

Módulo I

PLANTEAMIENTO GENERAL: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN DEL S. XXI

Tema2.

Corrupción, conflictos de intereses y valores éticos. Concepto. Retos que plantean

Madrid, mayo-junio 2018

Introducción.....	3
Corrupción.....	4
Conflictos de intereses.....	7
Valores éticos.....	12

Introducción

En este tema distinguiremos entre corrupción, conflictos de intereses y ética pública. Son tres niveles diferentes en cuanto a la exigibilidad, responsabilidad y sanción de los servidores públicos.

Como se ha señalado en el tema anterior, hasta hace pocos años, lo único que se requería del funcionario era el cumplimiento ordenancista de sus obligaciones legales; posteriormente, las exigencias de los ciudadanos han impulsado la evolución de las Administraciones Públicas hacia formas de actuar más dinámicas en las que el empleado público está sujeto a una serie de normas y principios que previenen y evitan la existencia de aquellos intereses (personales, familiares, sociales etc.) que puedan entrar en colisión con el interés público, y, finalmente, en la fase actual, lo que se nos reclama es que nuestra actuación esté enmarcada en valores y principios de ética pública.

En líneas generales, se podría señalar que la conducta del empleado público, (cualquiera que sea su responsabilidad) en general, podría verse afectada por cualquiera de estas actuaciones ilegítimas:

- Corrupción
- Conflictos de Intereses
- Actuaciones contrarias a los valores de ética pública.

No obstante, aunque a nivel abstracto esta diferenciación pueda parecer clara, la realidad puede ser más confusa.

Si bien habría que considerar que si tuviéramos claramente delimitado “el interés general” de los “intereses personales” – que, realmente, no es tan difícil de discernir- no habría necesidad de normas de incompatibilidades, ni de prevención de conflictos de intereses, puesto que habría una clara línea de separación entre uno y otro ámbito y de lo que se debe o no se debe hacer. Sin embargo, la madeja se ha ido enredando en el momento en el que surgen confusiones, por supuesto intencionadas, en mezclar estos límites.

Sobre la permisividad con que alguna parte de la ciudadanía contempla actuaciones corruptas como el “amiguismo”, la descarga de contenidos de la red o la elusión del pago del IVA, recomiendo las reflexiones de Andrés Herzog¹

¹ “¿Nos preocupa realmente la corrupción?” Claves de Razón Práctica, n°246, pag 34.

Por otro lado, esta no es una cuestión específica de la época actual, sino una característica de todas las sociedades. Como muestra, me parece muy significativo recoger el siguiente pasaje de Antígona, la obra de Sófocles (vv.175-178 y 182-183) donde Creonte, exclama²:

“Imposible es llegar a conocer por entero el alma, el sentimiento y la intención de todo hombre, antes de que aparezca metidos en los cargos y en las leyes... Y aquel que tiene en más a un amigo que a su propia patria, a ese no lo considero valor alguno”

Corrupción

Hasta en los Gobiernos de los sistemas menos democráticos, (e incluso en los dictatoriales) existen conjuntos de normas que sancionan y previenen las actividades corruptas de los empleados públicos, ya que un mínimo de reglas son necesarias para que subsista cualquier organización. La diferencia, a estos efectos, entre los diversos regímenes se traduce en que en los países de democracia avanzada las actuaciones corruptas de los empleados públicos son detectadas y sancionadas.

En consecuencia el primer bloque de reglas que configuran las obligaciones a las que han de someterse los responsables públicos son las normas penales.

A nivel general parece que el concepto de “corrupción” es claro y todos podemos distinguir qué actividades son corruptas.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento no hay una definición unívoca de qué se entiende, exactamente, por “corrupción”

Concretamente, en nuestro Código Penal (en adelante, CP), a pesar de su amplio articulado no hay un solo título o capítulo que se titule “De la corrupción”.

