



Recomanacions 1/2020 en matèria d'abstenció i gestió dels conflictes d'interès

Extracte del document emès per l'Oficina Antifrau de Catalunya el dia 10.03.2020



El dia 10.03.2020 l'Oficina Antifrau de Catalunya, en exercici de les seves competències, va emetre unes recomanacions amb l'objectiu de proposar millores en els procediments i pràctiques administratives per tal de garantir la transparència i reduir les oportunitats de frau.

Aquestes recomanacions, que es refereixen a diverses qüestions relacionades amb la gestió dels conflictes d'interès, van ser comunicades a l'ens consultant.

A continuació, en compliment dels articles 5.1 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i 5.1 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, es fa públic un extracte anonimitzat de les consideracions més destacades d'entre les elevades per la Direcció d'aquesta oficina a les entitats afectades.

«Tercera. El deure d'abstenció dels càrrecs electes

Pel que fa a la primera qüestió, l'article 76 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (en endavant LRBRL) estableix el següent:

“Sense perjudici de les causes d'incompatibilitat establertes per la Llei, els membres de les corporacions locals s'han d'abstenir de participar en la deliberació, votació, decisió i execució de qualsevol tema quan es doni alguna de les causes a què es refereix la legislació de procediment administratiu i contractes de les administracions públiques. L'actuació dels membres en què es donin aquests motius implica, quan hagi estat determinant, la invalidesa dels actes en què hagin intervingut.”

Per la seva banda, l'article 23.2 e) de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant LRJSP), defineix, entre d'altres, com a motiu d'abstenció:

“Tenir relació de servei amb una persona natural o jurídica interessada directament en l’afer, o haver-li prestat en els dos últims anys serveis professionals de qualsevol tipus i en qualsevol circumstància o lloc.”

En aquest mateix sentit es pronuncia l’article 21 del Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre, mitjançant el qual s’aprova el Reglament d’organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals (en endavant ROF). Igualment, l’article 96 del ROF hi afegeix:

“En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 7/1985, algún miembro de la Corporación deba abstenerse de participar en la deliberación y votación, deberá abandonar el Salón mientras se discuta y vote el asunto, salvo cuando se trate de debatir su actuación como corporativo, en que tendrá derecho a permanecer y defenderse.”

Com no podria ser d’una altra manera, la jurisprudència també considera que la relació laboral d’una de les persones que formen part d’un òrgan col·legiat amb l’entitat destinatària de l’acte administratiu constitueix una causa d’abstenció. A tall d’exemple, es pot citar la Sentència 576/2000, de 23 d’octubre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Rioja; aquesta resolució, en un supòsit molt similar a l’analitzat, determina:

“En cambio sí es evidente que la causa de abstención indicada concurre en el Concejal, don Pedro A. C., pues en el momento de emitir su voto favorable a la adopción del acuerdo recurrido era empleado de Cajarioja, Entidad directamente afectada, pues con ella se contrata la refinanciación de los créditos vigentes. En consecuencia, no debió intervenir en la deliberación y posterior votación en que se aprobó el acuerdo de contratación.”

En aquest sentit, en una resolució més recent de la jurisdicció penal (Sentència 267/2018, de 23 d’abril) la Secció Sisena de l’Audiència Provincial de Barcelona considera indubtable que un alcalde s’ha d’abstenir en l’acord de govern mitjançant el qual s’atorga una llicència d’obres a l’empresa per a la qual treballa.

També reforça aquesta idea la Sentència de 21 d’octubre de 2014 de la Secció Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem. En aquesta resolució l’Alt Tribunal declara que una directora general tenia el deure d’abstenir-se en un assumpte en el qual estava interessada una empresa per a la qual havia prestat serveis professionals.

Per tot això, hem de concloure que en el cas plantejat existeix un deure legal d’abstenció, en la mesura que la persona que ocupa l’alcaldia manté una relació de servei amb la persona jurídica interessada en l’obtenció de les concessions. La signatura dels documents que formalitzen les concessions és un acte d’execució i, per tant, d’acord amb l’article 76 de la LRBRL, també està vinculat pel que fa al deure d’abstenció.

