

Módulo II

LOS CONFLICTOS DE INTERESES

**Tema 1. Delimitación de los conflictos de intereses.
Situaciones que plantean conflictos de intereses:
endógenas y exógenas**

Madrid, mayo-junio 2018

Introducción.....	3
La gestión de conflictos de intereses.....	4
Situaciones que plantean conflictos de intereses.....	7
Intereses profesionales previos al puesto público.....	7
Intereses familiares, clientelares, sociales.....	12

Introducción

En el módulo anterior se han analizado diferentes situaciones nocivas que se producen en las organizaciones cuando los empleados públicos no actúan orientados al objetivo del bien común, sino guiados por intereses privados, y, a tal efecto, se han distinguido esas situaciones entre las que pueden constituir actividades delictivas, las que plantean conflictos de intereses y las que suponen una vulneración de los principios de ética pública.

El contenido de este módulo se centrará en las situaciones constitutivas de conflictos de intereses, especificando los riesgos que pueden crear.

Una vez leídos los textos-base correspondientes, y consultada la legislación de referencia, tendréis que realizar las siguientes actividades:

- Primera actividad práctica: análisis del caso. A través del estudio del caso os pondréis en el papel de “Ricardo” y veremos cómo dirige su unidad, si todo funciona muy bien...,o no tan bien.
- Segunda actividad práctica: aconsejaréis a Ricardo sobre las fórmulas que tiene que aplicar para gestionar las áreas problemática
- Finalmente, en el foro participaréis exponiendo vuestras conclusiones sobre lo analizado.

Para este módulo, se recomienda la lectura de “Las líneas directrices de la OCDE sobre la gestión de los conflictos de intereses en el Servicio Público”¹ y la legislación española aplicable al caso.

¹ Obra citada en el módulo anterior

La gestión de conflictos de intereses

Los distintos países han tomado conciencia de que la lucha contra la corrupción no puede realizarse sólo mediante la implantación de normas penales referidas a figuras delictivas, como la prevaricación, el cohecho, el soborno, etc., sino que es preciso acudir a vías complementarias enfocadas a todas esas situaciones cotidianas que, sin llegar a revestir la gravedad de los delitos, enturbian la imagen de las Administraciones Públicas.

Y es que en la práctica administrativa habitual, hay situaciones en las que los empleados públicos anteponen sus intereses y expectativas personales al interés general, afectando con ello la integridad de las organizaciones y debilitando la confianza de los ciudadanos en las mismas.

Por ello, todos los países recurren a otros instrumentos normativos (leyes, códigos, etc.) en los que se potencia la prevención de los conflictos de intereses; sin embargo, estos son inoperantes sin una voluntad expresa de los responsables directos de las unidades administrativas.

Pues en ocasiones, no hay un compromiso total de los directivos, dado que en la política de prevención y gestión de conflictos de intereses confluyen dos características que dificultan que se valore su gravedad.

En primer lugar que, frente a los delitos, en los que es claro el interés jurídico protegido, así como la lesión a los intereses del Estado, en los conflictos de intereses, en cambio, este perjuicio es más difuso. Y ello, porque no siempre hay consecuencias negativas, sino que la norma sólo establece una cautela para prevenir situaciones de riesgo, reales o aparentes.

De tal manera, muchas veces, el empleado público no entiende justificado el por qué de que no pueda desempeñar una actividad privada fuera del horario del trabajo, o la razón de que no pueda tener una inversión en una sociedad que contrata con una Administración diferente a la suya.

En segundo lugar, porque sus límites no están claramente precisados, como sí sucede en relación con el resto de ilícitos penales o administrativos, sino que su calificación depende de conceptos indeterminados: *“forma correcta del ejercicio de sus funciones”*, *“capaz de superar el escrutinio más riguroso”* o, como se indica en varios apartados de las Normas de Conducta ética para los Empleados del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos : *“una persona razonable podría cuestionar su imparcialidad”* (es como si en la valoración de los conflictos de intereses se aplicara a la conducta de los empleados públicos la famosa frase de *“ la mujer del César no sólo debe ser honrada, sino parecerlo”*)

Ante estas especiales características, en algunas organizaciones se minusvalora la importancia de estos principios y hay permisividad en relación con estas conductas.