Aparece este vocablo, en primer lugar y referido al sector privado, en el artículo 286.bis, que se refiere a “La corrupción entre particulares” y, como tal, tipifica la acción de prometer, ofrecer o conceder beneficios o ventajas de cualquier naturaleza, no justificados, a directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas mercantiles o sociedades, asociaciones, etc., a cambio de favores, para que incumplan sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, (a sensu contrario, también se tipifica como tal la acción pasiva, esto es, el recibir, solicitar o aceptar estas ventajas.) Por cierto en este precepto también tienen cabida, como sujetos corruptos, los directivos, administradores, empleados o

² Ed. Alianza, quinta reimpresión en “El Libro de Bolsillo”:1995. Traducción, introducción y notas: José M^a Lucas de Dios.

colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

Por lo que se refiere al ámbito de lo público, en el Título XIX, “Delitos contra la Administración Pública”, se tipifica la prevaricación, el abandono de destino, la omisión del deber de perseguir delitos, el cohecho (que reproduce el anterior “do ut facias”; te entrego “algo” para que hagas “algo”, obviamente, ilegal...), el tráfico de influencias, la malversación, etc. y no vuelve a aparecer el término “corrupción” hasta el capítulo X, que se refiere a “los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”.

Parece que para el CP, la “corrupción” se caracteriza por una relación sinalagmática en la que “alguien” ofrece “algo” a otro “alguien” para que actúe de forma ilegal. ¿Es entonces la corrupción sinónimo de cohecho o engloba, también, a otras actividades ilícitas?

Podemos obtener más información si acudimos al artículo 19 de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Este precepto establece que la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias referidas en el artículo cinco de dicha ley e intervendrá directamente en procesos penales, (en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado) en relación con:

- a) *Delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y de contrabando.*
- b) *Delitos de prevaricación.*
- c) *Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.*
- d) *Malversación de caudales públicos.*
- e) *Fraudes y exacciones ilegales.*
- f) *Delitos de tráfico de influencias.*
- g) *Delitos de cohecho.*
- h) *Negociación prohibida a los funcionarios.*
- i) *Defraudaciones.*

j) Insolvencias punibles.

k) Alteración de precios en concursos y subastas públicos.

l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.

m) Delitos societarios.

n) Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a las otras Fiscalías Especiales.

ñ) Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales.

o) Delitos de corrupción en el sector privado.

p) Delitos conexos con los anteriores.

q) La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional.

De estas funciones que se atribuye a esta Fiscalía especializada podemos inferir un concepto más amplio de corrupción, concepto éste que además es acorde a los ámbitos materiales de los Convenios que, a tal efecto, han sido ratificados por España.

En definitiva, podríamos entender que por actividad corrupta hay que considerar toda conducta en la que hay una actuación (u omisión) ilegal, por supuesto deliberada, con el objetivo de obtener un beneficio o ventaja de cualquier clase.

Una vez señalado lo anterior, pasemos al segundo grupo de situaciones sancionables en los empleados públicos.³

- ³ Para profundizar en este tema es imprescindible **Villoria Mendieta, Manuel**. “La corrupción política” Madrid: Síntesis, 2006,(pág.26 a 71) y “Ética Pública y Buen Gobierno”, escrito junto con **Agustín Izquierdo Sánchez**, Tecnos- INAP, 2016.

Conflictos de intereses

En consecuencia con lo anterior, para evitar actuaciones corruptas, en todos los países desarrollados, e incluso en vías de desarrollo, hay una gran panoplia de normas, de la más variada índole, para prevenir actividades ilícitas de sus cargos, empleados públicos y de sus más altos dirigentes, llegándose incluso a suscribirse tratados internacionales u otros instrumentos similares como medidas correctivas.

Sin embargo, hay situaciones que, no vulnerando directamente norma alguna, son miradas con recelo por entenderse que encubren actuaciones irregulares o “estéticamente” reprobables.

Estas situaciones entrarían a subsumirse en lo que se viene a denominar conflictos de intereses, que se refieren a situaciones de riesgo que han de gestionarse (esto es, se han de regular, controlar y limitar) de forma cautelara y preventiva para evitar que se llegue al siguiente estado: la corrupción.

