

## Consulta no vinculant 2/2018

---

### **Antecedents i termes en els quals es formula la consulta**

En data 3 de juliol de 2018 l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant OAC o Oficina Antifrau) rep un correu electrònic mitjançant el qual el secretari municipal de [REDACTED] formula una consulta.

A la consulta es planteja la qüestió relativa a la seva possible participació en la futura alienació que el municipi per al qual presta serveis farà en relació amb uns béns immobles.

De la succinta informació que es facilita aquesta Oficina entén que la persona consultant únicament coneix la voluntat de l'Ajuntament d'alienar els béns immobles. S'infereix, així mateix, que aquest procediment es troba en una fase molt inicial ja que el consultant manifesta que *ad futurum* i per a aquest procediment concret s'abstindria de "*firmar cap decret, assistir a cap mesa de contractació, redactar els plecs ni res similar*".

Així mateix, el consultant assenyala l'abstenció com a mecanisme de salvaguarda.

### **Legitimats a consultar**

Les consultes no vinculants adreçades a aquesta Oficina Antifrau troben encaix normatiu en l'article 33 de les Normes d'Actuació i Règim Interior de l'Oficina Antifrau de Catalunya aprovades per la Comissió d'Afers Institucionals del Parlament de Catalunya el 25 de novembre de 2009 (NARI, en endavant). El precepte legitima els ens integrants del sector públic –definit en els termes de l'article 2 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (LOAC)–, a formular per escrit consultes no vinculants a l'Oficina respecte de les matèries que especifiquen els articles 1.2, 4, 5 i 6 de la LOAC.

És l'article 13 de la LOAC el que determina el deure de l'Oficina Antifrau de relacionar-se amb el Govern de la Generalitat per mitjà del seu president o presidenta, o del conseller o consellera que es determini, i amb els ens locals per mitjà de l'òrgan unipersonal que els representi, en el cas dels Ajuntaments, doncs, els seus alcaldes.

Adicionalment, a les directrius de treball de l'Oficina Antifrau emeses pel director de l'OAC en data 14 de desembre de 2016 i trameses al Parlament de Catalunya, es va manifestar la voluntat de potenciar la tasca d'assessorament i de fomentar i generalitzar les consultes no vinculants, entre d'altres mesures, per la qual cosa s'hi preveia l'acció consistent a "flexibilitzar l'admissió de les consultes no vinculants, amb una interpretació *pro actione* que les faci accessibles a col·lectius significants, com ara secretaris i interventors i estudiar a més llarg termini, la modificació de la llei en aquest punt".

Aquest compromís porta a admetre les consultes formulades per subjectes diferents a l'òrgan unipersonal que representa l'ens local, com ara el secretari de la corporació municipal.

### **Competència per a respondre**

D'acord amb l'article 13.2 g) de les NARI, correspon a la Direcció de Prevenció de l'Oficina Antifrau la funció consistent a "*preparar les respostes a les consultes no vinculants [...]*".

1

Per la seva banda, l'article 33.3 de les NARI prescriu el deure de respondre les consultes no vinculants en el termini d'un mes a comptar de l'entrada de la sol·licitud en el registre general de l'Oficina.

En darrer terme, és l'article 6 de les NARI el que, entre les funcions atribuïdes al director o directora de l'Oficina Antifrau, esmenta, en les lletres c) i d), la funció d'emetre informes, dictàmens, propostes, recomanacions i exposicions raonades, així com de dictar resolucions i acords, emetre comunicacions i sol·licituds i fer requeriments i recordatoris, d'acord amb la naturalesa i l'abast de l'acte.

### **El concepte de conflicte d'interès**

L'Oficina Antifrau identifica el conflicte d'interès com aquella situació de risc en la qual l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra, que, legítimament confia en aquell judici. La característica pròpia de les situacions de conflicte d'interès es concreta en el risc que comporta el fet que el professional –un servidor públic, en aquest cas concret– vegi afeblida la seva capacitat de judici amb motiu de la concurrència d'un interès propi.

El risc d'influència sobre la decisió del treballador públic ha estat prevista pel legislador en el sentit que aquest ha regulat al respecte concretes obligacions

preventives dels servidors públics –deures de declaració d'interessos particulars, deures de sol·licitar autoritzacions de compatibilitat, deures d'abstenció de participar en decisions, entre d'altres–.

Efectivament, els conflictes d'interès poden implicar un risc de corrupció: quan el risc esdevé realitat apareix la corrupció. En aquest sentit, un cop qualificada la situació com situació de risc, s'ha de procedir a la seva gestió amb un doble objectiu: el primer, per a garantir la confiança ciutadana dipositada en les institucions i, el segon, per a assegurar la imparcialitat dels servidors públics.