En base a aquesta mateixa circumstància, la persona que ocupa la presidència de la Corporació igualment s’hauria d’haver abtingut de participar en els punts de l’ordre del dia de les sessions dels plens en les quals es va decidir atorgar dues concessions demanials a aquesta empresa. Cal tenir present que, d’acord amb la normativa citada anteriorment, el deure d’abstenció comprèn l’obligació de no participar ni en la deliberació, ni en la votació, ni en la decisió, ni en l’execució de la matèria en relació amb la qual existeix el motiu d’abstenció.

Així mateix, la persona que ocupa l’alcaldia hauria d’haver abandonat la sala de plens durant el debat i la votació d’aquestes qüestions.



D'acord amb l'article 23.3 de la LRBRL els substituïts naturals de l'alcalde són els tinentes d'alcalde seguin l'ordre de nomenament. Per tant, en el cas analitzat, la persona que ocupa la primera tinència d'alcaldia hauria de substituir la que ocupa l'alcaldia. En cas d'absència o abstenció de la persona que ocupa la primera tinència d'alcaldia, la substitució correspondria a la persona que ocupa la segona tinència d'alcaldia, i així successivament. De manera més concreta, l'article 46 del ROF estableix expressament que quan la persona que ocupa la presidència s'hagi d'abstenir d'intervenir en la celebració d'una sessió, la substituirà automàticament la persona que ocupi la primera tinència d'alcaldia.

En relació amb aquesta qüestió, cal advertir que totes les persones que tinguin un contracte laboral amb l'empresa interessada i ostentin un càrrec al Consistori estan vinculades pel mateix deure d'abstenció. I per consegüent, s'haurien d'haver abtingut de participar en aquest punt de l'ordre del dia de la sessió i, en endavant, s'hauran d'abstenir d'intervenir en qualsevol acte en relació amb el qual aquesta empresa ostenti drets o interessos legítims.

Quarta. Conseqüències de l'incompliment del deure d'abstenció

En referència a les conseqüències derivades de l'incompliment del deure d'abstenció, l'article 23.4 de la LRJSP determina:

“L'actuació d'autoritats i personal al servei de les administracions públiques en els quals concorrin motius d'abstenció no implica, necessàriament i en tot cas, la invalidesa dels actes en què hagin intervingut.”

Tal i com hem vist, en la mateixa línia es pronuncia l'article 76 de la LRBRL, que estableix que només comportarà la invalidesa dels actes el fet que la intervenció dels membres que tenen motius per a l'abstenció hagi estat determinant.

En base a aquestes previsions, la jurisprudència considera, de manera pacífica, que la violació del deure d'abstenció no condueix inevitablement a la nul·litat o anul·labilitat de l'acte administratiu. Preval el principi de conservació dels actes, excepte que la intervenció de la persona que tenia el deure d'abstenir-se hagi tingut una transcendència rellevant.

En el cas dels òrgans col·legiats, la jurisprudència acostuma a valorar la transcendència de la intervenció en funció de la incidència dels vots de les persones afectades pel deure d'abstenció en el resultat final de la votació. Quan la causa d'abstenció només es dona en alguns dels membres de l'òrgan col·legiat i és possible que prescindint dels seus vots s'obtingui el quòrum necessari per a adoptar la decisió, els tribunals s'inclinen majoritàriament per conservar l'acte. D'acord amb aquest criteri, el pes o la influència que hagi tingut el vot o la intervenció de les persones vinculades pel deure d'abstenció en la formació de la voluntat conjunta són determinants. Per això, normalment, en els supòsits en què els acords han estat adoptats per unanimitat o àmplia majoria, s'aplica el principi de conservació dels actes. A tall d'exemple podem citar les següents Sentències del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa): la Sentència de 6 de desembre de 1985; la Sentència de 4 de maig de 1990; i la Sentència de 18 de maig de 1994, entre d'altres.

