



Módulo III

LOS CONFLICTOS DE INTERESES (2)

Tema 1. Actividades post-empleo

Madrid, mayo-junio 2018

Introducción.....	3
Incompatibilidad al cese3
Incompatibilidad de actividades.....	6
Incompatibilidad retributiva	13

Introducción

En el módulo anterior se han examinado las diferentes situaciones de riesgo que pueden surgir al empleado público, cuando está en activo, y que pueden crear conflictos de intereses.

En el presente, se analizará el régimen de incompatibilidad al cese en el puesto público y los “lobbies” (o grupos de presión).

Estos son dos temas aparentemente conocidos pero sobre los que hay, a veces, una visión superficial; por ello, este es un buen momento para considerar otras perspectivas e intereses que inciden en estas materias.

Una vez leídos los textos-base, se realizará una actividad práctica consistente en elaborar un documento de síntesis en los términos que se explican en el epígrafe correspondiente.

Incompatibilidades al cese: Cuestiones generales

Las técnicas de control de las incompatibilidades al cese, (“revolving door”, “pantoufflage”), persiguen garantizar la objetividad de las decisiones del cargo público, de forma que este no pueda incurrir en imparcialidad al adoptar decisiones en relación con empresas en las que tiene expectativas de prestar sus servicios cuando abandone su puesto.

Como se ha señalado en el módulo anterior, el fenómeno denominado de la “puerta giratoria”, tiene una doble vertiente:

- En relación con el profesional del sector privado que es seleccionado para un cargo público de responsabilidad y, en consecuencia, en este “movimiento” ha de evitarse que sus decisiones y actuaciones como cargo público puedan estar influenciadas por las empresas de las que proviene.
- En relación con el titular de un cargo público que, tras su cese o excedencia (o la situación que proceda) accede al sector privado; en este supuesto lo que hay que prevenir es que

acceda a empresas privadas con las que haya tenido relaciones en el ejercicio de sus competencias.

El traspaso de profesionales del sector público al privado se contempla con recelo por la opinión pública, especialmente cuando la persona afectada proviene de un puesto con especial relevancia (por ejemplo, un miembro del Gobierno o de un organismo regulador).

Ello es comprensible, dado que estos son los puestos más visibles y los que tienen un alto nivel de responsabilidad y, por ello, su repercusión social es mayor; pero ello no implica que no haya situaciones de riesgo, de conflictos de intereses, de posible pérdida de imparcialidad e independencia en el ámbito de los funcionarios que, ocupando puestos menos relevantes, sin embargo mantienen relaciones directas con el sector privado y pueden, sin ningún impedimento legal y sin solución de continuidad, pasar al sector privado.

Las situaciones de riesgo que se originan en relación con el traspaso al sector privado son las siguientes:

- ↪ Sospecha de que el cargo público en el desempeño de sus funciones públicas hubiera beneficiado a la empresa a la que va a ser destinado con el objeto de garantizarse una oferta laboral en la misma.
- ↪ Posibilidad de que haya un traspaso de información del sector público al sector privado.
- ↪ Utilización de los contactos e influencias de personas relevantes que siguen en el sector público.

Ante estas situaciones que pueden conllevar una desconfianza y recelo en relación con los profesionales del sector público hay dos opciones contrapuestas:

- ✓ Prohibir rotundamente que los profesionales del sector público puedan desempeñar sus actividades en el sector privado.

- ✓ Imponer limitaciones en relación con las actividades que pretendieran desempeñar y, en todo caso, establecer medidas de cautela, como la necesidad de autorización, la transparencia de estas actividades, etc.

En el supuesto de que el legislador considere que la mejor opción es prohibir que el cargo público pueda pasar al sector privado, hay una serie de consecuencias que tienen que ser tenidas en cuenta, y que son las siguientes:

- 1) Dificultad en la cobertura de puestos públicos por profesionales cualificados. En las Administraciones Públicas, especialmente en determinados organismos sectoriales, hay cargos cuya provisión puede requerir personal con trayectoria profesional idónea, en algún caso procedente del sector de que se trate. Si a este candidato se le impide el retorno al sector privado, la consecuencia es que rechazará este tipo de puestos, por lo que sólo podrán ser cubiertos por empleados públicos o por personas sin el bagaje profesional y los méritos adecuados, con el consecuente deterioro en el nivel de desempeño del cargo público.
- 2) Si al candidato se le veda la posibilidad de trabajar en el sector privado y el titular del cargo no fuera funcionario, por lo que no puede reingresar, esta incompatibilidad debe ser compensada económicamente, lo cual tiene unas claras repercusiones en el gasto público.

