

Módulo II

LOS CONFLICTOS DE INTERESES

**Tema 3. Regalos, atenciones especiales, privilegios.
Sectores implicados. Otros factores.**

Madrid, mayo-junio 2018

Regalos, ventajas, privilegios.....	3
Relaciones con sectores implicados.....	8
Intereses patrimoniales.....	9

Regalos, ventajas, privilegios

En materia de prevención de conflictos de intereses, cuando se utiliza el término “regalos” se hace en una acepción amplia, comprensiva de dádivas, beneficios, privilegios, etc.; en definitiva, bajo este concepto se subsumen todas aquellas prestaciones de tipo material o inmaterial que puede recibir un empleado público, precisamente por su cargo y que, por ello, pueden constituir una situación de riesgo.

Es preciso hacer unas precisiones para determinar el por qué de esta aseveración:

El regalo, dádiva, etc. puede ser material (tangibile) o inmaterial (por ejemplo, invitación a actos culturales, atenciones especiales, etc.). La característica es que consiste en un beneficio que experimenta el funcionario de forma individualizada.

El hecho de entregar este regalo o beneficio es, precisamente, por la especial posición que el empleado ostenta. Ello no quiere decir, en absoluto, que sólo los altos cargos o el personal directivo puedan encontrarse en estas situaciones de riesgo; en modo alguno, ya que todo funcionario, aunque ocupe un puesto de nivel inferior, puede estar afectado, en cuanto que tiene la posibilidad de conocer el estado de la tramitación de un expediente, o de adelantar el pliego de requisitos técnicos o, simplemente, de facilitar el acceso a un cargo superior.

La prestación (regalo, atención, privilegio, etc.) que se ofrece es finalista; siempre tiene una expectativa de beneficio, aunque no sea inmediata ni directa. Puede ser que el funcionario en cuestión sea invitado a una comida y piense, (como en el caso práctico que se examinó en el anterior módulo) que su imparcialidad no se va a ver alterada, dado que él no tenía ninguna competencia en procedimientos de contratación y que el contrato ya había sido adjudicado; pero aún así, el objetivo del “regalo” es lograr un contacto, o una acogida favorable para futuras contrataciones dentro de la organización.

En nuestro ordenamiento, la recepción de estos regalos está prevista en el Código Penal, en cuanto figura delictiva y en los diferentes códigos de conducta.

Por lo que se refiere al Código Penal, los regalos, o más bien los beneficios o ventajas, aparecen prohibidos y delimitados tanto si afectan al sector privado como al público.

En la esfera privada, se regulan en el artículo 286.bis, que ya se ha analizado en el módulo anterior, que se refiere a la corrupción entre particulares; en este precepto, la conducta tipificada afecta a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización privadas.

Por lo que respecta a los empleados públicos, está configurado bajo la denominación del “cohecho”, regulada en los siguientes preceptos, todos ellos englobados en el Título XIX, Delitos contra la Administración Pública:

“Artículo 419.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.”

“Artículo 420.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años.”

“Artículo 421.

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o

funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.”

“Artículo 422.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.”

“Artículo 424.

1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.”

De la lectura de estos preceptos no parece quedar ninguna duda acerca de que en ningún modo un empleado público puede aceptar “nada” de “nadie”; porque, incluso, en el artículo 422, se está considerando delito cualquier recepción aunque no se realice algo ilegal.

De otro lado, el Código Penal no hace un baremo de regalos, a partir del que se pueda considerar cuáles están prohibidos y cuáles no, por lo que parece que, a priori, está prohibida toda recepción de regalos, favores, beneficios, etc.

Entonces, la pregunta sería, si “recibir” está claramente prohibido, ¿por qué hay una segunda regulación, a nivel de infracción administrativa o de código de conducta, acerca de esta materia?

La respuesta es que todavía en la Administración Pública española no hay la suficiente consciencia de que cualquier tipo de regalo, ofrecimiento o privilegio que se recibe lo es, no porque el “*funcionario-sea-simpático-y-le-haya-caído-bien-al-que-le –hace-el-regalo-sin-más*”, sino porque el oferente espera algo. Por otro lado, es una costumbre muy arraigada el asistir a comidas, invitaciones, simplemente porque se considera que es algo que “hacen todos” y que es una inocua costumbre social sin mayores consecuencias.