Este concepto “los conflictos de intereses” tiene una cierta raigambre en las normas y códigos de otras organizaciones y de otros países, pero en España, su implantación ha sido muy reciente.

Recordemos que, hasta hace unos pocos años, las únicas restricciones que afectaban a la conducta de los empleados públicos estaban en el CP, las normas de función pública vigentes en cada momento, con sus respectivas normas de régimen disciplinario, las reglas sobre abstención que se encontraban en las leyes reguladoras del procedimiento administrativo (y por ende, reguladoras también de los deberes de esos funcionarios tramitadores) y las normas de incompatibilidades.

Posteriormente y, precisamente en relación con los altos cargos, aparecen las primeras medidas que serían el germen de un régimen de gestión de conflictos de intereses, que fuera más allá del clásico de “incompatibilidades” aunque en ese momento, el año 1991, este concepto no existía con tal denominación en los textos legales.

Éstas son: la Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modificaban determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley de Contratos del Estado, y de la Ley 4/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Con esta ley, se endureció la legislación de altos cargos con la implantación, por primera vez, de las siguientes medidas, que excedían del clásico concepto de “incompatibilidades”:

- Imposición a los altos cargos de la obligación de declarar sobre causas de posible incompatibilidades y sobre cualquier actividad que les pudiera proporcionar ingresos, declaraciones que serían inscritas en un Registro de Actividades, constituido “ad hoc” y que tendrá carácter público.
- Obligación de que los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y Subsecretarios cumplimentaran, también, declaraciones de bienes patrimoniales, que se inscribirían en un Registro específico.
- Obligación de abstención e inhibición.
- Establecimiento de un régimen de incompatibilidades al cese durante dos años.
- Imposición de limitaciones patrimoniales.

Pero, además de este primer adelanto, el concepto de conflictos de intereses como tal, no volvió a aparecer hasta bastantes años después.

Sin embargo, siguiendo las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), fue cuando en España se abrió la puerta a esta nueva terminología, concretamente, con la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado en el que se encuadraron las siguientes limitaciones, y referidas a estos cargos:

- Régimen de incompatibilidades.
- Limitación patrimoniales en sociedades contratistas o que percibieran subvenciones de las Administraciones Públicas.
- Obligaciones de declarar actividades, bienes y derechos patrimoniales.
- Encomienda de gestión de las acciones y valores negociados, etc.
- Incompatibilidades al cese.

Esta norma ha sido derogada por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que establece un marco más amplio de limitaciones en esta materia, y que será examinado a lo largo del curso, cuya exigibilidad se inicia incluso desde una etapa anterior al nombramiento del alto cargo (pues se le exige que acredite su idoneidad para el puesto) y que se extienden hasta los dos años siguientes al cese.

Por lo que se refiere al resto de los empleados públicos, este concepto tuvo su primera plasmación legal en la norma 10 del código de conducta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y luego, se ha ido extendiendo al resto de los empleados públicos (en el Código de Conducta 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 y en diferentes ámbitos, especialmente en lo que se refiere a normativa específica de determinados sectores, por ejemplo, el bancario, sanitario, etc.

A estos efectos es importante referirse al concepto de conflictos de intereses que acuña la OCDE en sus conocidas “Líneas Directrices para la gestión de los Conflictos de Intereses en el Servicio Público”, formalizadas como Recomendación de la citada organización es el siguiente⁴:

“Un conflicto de intereses representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta del ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales”

En esta definición, es preciso detenerse en tres notas fundamentales:

- Si en las actividades corruptas, o delictivas, el interés del actor era claramente contrario al ordenamiento jurídico, en los conflictos no tiene por qué serlo, pues pueden referirse a intereses que, en sí, no son ilegítimos aunque si puedan derivar en un perjuicio para el sector público.
- Se utiliza el verbo en el tiempo condicional; se dice “podrían influir”, no “podrán influir”, porque si estos intereses “influyen” realmente, ya no estaríamos ante un conflicto de intereses, sino ante una actividad delictiva.
- El adjetivo empleado es “en la forma correcta”, no “en la forma legal”; ¿qué se pretende con esto? ¿es un concepto jurídico indeterminado? Esto puede plantear un cierto recelo ante esta indefinición.

