisión, tanto si han sido o no afectadas por una decisión suya como si no.

Asimismo, la ley concreta la forma en la que los altos cargos deben efectuar su declaración de actividades económicas y su declaración de bienes y derechos. Y, por último, el Título IV recoge el régimen sancionador, regulando, entre otras cuestiones, la infracción por el incumplimiento del deber de abstención y la ampliación del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones.

Por último, no podemos olvidar que todos los principios y obligaciones establecidos por la normativa para los altos cargos se garantizan si existe una adecuada transparencia de las actuaciones de las administraciones públicas y sus servidores. En este sentido, es de importancia la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Los principios de buen gobierno contenidos en su artículo 26, y régimen de infracciones y sanciones previstos en el artículo 27, hacen referencia expresamente al conflicto de intereses, por lo que deben ser tenidos en cuenta.

Empleados públicos:

En la materia que nos ocupa en el presente informe, debemos citar los artículos 52, 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El código de conducta de los empleados públicos quedan sometidos a los siguientes principios: *“objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.”*

Los principios éticos se disponen en el artículo 53, al señalar que su *“actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio”*, añadiendo que *“se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.”*

Asimismo, no podrán contraer obligaciones económicas ni intervenir en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando ello pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

Por último, el *artículo 54*, recoge los principios de conducta, y concretamente el apartado 5 establece que los empleados públicos *“administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas”*.

La transparencia, como fundamento de actuación de los empleados públicos, queda reflejada en el artículo 1 .3.h) del EBEP.

La aplicación de muchos de estos principios a la labor de los empleados públicos es, sin duda, el mejor elemento preventivo de los conflictos de intereses.

Constituyen área de riesgo, en las que extremar las precauciones para la prevención y resolución de los conflictos de interés, los ámbitos vinculados a la contratación pública, las subvenciones públicas, así como en el urbanismo. Tanto la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones contienen previsiones reguladoras limitadoras cuya aplicación contribuye a evitar la situación de conflicto.

4. ÁMBITO LOCAL Y AYUNTAMIENTO DE MADRID

En el ámbito local hemos de hacer referencia a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 92 señala expresamente que los funcionarios se regirán en lo no previsto por dicha ley, por el EBEP y restante legislación en la materia del Estado, así como la legislación de las Comunidades Autónomas. Su Disposición adicional decimoquinta establece, en cuanto al régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales, que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

En el mismo sentido, queda establecido en los artículos 144 y 145 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Hemos de tener, por tanto, en cuenta, la normativa expuesta en el apartado anterior.

Además de dicha regulación, resulta destacable que el Ayuntamiento de Madrid cuenta con su propio código de conducta que refleja los valores éticos, el Código de Buenas Prácticas Administrativas, aprobado por Acuerdo de 4 de diciembre de 2008 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid. Su artículo 28.5 establece que los empleados públicos *“se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público”*. Completado, a este respecto, por el apartado 6 del mismo artículo: *“no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público”*.

En el propio Código se encuentra la previsión de acciones formativas para la divulgación de este, en concreto su artículo 31 dispone que *“el Plan de Formación del*

Ayuntamiento de Madrid concretará, anualmente, el conjunto de acciones formativas y otras iniciativas que atiendan a la divulgación y el conocimiento del conjunto de principios e instrumentos previstos en el presente Código.”

Por su parte, la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid, aprobada por Acuerdo de 27 de julio de 2016 del Pleno del Ayuntamiento, establece, en su artículo 9, apartados d) y e) , la obligatoriedad de publicación en el Portal de Datos Abiertos de: *“Las declaraciones inicial, final y anuales de bienes y actividades de los concejales y las de los titulares de los órganos directivos, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con omisión de los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles, garantizando la privacidad y seguridad de sus titulares. Asimismo, se publicará como parte de las declaraciones de bienes anuales la información relativa a la liquidación de sus declaraciones de la renta, patrimonio y, en su caso, sociedades”*. Igualmente, se publicarán *“Las resoluciones de autorización para el ejercicio de actividades privadas concedidas tras su cese a los titulares de los órganos superiores, a los efectos de lo dispuesto en el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, a los titulares de órganos directivos y a los máximos responsables de las sociedades mercantiles y fundaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación de esta ordenanza ”*.

5. CONCLUSIONES

1.- Formación específica y formación continua de los servidores públicos. La detección y gestión de los conflictos de intereses con garantías y eficacia contribuye a salvaguardar la actuación de la administración en defensa del interés general. Es importante que la normativa de aplicación sea conocida con todo detalle por los servidores públicos, a través de un proceso de formación continua, que recuerde las obligaciones en la materia.

2.- Control y supervisión del cumplimiento obligaciones legales. No basta con conocer las normas, su aplicación requiere de un control y supervisión de efectivo cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas, llevando a cabo controles periódicos sobre dicho cumplimiento.

3.- Detección preventiva de los posibles conflictos de interés. Los órganos superiores deben extremar las precauciones, tanto respecto a ellos mismos como sobre el personal adscrito a su organización, de manera que puedan detectar posibles conflictos de intereses, así como sensibilizarse con labores para su identificación. La detección preventiva es la mejor herramienta para que no se produzcan. Debemos recordar, que los conflictos de intereses pueden ser tanto reales, como potenciales o aparentes.

4.- Adecuada gestión cuando los conflictos de intereses se producen. No siempre es posible evitar que los conflictos de intereses se produzcan, de ser así la gestión de estos, con rapidez, eficacia y transparencia, contribuirá a una resolución satisfactoria para los intereses generales. Constituyen herramientas de actuación, en estos supuestos, la abstención y la recusación.