Ara bé, el pes del vot sobre el quòrum necessari no és sempre l'únic criteri que cal considerar. Recentment, el Tribunal Suprem ha matisat la jurisprudència imperant i ha admès l'anul·lació d'actes administratius adoptats per acord d'un òrgan col·legiat quan el vot favorable de la persona que s'hauria d'haver abtingut no era necessari per aprovar l'acord.

En aquest sentit, són molt il·lustratius els dos últims paràgrafs del fonament jurídic vuitè de la Sentència 2105/2016, de 28 de setembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, que reproduïm a continuació:



“En este sentido, la sentencia no se ha limitado a la necesidad de abstención en las sesiones plenarias publicas celebradas en los años 2.008 y 2.010, sino en la influencia decisiva en la formación de la voluntad del órgano colegiado, convocando, presidiendo y dirigiendo el Pleno, en la discusión y deliberación de los asuntos sobre los que tenían un evidente interés personal y que le afectaban personalmente.”

“Esta Sala, a la vista de los datos y hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, comparte plenamente sus conclusiones, dado que, a la vista de las muy intensas relaciones del Alcalde con los intereses que se ventilaban mediante los actos y disposiciones aprobados por el pleno municipal, no debió exclusivamente abstenerse de participar en la votación, sino que, en ningún momento, debió intervenir y menos dirigir y presidir el pleno municipal. A mayor abundamiento, como ha quedado dicho, su intervención no se limita al pleno, sino que tratándose de un procedimiento de elaboración y tramitación complejo, resulta igualmente contraria a derecho su participación en los trámites previos.”

Diversos tribunals superiors de justícia també han utilitzat aquest criteri. Entre d'altres, podem citar la Sentència 306/2019, de 10 d'abril, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid.

En conclusió, els efectes de la intervenció de la persona que tenia un deure d'abstenció en les votacions del plenari que van atorgar les concessions demaniales, aniran en funció de la rellevància del seu vot. Però també caldrà valorar quina ha estat la seva influència en el debat i analitzar si ha estat determinant. En especial, si tenim en compte que, en el cas que ens ocupa, la persona que tenia el deure d'abstenció és la que ocupa l'alcaldia municipal.

Cinquena. Eventual existència de situacions de conflicte d'interès

La segona qüestió plantejada per l'escrit és si constitueix una situació de conflicte d'interès el fet que una persona que treballa com a administrativa al servei de l'Ajuntament mantingui un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable amb el regidor que exerceix com a cap de l'oposició.

Per tal de respondre a aquesta pregunta, en primer lloc cal definir el concepte “conflicte d'interès”.

A data d'avui, al nostre ordenament podem trobar una definició d'aquest terme a l'article 64.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, el qual estableix que:

“A aquests efectes el concepte de conflicte d'interessos abastarà, com a mínim, qualsevol situació en la qual el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir-ne en el resultat, tingui directament o indirecta un interès financer, econòmic o personal que pogués semblar que en compromet la imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació”.

En termes més generals, l'Oficina Antifrau utilitza la definició següent:

“Un conflicte d'interès és tota situació de risc en què l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra que legítimament confien aquell judici.”

En aquesta tasca de definició també caldria tenir present la que, eventualment, pugui contenir el codi ètic del propi Ajuntament.



En conseqüència, si bé d'acord amb els articles 178 de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, i 145 del Reial decret-legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, el supòsit plantejat no constituïria una situació d'incompatibilitat, en opinió de l'Oficina sí que presenta un risc per a la potencial aparició de diferents situacions de conflicte d'interès.

Així doncs, des de l'Oficina recomanem actuar de manera preventiva i tenir sempre molt present aquesta circumstància, que, sens dubte, pot semblar que compromet la imparcialitat i independència en el discerniment professional de les dues persones implicades.

Per això, cada vegada que pugui semblar que una actuació de l'empleada municipal o del càrrec electe es pugui veure afectada de manera directa o indirecta pel vincle matrimonial o la situació de fet assimilable que mantenen, s'hauran d'emprar els mecanismes per a gestionar aquest conflicte d'interès.