En tal sentido, es importante que el artículo 11 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LACC), defina qué es lo que considera “conflictos de intereses”:

“...

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.”

Y ello, porque es preciso establecer una política eficaz y realista de gestión de conflictos de intereses, que pilote sobre los siguientes hitos:

- Conocer la situación de una forma real y rigurosa, para detectar cuáles son los problemas reales de conflictos de intereses en cada organización. No se trata de hacer planteamientos maximalistas que conduzcan a la implantación de principios inaplicables, sino de detectar los problemas reales, las “conductas de riesgo” comunes a todas las organizaciones. En tal sentido, hay que señalar que determinadas áreas y organismos tienen áreas de riesgo específicas que requieren normas adecuadas a sus circunstancias.
- Valorar las consecuencias y efectos de las medidas que se implanten, de manera que no se produzcan consecuencias no deseadas, pues el establecimiento de medidas demasiado rígidas puede ser desproporcionado y conducir a su incumplimiento reiterado.
- Implicación de la organización en la implantación de estos mecanismos de gestión. Este compromiso con la gestión de los conflictos de intereses no incumbe sólo a los titulares de puestos de mayor responsabilidad de la organización, sino que requiere la complicidad del resto de los trabajadores, para que la implantación de estas normas no se perciba sólo desde una perspectiva punitiva y coercitiva, sino como una vía para mejorar la imagen y el funcionamiento de la unidad.
- Mecanismos eficaces para garantizar el cumplimiento de la política de prevención de conflictos de intereses, no sólo con medidas de control represivas, sino con actuaciones de concienciación, formación y estímulo.

Situaciones que plantean conflictos de intereses

Podemos clasificarlas en los siguientes tipos de situaciones:

- **Endógenas**, que se corresponderían con los intereses privados del empleado público. En este grupo, se incluirían:
 - Intereses profesionales anteriores al puesto público.
 - Intereses personales, familiares, sociales, clientelares, etc.
 - El desempeño de otras actividades.
 - La recepción de regalos, beneficios, etc.
 - Intereses patrimoniales.
 - Actividades post – empleo.

- **Exógenas**, en las que se incluirían las situaciones que proceden del entorno exterior del empleado público:
 - Los lobbies.
 - Relaciones con sectores afectados.

Intereses profesionales previos al puesto público

Es frecuente oír hablar del “revolving door” y, generalmente, se utiliza de forma incompleta, pues sólo se menciona una de las dos fases: la de los cargos públicos que tras abandonar la Administración son reclutados en el sector privado; sin embargo, este término, de origen anglosajón, incluye también, como su propio

nombre indica, un fenómeno más complejo: el de los profesionales que, procediendo del sector privado, son seleccionados para un cargo público y tras un periodo de tiempo retornan al sector privado.

Generalmente, en los medios de comunicación se menciona este fenómeno de forma negativa para el sector público; en cambio, hay organizaciones, como la Administración de Estados Unidos en las que este traspaso de profesionales no se considera perjudicial si va acompañado de las suficientes medidas de control y transparencia.

En este epígrafe, analizaremos las limitaciones que se deben exigir a los cargos públicos en relación con los intereses profesionales que hubieran tenido con anterioridad, teniendo en cuenta que lo que se quiere salvaguardar es la imparcialidad del cargo público, que podría hallarse en una situación de riesgo si tuviera que intervenir en relación con las empresas o sociedades en las que estuvo trabajando “ex ante”.

Hay opiniones en el sentido de que se debería limitar el nombramiento, para determinados cargos públicos, de los candidatos que procedieran de sectores económicos relacionados directamente con las competencias del cargo público.

Pero frente a estas posturas, hay que argumentar que la experiencia profesional en el sector privado de una persona no sólo no tiene por qué ser perjudicial, sino que, al contrario, puede constituir un valor añadido en el desempeño de su puesto, por lo que prohibirlo o limitarlo, sin más, sí puede ser una medida perjudicial para la organización.

Por lo que la opción correcta es, simplemente, establecer instrumentos de control y transparencia para evitar el menoscabo de la integridad en el ejercicio del puesto público.