Por ello, ante esta rutina, es por lo que los códigos, admitiendo que los empleados públicos aceptan determinados regalos, consideran que es preciso implantar cautelas adicionales y mecanismos de control.

Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su Título II, referido al buen gobierno, y concretamente en su artículo 26.2.b), impone como principio de actuación el que los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado

“6º. No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.

(...)

9º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.”

En lo que respecta a los empleados públicos, el Código de Conducta previsto en el capítulo VI del EBEP se refiere a esta aceptación de regalos, en sus más diversas manifestaciones, en los siguientes preceptos:

“Artículo 53:

(...)

6. *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.*

7. *No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas”.*

“Artículo 54.

(...)

6. *Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”.*

Ahora, visto lo anterior, sólo queda por delimitar cuáles son esos usos habituales, sociales y de cortesía que no están nada claros.

Es cierto que nuestra legislación ha optado por utilizar una frase genérica que, además, utilizan también los códigos del sector privado, y que, posiblemente, es mejor solución que una redacción más precisa, en la que se cuantificara (como sucede en otros países) el valor económico del regalo.

En este aspecto, es interesante ver las soluciones que ofrecen los códigos de conducta de EEUU (cuya regulación muy casuística no deja lugar a ninguna posibilidad de duda), de Gran Bretaña, etc.

A este respecto, el código de conducta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores establece en su norma 10 que sus empleados no pueden aceptar ningún regalo, favor, préstamo o servicio, etc., que tengan carácter significativo y que puedan suponer un conflicto de intereses; estableciendo como cautela que, en caso de que se les planteen dudas sobre si han de aceptar comidas, invitaciones, etc., han de ponerlo en conocimiento del Secretario General, con la debida antelación, que resolverá de forma motivada. Se trata pues, de conjugar la transparencia con el asesoramiento adecuado en esta materia.

También son destacables las normas sobre esta materia del Código de Conducta del Instituto de Crédito Oficial que contiene una regulación exhaustiva y casuística, remitiendo incluso a una instancia de información y autorización: el Comité de Cumplimiento.

Lamentablemente, la realidad es que, aunque hay una censura clara ante los regalos cuando implican alguna actuación activa por parte del funcionario, en cambio, en algunos sectores se considera normal la aceptación de pequeños obsequios, invitaciones a comidas, etc., cuando, aparentemente, no se está directamente implicado en la toma de decisiones. Se recomienda, para determinar los límites sobre cuándo hay que aceptar y cuándo no, la lectura de los Códigos de Conducta de las “Big Four”.ⁱ

Relaciones con sectores implicados

Son los “clientes”, los sectores afectados por las competencias de los empleados públicos, los que pueden suscitar situaciones potenciales de conflictos de intereses.

Es preciso regular las relaciones con estos sectores para mantener la independencia e imparcialidad en el trato. Es posible que, a veces, la proximidad en el contacto con las empresas pueda favorecer el funcionamiento de los servicios públicos porque se flexibilizan y agilizan los procedimientos y la capacidad de respuesta, pero ello no puede servir de excusa para establecer relaciones que deriven en conflictos de intereses. En consecuencia, las líneas de actuación han de ser claras y transparentes, para evitar tratos de favor o malentendidos.

Las reglas para delimitar estas relaciones se fundamentarán en las siguientes características:

- Transparencia.
- Tratamiento igualitario a todas las empresas relacionadas.
- Rechazo de cualquier regalo, invitación o trato preferente.
- En todo caso, aplicar la regla que establece el Código de los trabajadores del Poder Ejecutivo de EEUU, relativa a que *“una persona razonable podría cuestionar su imparcialidad”*.

Felizmente, en las empresas con cierto prestigio, hay políticas rigurosas en materia de conflictos de intereses, por lo que estas sociedades cuentan con sus propios códigos de conducta que establecen mecanismos rígidos para evitar comportamientos no deseados o que puedan parecer inapropiados.

No obstante, se insiste en la importancia de que en las Administraciones Públicas, se extreme el cuidado en las relaciones con estos “clientes”, no sólo para no incurrir en situaciones irregulares, sino además para no ofrecer una perspectiva indecorosa de la Administración.

Intereses patrimoniales

En las legislaciones de incompatibilidades se considera actividad “exceptuada” la administración del patrimonio personal o familiar; pero esta definición, en apariencia clara, no significa sólo la titularidad de bienes como la casa, el coche, o las acciones; implica algo más, la administración de éstos, que consiste en gestionar un patrimonio y obtener los rendimientos que, en su caso, procedan.