En la citada ley 3/2015, el artículo 11 introduce una definición de conflictos de intereses aplicable sólo para los altos cargos de la Administración General del Estado pero que es muy significativa y concreta en la definición de intereses personales:

“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

- ⁴ **OCDE.** “La gestión de los conflictos de intereses en el Servicio público”, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, 2004.(pág.35)

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.”

Hay que detenerse sobre ciertas notas que concurren en este “interés personal”; por un lado, que no tienen por qué ser intereses económicos, pueden ser familiares, sociales, clientelares... y, por otro, que en algunos casos, ni siquiera hay un beneficio en el responsable, sino que pueden incluso ser bien intencionadas por responder a su visión de cómo ha de actuarse para solucionar una situación.

Otra definición muy clarificadora es la que contiene el interesante documento “El conflicto de intereses en el ámbito de la salud. Documento de Recomendaciones”,⁵ : “*El conflicto de intereses consiste en una situación o CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS* ⁶ *en las que se encuentra el agente y que dan lugar o incrementan el riesgo de que el interés primario se vea perjudicado por la búsqueda del interés secundario* “

Imaginemos el supuesto de un funcionario que tiene que adjudicar subvenciones a determinadas asociaciones y que, ante las candidaturas de varias de ellas, decide que lo “correcto”- según su código personal de valores- es primar a una de ellas en detrimento de otras, sin base legal para ello, y sólo

⁵Aprobado por el Consejo de Bioética de la Consejería de Sanidad- Secretaría General Técnica de la Xunta de Galicia, http://www.osalde.org/website/sites/default/files/conflicto_intereses_GC_NV.pdf

⁶ Las mayúsculas son las que aparecen en el documento (en la página 73, en la versión en castellano)

porque desde su esquema, el interés protegido de la “elegida” es más digno de merecer dicho apoyo que el de otras organizaciones; o, por ejemplo, el de un funcionario en un proceso de selección, que decidiese contratar a un candidato con menores méritos profesionales, simplemente porque conoce que su situación personal es de mayor desarraigo social o es más desfavorecido que otros candidatos y considera que es más justo ayudarlo a él. En estos supuestos, el sujeto causante de dicha situación no está buscando un beneficio para él, sino que simplemente cree que está actuando honestamente; pero, en realidad, lo que está haciendo es imponer sus intereses ideológicos personales en detrimento de los criterios objetivos, lo cual se traduce en un tratamiento injusto para las otras partes en el proceso que sí cumplían los requisitos legales.

También hay que considerar que los conflictos pueden ser reales o aparentes; precisamente, una de las críticas que se esgrimen en relación con algunas normas limitativas es que pueden llegar a cercenar, injustificadamente, intereses legítimos de los empleados públicos sin que haya ningún deterioro real del servicio público. Por ejemplo, en relación con el régimen de incompatibilidades, hay argumentos contrarios a que se impida el ejercicio de actividades que, aparentemente, no afectarían al servicio público, o por ejemplo, las limitaciones patrimoniales que, en algunos casos, pueden parecer excesivas.

Con independencia de estas consideraciones, que se verán más detalladamente en los siguientes módulos, hay que señalar que, precisamente, el objetivo de la regulación de los conflictos de intereses es prevenir situaciones de riesgo que puedan derivar en situaciones concretas de corrupción.

Cuestión distinta es la de los conflictos de intereses reales; en este caso, cuando sí hay intereses concretos y tangibles que colisionan realmente con las obligaciones del servicio público, es difícil a veces determinar cuándo se está ante una situación de corrupción o de infracción de una norma administrativa y cuando ante una situación de conflictos de intereses.

Pongamos un ejemplo claro; todos sabemos que si un empleado público recibe un regalo o dádiva por favorecer a una empresa en un procedimiento administrativo, ello puede constituir un delito (de prevaricación, abuso de funciones, cohecho, etc.)