Las medidas que, en nuestro ordenamiento se exigen para evitar posibles conflictos de intereses se articulan a través del establecimiento de normas de abstención, complementadas con la publicidad (para el caso de altos cargos) y, en todo caso, la constancia de esta abstención.

Podemos citar como medidas las siguientes:

Para todas las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas, en general, el artículo 23.2.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto que, expresamente tipifica, como motivo de abstención (aparte de otros que también pudieran confluír como conflictos de intereses):

“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.

En relación con los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, el artículo 12 de la LAACC, impone un deber de abstención más riguroso en cuanto que exige obligaciones formales adicionales para su constancia y publicidad.

Concretamente, este precepto dispone lo siguiente:

“Artículo 12. Sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses.

1. Los altos cargos deben ejercer sus funciones y competencias sin incurrir en conflictos de intereses y, si considera que lo está, debe abstenerse de tomar la decisión afectada por ellos.
2. Los altos cargos que tengan la condición de autoridad se abstendrán de intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en el artículo 11, concurren 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.

La Oficina de Conflictos de Intereses, de acuerdo con la información suministrada por el alto cargo en su declaración de actividades y, en su caso, la que pueda serle requerida, le informará de los asuntos o materias sobre los que, con carácter general, deberá abstenerse durante el ejercicio de su cargo.

3. Los órganos, organismos o entidades en los que presten servicios altos cargos que no tengan la condición de autoridad 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. Estos procedimientos y el resultado de su aplicación deberán ser comunicados anualmente a la Oficina de Conflictos de Intereses.
4. La abstención del alto cargo se producirá por escrito y se notificará a su superior inmediato o al órgano que lo designó. En todo caso, esta abstención será comunicada

por el alto cargo en el plazo de un mes al Registro de Actividades de altos cargos para su constancia.

En caso de que la abstención se produjera durante la reunión de un órgano colegiado, su constancia en acta equivaldrá a la comunicación al superior inmediato o al órgano que lo designó. La comunicación al Registro de Actividades de altos cargos será realizada por el secretario del órgano colegiado.

5. El alto cargo podrá formular en cualquier momento a la Oficina de Conflictos de Intereses cuantas consultas estime necesarias sobre la procedencia de abstenerse en asuntos concretos.”

En la misma línea, el artículo 13.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, prevé que, como ha sucedido algunas veces en los diferentes equipos gubernamentales, si un Ministro no puede intervenir en determinados asuntos de su competencia, pueda articularse su sustitución:

“La suplencia de los Ministros, para el despacho ordinario de los asuntos de su competencia, será determinada por Real Decreto del Presidente del Gobierno, debiendo recaer, en todo caso, en otro miembro del Gobierno. El Real Decreto expresará entre otras cuestiones la causa y el carácter de la suplencia.”

Hay también normas específicas, como por ejemplo, el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, referido a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, cuyo estatuto contiene un régimen muy completo de detección y declaración de conflictos de intereses.

Otro supuesto que podríamos englobar en el conflicto de intereses “por actividades profesionales anteriores” es el previsto en el artículo 13 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 3647/1995, de 10 de marzo. Este precepto dispone:

“2. No podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria”.

El objetivo es claro: evitar que haya sospechas de parcialidad en relación con los miembros de los Tribunales respecto de los

oposidores que hubieran podido ser “preparados” por aquellos. Esta redacción tan amplia podría cuestionarse, ya que la incompatibilidad se extiende a todo proceso selectivo, aunque no esté relacionado con las pruebas para las que efectivamente el funcionario impartió la preparación. No obstante, se considera que esta redacción sí es apropiada, porque aunque no sean las mismas pruebas, nada impide que un aspirante a una plaza para determinado proceso selectivo opte, tras haber suspendido, a otras oposiciones o pruebas selectivas, en las que pudiera encontrarse con que su antiguo preparador forme parte del órgano de selección, con el consiguiente riesgo de pérdida de imparcialidad.

De todas formas, se echa de menos que no haya una prohibición similar pero dirigida a una fase posterior, por la que se regule que los miembros de un proceso selectivo no puedan ser preparadores de opositores durante un tiempo determinado; y ello porque el haber formado parte de estos órganos de selección permite conocer a los miembros del tribunal, sus criterios, pautas de actuación, etc., lo que constituye una ventaja indiscutible en relación con otros preparadores de oposiciones.