La otra opción, que es la que se impone en la mayoría de los países de nuestro entorno, es el establecimiento de medidas limitativas en las que se conjuga la restricción en el desempeño de actividades profesionales con las medidas de control y transparencia.

Nuestro ordenamiento ha optado por establecer, en relación con los altos cargos, la incompatibilidad de actividades, así como la incompatibilidad de retribuciones.

Incompatibilidad de actividades (al cese)

En primer lugar, hay que distinguir entre dos colectivos con un tratamiento legal diferente: el personal al servicio de las Administraciones Públicas, por un lado, y los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, por otro.

En relación con los **empleados públicos** hay que señalar que la Ley 53/1984, no impone ninguna limitación, ni material, ni siquiera formal; es más, ni siquiera existe la obligación de comunicar a la Administración la actividad que van a desempeñar cuando pasan al sector privado; por ello, aunque hayan estado en relación directa con una empresa privada, incluso tramitando subvenciones o contratos, etc., no les afecta ninguna limitación para, una vez obtenida la excedencia por interés particular, trabajar para dicha empresa.

Frente a este principio general, hay regímenes especiales, que son los siguientes:

- Personal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: el artículo 50 de su Reglamento de Régimen interior (aprobado por resolución de 10 de julio de 2013, de la Comisión) impone a su personal que, durante dos años no pueden realizar actividades privadas al servicio o para las personas o entidades afectadas (o sociedades del mismo grupo) con las que hubieran intervenido de forma decisiva en asuntos relacionadas con estas personas físicas o jurídicas.

A este personal se le prohíbe también, sin límite temporal, prestar declaración o testimonio, publicar, comunicar, exhibir datos o documentos reservados, entendiéndose por tales

aquellos datos e informes de la CNMV que no se hayan incorporado a los archivos públicos.

- Personal del Banco de España al que se le impone el deber de secreto, incluso después de haber cesado en sus cargos.

Respecto a los **miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado**, el régimen de incompatibilidad es más riguroso, y gira en torno a dos clases de limitaciones: de un lado, las generales, previstas en la LAACC, que se aplican a todos estos puestos y, de otro, las específicas, propias de organismos reguladores con legislación específica.

Por lo que respecta a las limitaciones generales de la Ley 3/2015, hay que considerar dos aspectos:

1.- Prohibiciones:

El período de tiempo que dura estas limitaciones es de dos años a partir del momento del cese.

Durante este periodo, el alto cargo tiene las siguientes limitaciones:

- » Incompatibilidad con actividades privadas. El alto cargo no podrá desempeñar sus servicios en “entidades” privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, extendiéndose esta prohibición no sólo a la empresa o sociedad concreta concernida por las decisiones del alto cargo, sino también a las “entidades” privadas que pertenezcan al mismo grupo societario.

Como principales novedades, respecto de la norma anterior, hay que señalar que hay una extensión clara de la incompatibilidad, ya que la anterior ley sólo incidía en las “empresas o sociedades directamente afectadas”, por lo que cabía la duda cuando el alto cargo pudiera querer desarrollar su actividad privada en fundaciones, asociaciones etc., y, en segundo lugar, y más importante, porque quedaba excluido de toda prohibición, dada la literalidad del precepto, el desempeño de cargos en sociedades que aun perteneciendo

al mismo grupo societario, no habían sido objeto de resolución por el alto cargo.

Dado que la expresión “entidades que hayan resultado afectadas por decisiones en las que haya participado el alto cargo” puede inducir a confusión, lo que supondría arbitrariedad en relación con un tema tan decisivo como este, la ley precisa qué es lo que se entiende por “afectadas por decisiones” especificando que esta relación se produce cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

- a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba 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.
- b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

Esta limitación se endurece para los miembros o titulares de un órgano u organismo regulador y de supervisión ya que en este caso la prohibición se extiende a todas las entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación. Hay que detenerse en la lectura de este precepto (artículo 15.2), ya que no se está refiriendo sólo a los cargos de los organismos reguladores (la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Consejo de Seguridad Nuclear), sino que se aplica, también, a otros cargos (aunque tengan solamente rango de Director General y su cese no conlleve retribución compensatoria al cese) en cualquier otro órgano con las competencias mencionadas.