En consecuencia, el empleado público puede tener patrimonio, conservarlo y gestionarlo para su incremento; pero hay normas de conflictos de intereses que imponen limitaciones a los bienes patrimoniales en cuanto que su administración pueda entrar en colisión con sus responsabilidades públicas.

En relación con los empleados públicos, el artículo 12.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, prohíbe la participación superior al 10 % en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

Está claro que el bien jurídico que se quiere proteger es evitar que el funcionario pueda interceder o mediar con una Administración para que contrate con una empresa o sociedad, en la que él no figure como cargo, pero sí tenga un capital significativo, como por ejemplo un 10 %.

No obstante, y en cuanto a patrimonio, hay otras limitaciones, que se encuentran en el artículo 53 del EBEP:

“5. 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.

6. 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”.

Como se observa, la libre administración del patrimonio está condicionada a que la misma no suponga que el funcionario realice gestiones que supongan un conflicto de intereses.

Por lo que respecta a los altos cargos, las limitaciones son más rígidas, en cuanto que éstas afectan a dos líneas de actuación:

En primer lugar, en cuanto a las **participaciones patrimoniales**, en sociedades que contraten con el sector público, dado que el artículo 14 de su norma específica dispone lo siguiente:

“Artículo 14. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias.

1. Los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan

conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública.

A los efectos previstos en este artículo, se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación al caso en que la empresa en la que participen sea subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato con la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de ese contrato.

En el caso en que, de forma sobrevenida, se haya producido la causa descrita en el párrafo anterior, el alto cargo deberá notificarlo a la Oficina de Conflictos de Intereses, quien deberá informar sobre las medidas a adoptar para garantizar la objetividad en la actuación pública.

2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar al diez por ciento, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

3. Cuando la persona que sea nombrada para ocupar un alto cargo poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores, tendrá que enajenar o ceder a un tercero independiente, entendiéndose como tal a un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1, las participaciones y los derechos inherentes a las mismas durante el tiempo en que ejerza su cargo, en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, la enajenación o cesión tendría que producirse en el plazo de tres meses desde su adquisición.

Dicha enajenación o cesión, así como la identificación del tercero independiente, será declarada a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales y deberá contar con el informe favorable previo de la Oficina de Conflictos de Intereses.”

Este precepto amplía la limitación que el artículo 12.1 de la LI impone a los empleados públicos, ya que no afecta sólo a las empresas a las que se refería el mencionado precepto de la Ley 53/1984, sino que se extiende a las que sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública.

Además, la ley prevé que el porcentaje del diez por ciento no sea aplicable en sociedades de importancia, pues señala que en el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar a ese porcentaje, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

La segunda limitación afecta a la **disponibilidad de los bienes** (lo que se denomina “administración ciega”), que consiste en que todos los altos cargos tienen que contratar con una empresa autorizada a prestar servicios de inversión, la gestión y administración de sus valores y activos financieros cuando su cuantía supere la cantidad de 100.000 euros.

En relación con los miembros del Consejo de Gobierno del Banco de España, esta obligación se aplica a la titularidad de cualquier valor o activo financiero.

Finalmente, se señala, a modo de ejemplo, que hay otras restricciones específicas en relación con otros organismos, como por ejemplo:

- Los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, a los que se les impide tener intereses directos o indirectos en las empresas audiovisuales, discográficas, de cine, de video, de prensa, de publicidad, de informática, de telecomunicaciones, de servicios de la sociedad de la información o cualquier otro tipo de entidades relacionadas con el suministro, dotación de material o programas a la Corporación RTVE y sus filiales.
- El personal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuyo código les exige que se comuniquen a la Secretaría General, con carácter previo a su realización, toda acción que realicen respecto a acciones, valores, fondos de inversión, etc.

ⁱ <https://www.pwc.es/es/quienes-somos/codigo-de-conducta/asset/codigo-conducta-2017>. Pdf.
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-codigo-conducta-global-2015/\\$FILE/ey-codigo-conducta-global-2015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-codigo-conducta-global-2015/$FILE/ey-codigo-conducta-global-2015.pdf). <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2015/02/codigo-conducta.pdf>. https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/acerca-de-deloitte/Deloitte-ES-Codigo_Etico.pdf