És necessària aquesta imparcialitat per a actuar amb objectivitat en la consecució de l'interès general tot això amb la finalitat última que l'interès particular pugui arribar a esbiaixar el discerniment professional de manera efectiva, escalant d'una situació de risc a una situació de corrupció efectiva. La gestió dels conflictes d'interès respon doncs a una part de les polítiques públiques de prevenció i lluita contra la corrupció.

### **Consideracions particulars**

1

En el supòsit concret que motiva aquesta consulta ens trobem davant d'una situació de conflicte d'interès real que concorre en la persona consultant, en la qual conflueix, alhora, la condició de secretari municipal i la condició de possible licitador en la subhasta pública que properament durà a terme l'Ajuntament per al qual presta serveis, ja que la persona consultant manifesta estar interessada en l'adquisició de l'immoble/s objecte de l'alienació.

Un conflicte d'interès és real quan la persona té un interès particular en relació amb un cert judici o discerniment professional i es troba ja efectivament en una situació en la qual té l'obligació d'oferir aquest judici. Els conflictes d'interès reals són riscos actuals i la seva gestió és vital per a la validesa de les decisions preses.

És a dir, considerem que la persona consultant ja ha de prendre decisions en el procediment administratiu que correspongui i que aquestes decisions podrien veure's influenciades pel seu interès particular.

D'acord amb la informació facilitada per la persona consultant, ocupa un lloc de funcionari de l'Ajuntament. Per les funcions i competències del lloc que ocupa la persona sol·licitant, raonablement coneixerà i intervindrà en els procediments d'alienació dels béns immobles.

Hem de considerar acreditada l'existència d'un interès particular en aquesta persona, atès el seu vincle amb el consistori i donat l'interès que manifesta per

l'adquisició dels béns immobles. No podem saber, en aquests moments si la influència de l'interès particular en el seu discerniment professional s'arribarà a produir, però la imparcialitat del seu raonament pot quedar afectada.

En el cas concret cal analitzar si l'interès particular – que es materialitzarà en el moment d'exercir el seu dret a la concurrència pública en la licitació dels immobles propietat de l'Ajuntament– del servidor públic pot influir el deure d'informar i assessorar en el decurs del procediment en el qual manifesta el seu interès particular.

Segons s'infereix dels termes de la consulta formulada, el consultant ha tingut coneixement de la intenció de l'Ajuntament d'alienar una pluralitat de béns immobles ubicats en el nucli urbà del municipi. Sembla que la persona consultant en té coneixement per la naturalesa del lloc que ocupa i les funcions que desenvolupa dins de la organització. Aquesta Oficina, entén que més enllà de la mera tinença d'aquesta informació, el consultant no té més informació perquè no ha intervingut en cap altre tràmit, com ara l'anunci als diaris oficials, ni s'ha emès cap altre informe preceptiu, com ara l'informe d'aprovació del procediment d'alienació ni, per tant, cap altre acte successiu.

Val a dir que, amb aquestes premisses es formulen les consideracions de l'OAC.

Estableix l'article 42 del Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals que l'alienació de béns patrimonials s'ha de fer per subhasta pública, d'acord amb la normativa reguladora de la contractació dels ens locals, llevat que es tracti d'una permuta.

El Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 de abril, pel qual s'aprova el Text Refós de les disposicions legals vigents en matèria de Règim Local, a l'article 80 determina la subhasta pública com el sistema ordinari d'alienació de béns patrimonials.

Al marge de la regulació legal i del procediment que s'hagi de seguir per a dur a terme una alienació d'un bé immoble, és clar que les funcions dels secretari en aquest procediment són rellevants i necessàries en tant que és el fedatari públic de l'Ajuntament.

La participació del secretari com a funcionari de l'Ajuntament amb funcions especialment rellevants juntament amb l'interès particular en l'adquisició dels béns immobles són incompatibles entre sí.

### **El deure d'abstenció**

El conflicte d'interès existent en el supòsit plantejat s'ha de qualificar com conflicte d'interès real. A judici d'aquesta Oficina l'interès no és eliminable mentre conflueixi la voluntat del consultant de participar com a licitador en l'alienació dels béns immobles amb l'exercici de les funcions que té encomanades.

Partim, llavors, d'una situació de conflicte d'interès real. Davant situacions de conflictes d'interès real l'única eina que ens ajuda a gestionar-los és la figura de l'abstenció. Recordem que conflueix un interès personal amb un deure professional de neutralitat, objectivitat i imparcialitat.

L'abstenció es configura com l'última barrera en els casos en els quals el conflicte ja és present i, per aquest motiu, tan sols serà possible preservar la imparcialitat, la neutralitat i l'objectivitat del servidor públic apartant-se aquest del procés decisor. En aquest sentit, l'abstenció es configura a més com un deure que correspon exercir al servidor públic en el qual concorre el conflicte d'interès real. El moment en el qual s'activa aquest deure és a l'inici del procés decisor concret, tal i com el secretari manifesta a la seva consulta.