En el mateix enunciat de la consulta s'apunta un exemple d'aquestes situacions, quan, en relació amb el lloc de treball que ocupa l'auxiliar administrativa, la persona consultant informa que: "enguany es té pensat treure l'oferta pública i convocar la plaça." En efecte, quan el Ple exerceixi les competències relacionades a l'article 22.2 i) de la LRBRL en relació amb aquest assumpte, el regidor s'haurà d'abstenir de participar-hi.

Convé subratllar que la majoria de definicions del concepte "conflicte d'interès" parlen d'una "potencial afectació" i, per tant, per trobar-nos davant d'aquesta situació no cal que el discerniment s'hagi vist afectat efectivament, sinó que n'hi ha prou a constatar l'existència d'una circumstància que pugui semblar que compromet la imparcialitat o independència. De manera que cal fer una interpretació extensiva en aquest sentit, i activar els mecanismes de gestió dels conflictes d'interès sempre que aquests apareguin.

Com s'ha apuntat anteriorment, en el cas que ens ocupa, el principal mecanisme per a gestionar el conflicte d'interès potencial detectat és l'abstenció. És per això que, des de l'Oficina considerem que cada vegada que una de les dues persones hagi d'emetre un judici sobre qualsevol qüestió que es pugui veure condicionat directament o indirectament pel vincle matrimonial o la situació de fet assimilable se'n ha d'abstenir.

De fet, la pròpia normativa contempla l'existència d'un vincle matrimonial o situació anàloga com un dels motius d'abstenció. L'apartat b) de l'article 23 de la LRJSP citat anteriorment adverteix que és una causa d'abstenció:

"Tenir un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable, i el parentiu de consanguinitat dins del quart grau o d'afinitat dins del segon, amb qualsevol dels interessats, amb els administradors d'entitats o les societats interessades i també amb els assessors, representants legals o mandatari que intervinguin en el procediment, així com compartir despatx professional o estar associat amb aquests per a l'assessorament, la representació o el mandat."

Cal destacar també que, tal i com s'ha posat de manifest en la consideració tercera d'aquest escrit, en el cas del càrrec electe la llei deixa clar que el deure d'abstenció comprèn l'obligació de no participar ni en la deliberació, ni en la votació, ni en la decisió, ni en l'execució de la matèria en relació amb la qual existeix el motiu d'abstenció, i també el deure d'abandonar la sala durant el debat i la votació.



Pel que fa a la treballadora municipal, hem d'atendre de nou a l'article 23 de la LRJSP, el qual estableix que quan concorri alguna de les circumstàncies enumerades, les persones afectades s'han d'abstenir (literalment) de: "intervenir en el procediment."

Així doncs, l'expressió utilitzada deixa clar que l'abstenció es predica en relació amb totes les persones amb causa d'abstenció, amb independència del lloc de feina o la posició que ocupin a l'organització. Igualment obliga que s'abstinguin d'intervenir en qualsevol fase del procediment. Per tant, no es limita al moment de la resolució, sinó que també impedeix intervenir en altres tràmits o tasques materials (hagin de constar a l'expedient o no), com poden ser: preparar la resolució, proposar-la, instruir el procediment, emetre un informe o preparar les notificacions.

Sisena. Deures de confidencialitat i reserva

Com apunta l'escrit de consulta, al marge de la tasca d'identificació i gestió de les situacions de conflicte d'interès a través de l'abstenció, és important que les persones que mantenen aquesta relació tinguin presents els respectius deures de confidencialitat que les vinculen.

Per això, des de l'Oficina recomanem a l'Ajuntament que recordi a les persones afectades que, d'acord amb l'article 52 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, mitjançant el qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant TREBEP), les persones al servei de l'administració hauran de subjectar la seva actuació, entre d'altres, al principi de confidencialitat.

L'article 53.12 del TREBEP menciona el següent deure de les persones al servei de l'administració:

"Han de guardar secret de les matèries classificades o altres la difusió de les quals estigui prohibida legalment, mantenir la deguda discreció sobre els assumptes que coneguin per raó del seu càrrec, i no poden fer ús de la informació obtinguda per a benefici propi o de tercers, o en perjudici de l'interès públic."