Uno de los temas que pueden ser más polémicos es el del alto cargo que, procediendo del sector privado, tras cesar en el cargo, vuelve a la empresa de origen, especialmente,

cuando el objeto social de la misma puede tener concomitancias con las funciones públicas desempeñadas.

Efectivamente, tanto la norma anterior como la actual, al objeto de evitar que una aplicación literal les impidiera volver a su sociedad de origen, introducen una excepción y es que cuando quieran reincorporarse a sus empresas, no se les aplicará las reglas citadas anteriormente, siempre que la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.

» Incompatibilidad con actividades públicas. Distinguiéndose entre los siguientes supuestos:

- Reingreso del ex alto cargo al sector público o acceso a cualquier puesto en el mismo como directivo o empleado.

En este caso no hay un conflicto de intereses, salvo que pretendiera ejercer una actividad privada de forma simultánea, que entonces se le aplicaría la Ley 53/1984 y las limitaciones señaladas anteriormente.

- Contratación con el sector público

En estos supuestos, la ley sí considera que puede haber áreas de riesgo, en cuanto que el ex alto cargo podría beneficiarse de sus antiguos contactos en el sector público, obteniendo una posición privilegiada etc. Por ello, la norma prohíbe al ex alto cargo que celebre, por sí mismo o a través de “entidades”- nuevamente la actual norma acude a este término más amplio que el de “sociedades o empresas” utilizado por la Ley 5/2006 - participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, y siempre que

guarden relación directa con las funciones que el cargo ejercía.

2. Medidas de control y supervisión:

Para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones se establecen las siguientes medidas de control:

- Necesidad de autorización expresa de la Oficina de Conflictos de Intereses. La ley exige que, con carácter previo a su inicio, los altos cargos comuniquen a esta unidad su intención de iniciar una actividad privada; una vez recibida esta solicitud, la oficina se dirige al departamento en el que estaba destinado el alto cargo, para recabar información y acreditar que no confluyen circunstancias que impliquen incompatibilidad.
- Entrega a la Oficina de Conflictos de Intereses de las dos últimas declaraciones anuales presentadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con lo que esta unidad puede verificar que el cargo cesado no ejerza actividades sin la pertinente autorización de compatibilidad.
- La Oficina de Conflictos de Intereses solicita, al menos trimestralmente, a los órganos gestores de la Seguridad Social información acerca de la situación laboral de las personas que han sido cesadas como altos cargos.
- Publicidad de las autorizaciones, pues los ciudadanos tienen acceso a las mismas a través del Portal de Transparencia.

- Régimen sancionador. El incumplimiento de la normativa de incompatibilidad de los altos cargos conlleva sanciones, como no podía ser menos, que están reguladas en el artículo 26 de la ley; pero sin duda la más eficaz por su carácter disuasorio es la prohibición para contratar regulada en el artículo 60.1. h) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

El supuesto de hecho que quiere evitar este precepto es que el ex alto cargo contravenga la decisión de la Oficina de Conflictos de Intereses; por ello, si aún después de habersele sancionado al alto cargo, mediando publicación en el BOE de dicho incumplimiento, continuara desempeñando la actividad privada prohibida, entonces la empresa para la que trabaja no podría contratar con el sector público durante todo el periodo en el que le sea aplicable la limitación de los dos años.

Además de estos principios generales, hay limitaciones concretas en relación con organismos específicos, ya que las personas que han ocupado puestos con la consideración de alto cargo en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Consejo de Seguridad Nuclear o el Banco de España, además de estar sujetos a las incompatibilidades previstas en la LAACC se les impide tener cualquier actividad privada relacionada con el sector específico de que se trate, hayan tenido o no relación directa con las entidades en cuestión.