Pero si este empleado es visto en un restaurante comiendo con el responsable de la empresa, aunque en modo alguno la haya favorecido o haya vulnerado el ordenamiento jurídico, podemos estar ante un conflicto de intereses potencial, dado que el asistir a dicho evento puede implicar que, en un futuro, esta persona tenga una actitud proclive hacia dicha empresa.

No obstante la fijación de una política clara de conflictos de intereses es difícil porque una regulación muy limitativa de intereses legítimos puede derivar en

que las normas sean de imposible incumplimiento, sin que tampoco se garantice que se eviten actuaciones deshonestas.

De hecho, a veces conceptuamos de “conflictos de intereses” o “situaciones éticamente reprochables” conductas que, realmente, pueden ser delictivas, en cuanto que suponen una utilización indebida de los recursos públicos. Por ejemplo, si un médico utiliza, en su consulta privada, material de su puesto público no hay sólo un conflicto de intereses; si un funcionario está en su puesto público utilizando el ordenador para redactar las demandas del despacho de abogados para el que trabaja o recurriendo a su secretaría para que le ayude a preparar los documentos, tampoco estaríamos sólo ante una situación de conflicto de intereses.⁷

Por ello, y tal y como señala la OCDE es preciso establecer un equilibrio en estas regulaciones, estableciendo normas rigurosas pero ajustadas a las situaciones reales.

Valores éticos

Por lo que se refiere a los principios de ética pública, hay que señalar que no hay que confundirlos con la ética individual, como hemos visto anteriormente, o con los códigos deontológicos de cada profesión. Los valores de ética pública son los estándares mínimos que cada sociedad exige, en cada momento determinado, a los servidores públicos.

Esta exigencia está relacionada con el nivel educativo y de participación democrática de un país. Y aunque hay un substrato de principios que serán comunes a todos, como la exigencia de que los responsables no se lucren indebidamente con dinero público, lo cierto es que hay diversos niveles de exigencia entre unos países y otros.⁸

El antecedente de estos códigos de conducta tenemos que buscarlos en los códigos éticos o normas de autorregulación a los que las empresas se han ido vinculando de manera voluntaria. Este fenómeno ha tenido una gran importancia, desde los años 70, especialmente en los países anglosajones, en los que el mundo empresarial ha querido reorientarse hacia otros valores, dando importancia a la “ética empresarial”.

⁷ **Villoria Mendieta, Manuel.** “La corrupción política” (op. cit) y **García Mexía, Pablo :**“La Ética Pública. Perspectivas actuales”, Revista de Estudios Políticos, nº 114, octubre-diciembre, 2001,pág.142-148

⁸ Sobre la importancia de los valores individuales en la formación y educación de las personas y, por consiguiente, de los responsables públicos.recomiendo **Kliksberg, Bernardo.** “Más ética más desarrollo”, INAP, 2006. (pagina 60)

Posteriormente, esta tendencia ha tenido sus repercusiones en las Administraciones Públicas de otros países y en las organizaciones internacionales.

Se puede plantear el debate de si estos códigos son necesarios en países de tradición administrativista, como el nuestro, en el que ya existen leyes y reglamentos de todo tipo para regular la actuación de los cargos públicos.

La respuesta a este planteamiento es que cualquier medida tendente a mejorar el servicio público es necesaria, ya que, a pesar de las normas, reglamentos, etc. todavía hay actuaciones que, no estando prohibidas en las leyes, son, al menos, cuestionables desde el prisma de la lealtad al servicio público, la honestidad o la integridad, y que por esta falta de tipificación, de alguna forma escapan a la sanción⁹.

En definitiva, la opción por establecer principios de conducta en las Administraciones Públicas no tiene vuelta atrás, puesto que supone una implicación mayor en el proceso de democratización y de acercamiento de las estructuras públicas a los ciudadanos, de forma que éstos recobren la confianza en las instituciones.

⁹Por supuesto, en este apartado se hace imprescindible consultar las obras citadas de los profesores **Villoria Mendieta y García Mexía**