



Ref.: A.G. JUSTICIA 11/2012 (R-591/12)

La Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el deber de inhibición que pueda alcanzar a un miembro del Gobierno en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.1 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. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

El supuesto que plantea la consulta viene determinado por el hecho de que el marido de la Ministra de la Presidencia y Vicepresidenta del Gobierno presta sus servicios profesionales de asesoramiento jurídico en Telefónica S.A.

Siendo el hecho que motiva la consulta el indicado, este Centro Directivo estima oportuno que, en primer lugar, se examine, en un plano teórico y abstracto, los distintos supuestos que comprende la norma que establece el deber de inhibición de los altos cargos de la Administración General del Estado, cual es el artículo 7.1 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 (LCI) y el alcance de ese deber de inhibición respecto de los actos administrativos y de las normas jurídicas, para, una vez efectuado dicho examen, analizar si en el concreto supuesto que motiva la consulta debe apreciarse o no la existencia de dicho deber.

-II-

Comenzando por el examen de los distintos supuestos que recoge el artículo 7.1 de la LCI, este precepto dispone lo siguiente:

“Quienes desempeñen un alto cargo vienen obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público.

A tal efecto, los altos cargos formularán una declaración de sus actividades profesionales, mercantiles o laborales que hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo. Esta declaración comprenderá una relación pormenorizada de sus intereses referida al citado período de dos años”.

Con carácter previo a la exégesis de dicho precepto es necesario hacer una consideración previa que atañe a la razón de ser de la norma y que constituye, a la vez, el criterio de interpretación (finalista o teleológico) de la misma.

El párrafo segundo del Preámbulo de la LCI declara que “no se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la situación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas las que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa”. La redacción del pasaje transcrito apunta ya la figura del conflicto de intereses que da nombre a la ley y que constituye el contenido básico de su

regulación, como lo prueba el dato de que el Título más extenso de la LCI, cual es el Título II (artículos 13 a 22), lleve por rúbrica "Conflictos de intereses" situación que se define en el artículo 4.1 al disponer que "a los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos o intereses compartidos con terceras personas".

En suma, el principio que inspira la regla del artículo 7.1 de la LCI no es otro que el de garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo en el desempeño de sus cometidos, lo que se consigue imponiéndole la obligación de inhibirse cuando se produzcan las situaciones que describe el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, dado que en esas situaciones se produce o puede producirse esa colisión o conflicto de intereses en los términos definidos por el artículo 4.1 de la propia LCI: de un lado, el interés general o público que debe presidir el desempeño de las funciones o cometidos del alto cargo que se desempeña; de otro lado, los intereses particulares o propios de la persona que desempeña el alto cargo, de sus familiares o de terceras personas y que provocan o pueden provocar en aquél la inclinación o tendencia a apartarse de las reglas que deben presidir su actuación como alto cargo— objetividad, imparcialidad e independencia en el desempeño de sus cometidos—.

Hecha esta consideración general, procede ya pasar al examen del artículo 7.1 párrafo primero, de la LCI. Este precepto recoge tres situaciones que seguidamente se analizan.

1) La primera situación en la que surge el deber de inhibición es la descrita en el inciso inicial del artículo 7.1, párrafo primero: "quienes desempeñen un alto cargo vienen obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido (...) en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público".

Este primer supuesto que ahora se analiza está construido por referencia a un tiempo anterior a la designación (y toma de posesión) del alto cargo como tal, más concretamente, por referencia a las actividades profesionales, mercantiles o laborales que el que ha sido designado alto cargo ha realizado en el plazo de los dos años inmediatamente anteriores a su toma de posesión como alto cargo. Así resulta, en primer lugar, del tiempo verbal empleado, cual es el pluscuamperfecto de subjuntivo (“hubieran intervenido”) y cuya significación gramatical no es otra que la de acciones (hipotéticas) concluidas en el pasado y, en segundo lugar, de la necesaria interpretación del párrafo primero del artículo 7.1 con el párrafo segundo del mismo y que obliga al alto cargo a hacer una declaración de las actividades profesionales, mercantiles o laborales desempeñadas en los dos años inmediatamente anteriores a su toma de posesión como alto cargo.