Hay que resaltar también las referencias que se encuentran en normas autonómicas, dado que cada Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva para regular el régimen de incompatibilidad de sus altos cargos (no así el de los empleados públicos cuya normativa básica es la LI).

A título de ejemplo, se puede citar el artículo 18 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los

conflictos de intereses de los Cargos Públicos del País Vasco que, recogiendo algunas limitaciones de la LAACC, sin embargo, llega a un resultado final más permisivo, en cuanto que excluye del concepto de relación directa a aquellos supuestos en los que las resoluciones referidas hayan sido dictadas o adoptadas por la mera pertenencia de la empresa, sociedad o entidad destinataria de las mismas a un colectivo que se identifique por el cumplimiento de requisitos o condiciones objetivas establecidas con carácter general, y sin formar parte de un procedimiento administrativo de carácter competitivo entre distintos sujetos concurrentes.

En ese sentido, parece que la norma autonómica considera que cuando no ha habido ningún beneficio para ninguna empresa concreta y que todas las del mismo sector han recibido el mismo tratamiento, no se puede hablar de parcialidad o interés personal, por lo que no hay un conflicto de intereses y, en consecuencia, no procedería establecer limitaciones para el desempeño de actividades privadas en estas empresas.

Tampoco considera que existe relación directa cuando la resolución que se dicta en un procedimiento de concurrencia competitiva lo haya sido en sentido propuesto por un órgano técnico colegiado, cuando entre las facultades de este se incluyan las de propuesta de resolución y siempre que la composición del órgano colegiado no haya sido decidida por el cargo público que acuerde la resolución.

Por su parte, la norma extremeña (la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura) tiene alguna novedad interesante, como la de prever, en su artículo 23, que los Presidentes de la Comunidad Autónoma de Extremadura pongan a disposición de la Universidad de Extremadura sus conocimientos y experiencias, efectuando aportaciones que redunden en beneficio de dicha Comunidad.

Incompatibilidad retributiva (al cese)

Al igual que en el sector privado, la extinción de la relación laboral de determinados cargos de relevancia conlleva una indemnización como compensación al cese en sus funciones, asimismo, en el ordenamiento español hay también una previsión de que determinados altos cargos (solamente aquellos que desempeñan los de mayor responsabilidad en la organización administrativa) generan derecho a una prestación retributiva.

El primer antecedente de estas compensaciones surge con la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981 y, luego, posteriormente, se han ido añadiendo, con carácter muy restrictivo, los cargos que tienen la posibilidad de recibir esas retribuciones, cuyo periodo máximo de percepción es de dos años.

Es importante señalar que esta asignación no va ligada a la incompatibilidad del alto cargo, por lo que la renunciabilidad a las mismas no conlleva la extinción de las limitaciones para el ejercicio de actividades privadas.

Hasta hace cinco años, estas compensaciones al cese eran, en su mayoría, compatibles con el desempeño remunerado de cualquier actividad pública o privada, con lo que se daba la circunstancia de que había personas percibiendo dos retribuciones públicas con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas o percibiendo esta “cesantía” y simultaneándola con una retribución privada.

Por ello, ante esta situación, el artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, estableció con carácter general y aplicable a todas las Administraciones Públicas, dado su carácter básico, la siguiente incompatibilidad, que aparece recogida expresamente en el artículo 7 de la LACC:

“Régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares.

1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

.....

2. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese serán, asimismo incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos, o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

3. Quienes cesen en los puestos que tengan prevista las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2 tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad para comunicar ante la Oficina de Conflictos de Intereses del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o la retribución de la actividad pública o privada que estén desempeñando o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro. La opción por la retribución pública o privada o por la pensión de jubilación o retiro, que se formalizará por escrito para su adecuada constancia, implica la renuncia a la pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese”.

La importancia de esta medida es obvia, no sólo desde el punto de vista de la reducción del gasto público, sino también porque se acaba con un privilegio, que era socialmente cuestionado.

En conclusión, el régimen de incompatibilidad “ex post” en nuestro sistema legal establece un régimen limitativo similar al de los países de nuestro entorno, en cuanto que impone restricciones respecto a las actividades privadas que pueden desempeñar los altos cargos y, al mismo tiempo, establece medidas de control, transparencia y sancionadoras para garantizar su eficacia.