Intereses familiares, clientelares, sociales, etc.

El empleado público tiene un grupo de relaciones sociales, familiares, etc., que pueden convertirse en una fuente de conflictos de intereses. No se trata, por supuesto, de aislar al empleado, pero sí de mantener reglas y medidas de control y publicidad para prevenir y evitar estos conflictos.

En primer lugar, y con carácter general, hay que citar las que se establecen por el mencionado artículo 23.2 de la Ley 40/2015, en cuanto que considera motivo de abstención:

“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.”

Por lo que respecta a los altos cargos, y como se ha señalado anteriormente, los intereses de los familiares se encuentran subsumidos en el concepto de “conflictos de intereses” en los términos previstos en el artículo 11.2 b) y f) de la LACC.

Dentro de este colectivo, se imponen cautelas adicionales en relación con los miembros del Consejo de Gobierno del Banco de España, ya que sus cónyuges están obligados a formular **declaraciones de actividades y de bienes y derechos patrimoniales**, (artículo 28. 2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España).

“2. Dentro de los tres meses siguientes a su toma de posesión y cese, así como anualmente, los miembros del Consejo de Gobierno deberán efectuar una declaración relativa a sus actividades y a su patrimonio, y a los de su cónyuge no separado e hijos dependientes. La declaración se remitirá al Ministerio para las Administraciones Públicas, que podrá verificar los datos

declarados y comprobará si los intereses revelados en ellos suponen menoscabo de lo dispuesto en el párrafo precedente.”

En relación con los empleados públicos, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece en su artículo 53.2:

*“Su actuación [la de los empleados públicos] 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”.*

Es importante resaltar que este precepto no sólo se está refiriendo al círculo tradicional de amigos o familia, previsto en la Ley de Régimen Jurídico, sino que tiene un ámbito más extenso, que abarca a intereses corporativos, clientelares, etc.

Otro ejemplo importante es el Código de Conducta del Instituto de Crédito Oficial (en adelante, ICO) pues, aunque se tratará sobre este texto más extensamente en el módulo IV, tiene unas limitaciones, claras y precisas, que, más que principios o valores de actuación, son auténticas normas de conflictos de intereses.

En particular, es muy significativa su definición de conflictos de intereses:

“Los conflictos de intereses pueden surgir cuando los empleados tienen intereses personales o privados que puedan afectar al desarrollo imparcial u objetivo de sus deberes. Los intereses personales so privados son aquellos que incluyen cualquier ventaja profesional o patrimonial para ellos mismos, sus familiares o terceros conocidos por ellos.”

A continuación, este código establece lo siguiente bajo el epígrafe 1 relativo a las *Relaciones externas*:

b) Los empleados deben abstenerse de intervenir o influir en la aprobación de créditos y otras operaciones de riesgo en las que el empleado o su círculo de familiares y relaciones tengan intereses personales y, en general, evitar que dichos intereses influyan en las decisiones que el empleado adopte en nombre del ICO.

- c) *Para salvaguardar la debida independencia con la que se debe actuar frente a terceros, el personal del ICO deberá informar a su superior jerárquico inmediato de aquellas circunstancias que puedan afectar a su actuación independiente. Estos podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de estas circunstancias señaladas a continuación que se abstengan de toda intervención en las actuaciones que estén llevando a cabo”.*

En consecuencia, hay limitaciones que afectan no sólo al empleado, que es el que voluntariamente se ha integrado en una organización y debe acatar sus exigencias, sino que, también, se extienden a sus allegados. Ello puede plantear la cuestión de hasta qué punto es necesario que estas normas penalicen también a estas personas y, en todo caso, si esto es garantía de mayor honestidad.

Ante este argumento, la conclusión es que el legislador intenta establecer todos los mecanismos posibles para evitar que la imparcialidad del empleado público pueda verse afectada (o que lo parezca) por la intervención de familiares o allegados y, para ello, se imponen estas restricciones, que, por otro lado, no son exclusivas de nuestro ordenamiento, ya que también se aplican en otros países y en los códigos de conducta del sector privado.