Tomando este primer supuesto por base el ejercicio de actividades privadas (el artículo 7.1 no las califica de esta forma, pero sin duda lo son, como lo viene a poner de manifiesto los adjetivos “profesionales”, “mercantiles”, “laborales” con los que se califican las actividades realizadas por el alto cargo durante los dos años inmediatamente anteriores a su toma de posesión como tal alto cargo), la razón de que se imponga en este primer supuesto la obligación inhibirse estriba en evitar que el alto cargo se sienta inclinado a resolver el asunto en el mismo sentido que pretendía o propugnaba cuando intervenía en el mismo en el ejercicio de actividad privada profesional, mercantil o laboral y ello por la *affectio* o vinculación que entraña el ejercicio de esa actividad profesional, mercantil o laboral.

Descrito en los términos expuestos, el primer supuesto de hecho que recoge el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, así como la razón de la imposición de la obligación de inhibirse, dos son las consideraciones adicionales que deben hacerse en la exégesis del mismo:

a) En primer lugar, refiriéndose el inciso inicial de dicho precepto a “inhibirse del conocimiento”, el término conocimiento debe entenderse en su sentido gramatical: conocimiento: “acción y efecto de conocer” (Diccionario de la

Real Academia Española, acepción 1ª); conocer: “entender en un asunto con facultad legítima para ello” (Diccionario de la Real Academia Española, acepción 6ª). Es por ello que lo que la inhibición que se impone al alto cargo se predica no sólo de la resolución por éste del correspondiente asunto, lo que obviamente no suscita cuestión alguna, sino que alcanza también a la función de propuesta de resolución que corresponda al alto cargo con arreglo a las normas (legales o reglamentarias) sobre competencia, así como a la emisión de dictamen o informe, pues en estos dos últimos casos tiene lugar el conocimiento del asunto.

b) En segundo lugar, y predicándose el deber de inhibición del conocimiento de determinados asuntos (de aquellos en cuyo despacho hubiese intervenido con anterioridad a su toma de posesión y en el ejercicio de actividades profesionales, mercantiles o laborales), el término “asunto” no aparece legalmente definido, por lo que es necesario acudir a su significación gramatical. En este sentido, de las distintas acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia Española, parece indudable que la más apropiada es la 5ª: “Negocio, ocupación, quehacer” y que enlaza con la que se utiliza en la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), como es el caso del artículo 47 (“Los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos...”) y del artículo 74.2 (“En el despacho de los expedientes en se guardarán el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza...”). Así pues, ha de concluirse que el término “asunto” que utiliza el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI tiene una significación amplia, por lo que debe entenderse como toda actuación sobre la que se tenga que pronunciarse la Administración, siendo indiferente, a estos efectos, el contenido material, esto es, la materia sobre la que verse esa actuación, así como que la concreta actuación de que se trate se haya iniciado de oficio o a instancia del interesado.

2) La segunda situación en la que surge el deber de inhibición viene también referida a un tiempo anterior a la designación (y toma de posesión) del alto cargo como tal y tiene por base el siguiente presupuesto: que el asunto respecto del cual se establece el deber de inhibición interese a una empresa o sociedad en cuya dirección, asesoramiento o administración hubiera tenido parte el que luego es designado alto cargo durante los dos años inmediatamente anteriores a su toma de posesión como tal. La referencia a un tiempo anterior a la designación (y toma de posesión) como alto cargo se justifica en las mismas razones expuestas con anterioridad: a) la utilización del pluscuamperfecto del subjuntivo (“hubiera tenido alguna parte ellos...”); y b) la necesaria interpretación del artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI con el párrafo segundo del propio precepto.

Descrito, en los términos indicados, el segundo supuesto de hecho que recoge el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, la exégesis de este segundo supuesto en el que surge el deber de inhibición exige hacer las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, el asunto (respecto del cual surge el deber de inhibición) ha de interesar a una empresa o sociedad (“interesen a una empresa o sociedades”), sin que la norma legal precise el grado o intensidad que debe tener ese interés para que surja la obligación de inhibición. Esta falta de precisión o concreción por parte de la norma legal suscita la cuestión de si el término “interesen” debe ser entendido en términos amplios, equivalente a afectar de algún modo o a concernir de alguna forma o si, por el contrario, el término “interesen” debe ser entendido en el sentido técnico-jurídico que establece el artículo 31 de la LRJ-PAC en el que se define el concepto de interesado en el procedimiento administrativo.