Convé destacar que el ja citat article 52 del TREBEP adverteix que els principis i normes regulats als articles 53 i 54 del TREBEP informen sobre la interpretació i l'aplicació del règim disciplinari de les persones al servei de l'administració.

Quant al regidor, d'acord amb la condició de càrrec electe, el deure de confidencialitat deriva de l'article 164.6 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (en endavant LMRLC), el qual estableix que:

"Els membres de la corporació han de respectar la confidencialitat de la informació a què tenen accés per raó del càrrec si el fet de publicar-ho pot perjudicar els interessos de l'ens local o de tercers."

En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 16.3 del ROF, quan fa el següent advertiment:

"Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio."

En definitiva, és aconsellable assegurar que totes les persones al servei de l'administració coneguin i respectin el deure de reserva que les vincula, de manera que s'abstinguin de revelar



informació que han obtingut en exercici del seu càrrec per tal d'obtenir un benefici propi o per a la persona amb la qual mantenen una relació matrimonial o una situació de fet assimilable.

Setena. Breu apunt sobre la relació laboral

Abans d'acabar aquest document no podem deixar de fer un breu apunt sobre una de les qüestions en matèria de personal a les quals fa referència, de manera tangencial, l'escrit del dia 17.01.2020.

De manera resumida, l'escrit manifesta el següent: a setembre de 2015 es va contractar laboralment una auxiliar administrativa mitjançant un contracte d'obra o servei determinat. Atès que les funcions que realitza són continuades en el temps i no obeeixen a cap projecte o obra determinat, per resoldre aquesta problemàtica, s'està valorant publicar l'oferta pública i convocar la plaça.

En primer lloc hem d'advertir dels riscos per a la integritat que implica un mal ús del contracte d'obra o servei determinat. L'article 15 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors, preveu l'ús d'aquest contracte:

“Quan es contracti el treballador per fer una obra o servei determinats, amb autonomia i substantivitat pròpia dins de l'activitat de l'empresa i l'execució dels quals, encara que limitada en el temps, sigui en principi de durada incerta.”

Per tant, per poder recórrer a aquesta figura és necessària la concurrència de dos requisits: que l'activitat sigui una obra o servei determinat; i que aquesta tingui autonomia i substantivitat pròpia dins l'activitat de l'empresa. En aquest sentit, sembla difícil justificar la naturalesa d'un servei amb substantivitat pròpia d'una activitat tan habitual per a l'administració com és la d'auxiliar administratiu, que s'emmarca clarament en l'activitat pròpia de l'administració local i és de duració permanent.

La jurisprudència ha advertit en diverses ocasions que aquests dos requisits són fonamentals per poder utilitzar aquesta mena de contractes, els quals s'han de poder identificar de manera clara i no poden encobrir activitats habituals i ordinàries. Igualment ha advertit que aquest principi és manté i s'aplica de la mateixa manera a l'administració pública, que, a aquests afectes, ha de rebre un tracte similar a l'empresari. A tall d'exemple podem citar les següents sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem: la Sentència de 2 de juny de 2000 (recurs de cassació per a la unificació de doctrina núm. 2645/1999); la Sentència de 21 de març de 2002 (recurs de cassació per a la unificació de doctrina núm. 1701/2001); i la Sentència de 19 de desembre de 2014 (recurs de cassació per a la unificació de doctrina núm. 1940/2013).

En segon lloc, recomanem tenir una especial cura a l'hora d'aprovar l'oferta pública i convocar la plaça, així com tenir presents els diversos pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre aquesta matèria. Aquest Tribunal de manera reiterada i ininterrompuda ha advertit que l'accés a la funció pública professional està totalment condicionat, entre d'altres, pel respecte a la igualtat d'oportunitats. Entre els pronunciaments més destacats en aquest sentit podem citar: la Sentència 42/1981, de 22 de desembre; la Sentència 302/1993, de 21 d'octubre; o la Sentència 86/2016, de 28 d'abril.»



Ribes 3
08013 Barcelona
T +34 935 545 555
bustiaoac@antifrau.cat
www.antifrau.cat