És oportú examinar en aquest moment si l'ordenament jurídic obliga els funcionaris d'una corporació local a apartar-se del coneixement d'un assumpte en la tramitació/decisió del qual hagin d'intervenir quan concorri un interès personal, com ara és el cas, i, en cas afirmatiu, en quines condicions ho fan.

Són motius d'abstenció segons l'article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic:

*a) Tenir interès personal en l'afar de què es tracti o en un altre la resolució del qual pugui influir la d'aquell; ser administrador de societat o entitat interessada, o tenir qüestió litigiosa pendent amb algun interessat.*

*b) Tenir un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable, i el parentesc 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.*

*c) Tenir amistat íntima o enemistat manifesta amb alguna de les persones esmentades a l'apartat anterior.*

*d) Haver intervingut com a pèrit o com a testimoni en el procediment de què es tracti.*

e) *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.*

3. *Els òrgans jeràrquicament superiors a qui es trobi en alguna de les circumstàncies assenyalades al punt anterior li poden ordenar que s'abstingui de tota intervenció en l'expedient*

Convé apuntar aquí que la manca d'abstenció podria comportar, a banda d'altres conseqüències, la invalidesa dels actes i de les actuacions administratives dutes a terme. D'acord amb l'article 23.4 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic de les Administracions públiques, l'actuació de les autoritats i del personal al servei de les administracions públiques en supòsits en els quals concorre una causa d'abstenció, sense que s'hagin abtingut, no ha d'implicar necessàriament la invalidesa dels actes en què hagin intervingut. No obstant això, aquesta Oficina Antifrau considera que la no abstenció del secretari municipal en aquest cas concret atemptaria contra el principi constitucional d'imparcialitat.

1

Adicionalment, i amb independència del que s'estableixi al codi de conducta de l'Ajuntament de [REDACTED] que, en tot cas, és aplicable únicament a aquells subjectes inclosos en l'àmbit d'aplicació del codi (Art. 3 del codi de conducta dels alts càrrecs de l'Ajuntament [REDACTED]), el Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), conté una sèrie de principis que sí resulten d'aplicació al subjecte que ens formula la consulta. Concretament, l'article 53.5 estableix l'obligació d'abstenció dels empleats públics en els assumptes en què tinguin un interès personal, així com de tota activitat privada o interès que pugui representar un risc de plantejar conflictes d'interès amb el seu lloc públic. Recordem així mateix, que l'article 52 de l'EBEP estableix que "*els principis i les regles que estableix aquest capítol informen sobre la interpretació i l'aplicació del règim disciplinari dels empleats públics*".

## Conclusions

Al parer d'aquesta Oficina i tenint en compte la informació facilitada per la persona consultat, es pot deduir raonablement que, en el supòsit concret, concorre un conflicte d'interès real.

---

<sup>1</sup> Codi de conducta dels alts càrrecs de l'Ajuntament [REDACTED], aprovat pel Ple de l'Ajuntament de data [REDACTED].

El procediment de subhasta pública, per la seva naturalesa, necessàriament requereix de l'exercici de les funcions que té assignades la figura del secretari d'ajuntament.

El consultant ens posa de manifest el seu interès particular en participar en condicions de lliure concurrència en la licitació que dura a terme l'Ajuntament.

Per tant, seria convenient l'abstenció del secretari de l'Ajuntament en aquest procediment concret des del moment en el qual el conflicte ha estat detectat. Aquest moment és el present. Si l'abstenció no es produís en aquest moment el procediment podria quedar afectat per un vici de rellevant importància, i és que el consultant podria tenir informació privilegiada que podria arribar a minvar la lliure concurrència necessària en aquests procediments.

Així mateix, aquesta Oficina posa de manifest la necessitat que l'Ajuntament prevegi alguna forma de publicitat d'aquest fet amb la finalitat de esvair qualsevol sospita d'imparcialitat en relació amb l'alienació de béns immobles que es durà a terme. Seria convenient que el consistori en aquest cas valorés les accions que podria executar amb la finalitat d'oferir una aparença pública d'honestedat. A tall d'exemple, es podria publicar l'acord pel qual l'Alcalde de la corporació admet l'abstenció del servidor públic. Seria fins i tot recomanable que es transparentessin les raons per les quals el secretari s'ha hagut d'abstenir.

Barcelona, 31 de juliol de 2018.



Mar Cardona Martínez  
Tècnic Jurista  
Àrea de Legislació i Assumptes  
Jurídics



Vistiplau  
Òscar Roca Safont  
Director de Prevenció