A juicio de este Centro Directivo, debe prevalecer este segundo criterio, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

– A diferencia de algunos textos legales promulgados por ciertas Comunidades Autónomas en los que se emplea una fórmula amplia (artículo 53 de la Ley 8/2003, de la Comunidad Autónoma de la Rioja: “...que interesen o afecten de alguno modo...”; artículo 5 de la Ley 3/1997 de la Comunidad Autónoma de Canarias: “...que representen algún interés o afecten de algún modo...”), la LCI utiliza el término “interesen” sin seguir, por tanto, el criterio amplio recogido por esos textos legales autonómicos.

– Atendiendo al principio de seguridad jurídica que sanciona el artículo 9.3 de la Constitución y que no cabe duda de que constituye un principio de interpretación de la norma jurídica aunque no se recoja en el artículo 3 del Código Civil, la interpretación del término “interesen” que utiliza el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI como interés en el sentido técnico-jurídico que establece el artículo 31.d de la LRJ-PAC es la más coherente con dicho principio de seguridad jurídica por su mayor grado de certidumbre.

– La interpretación del artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI debe efectuarse en relación o conjunción con el artículo 28 de la LRJ-PAC, ya que este precepto trata de la abstención y esta figura es si no idéntica, muy afín a la inhibición. Pues bien, el artículo 28 de la LRJ-PAC alude a “interesados”, a “entidades o sociedades interesadas” y a “algún interesado”, siendo indudable que estas expresiones se utilizan en sentido técnico-jurídico del artículo 31 del propio texto legal.

b) En segundo lugar, el deber de inhibición surge respecto del conocimiento de aquellos asuntos que interesen (término este último que, por lo expuesto, debe entenderse en el sentido técnico-jurídico del artículo 31 de la LRJ-PAC) a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o Administración haya tenido parte (en ese plazo de los dos años inmediatamente anteriores) el que luego es designado alto cargo.

Pues bien, si los términos “dirección” y “administración” son suficientemente precisos, no ocurre lo propio con el término “asesoramiento”.

En efecto, por dirección debe entenderse la función o cometido que corresponde a los titulares de determinadas relaciones jurídicas, típicas y características, como son las regidas por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. Por administración debe entenderse la función o cometido que corresponde también a funciones típicas y características acuñadas por la legislación mercantil (básicamente, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Mayores dificultades suscita, como se ha dicho, el término asesoramiento. Ante todo, hay que indicar que, a los efectos del artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, es indiferente la materia o disciplina sobre la que verse el asesoramiento prestado en su día por quien luego es designado alto cargo. Hecha esta indicación, la cuestión que suscita el asesoramiento es la diversidad de tipos del mismo. Así, y a título de ejemplo, no puede situarse en el mismo plano la función de asesoramiento que de forma continua e integral presta a una empresa o sociedad una persona vinculada a la misma por una relación laboral (vgr. jefe de una asesoría jurídica, económica, etc) y la función de asesoramiento ocasional y externo que a una empresa o sociedad presta un profesional de un despacho de abogados o de una empresa consultora contratada *ad hoc*. Así las cosas, parece razonable entender, a juicio de este Centro Directivo, que el asesoramiento a que se refiere el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI ha de ser un asesoramiento permanente y de tipo interno, y no un asesoramiento ocasional y de tipo externo. Este criterio viene a quedar confirmado por la circunstancia de que el precepto legal que se analiza sitúa –como causa del deber de inhibición– el asesoramiento al mismo nivel que la dirección y administración, por lo que es lógico pensar que si estas dos últimas funciones denotan la idea de permanencia o continuidad y de

intensidad, lo propio ha de acontecer con el asesoramiento para erigirse en causa del deber de inhibición. Por esta misma razón –que el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI sitúe el asesoramiento al mismo nivel que la dirección y administración–, hay que entender que no todo asesoramiento es presupuesto del deber de inhibición, sino solamente el asesoramiento prestado por el personal del nivel superior en que esté organizado o estructurado el propio servicio de asesoramiento de la empresa o sociedad: si la función de dirección se sitúa en el nivel profesional superior (como resulta del Real Decreto 1382/1981 y del Real Decreto 451/2012) y si lo propio ocurre, por definición, con la función de administración, ha de entenderse que sólo la función de asesoramiento prestada en ese nivel superior será causa del deber de inhibición, por lo que no puede considerarse causa de inhibición el asesoramiento prestado por un profesional cuyo trabajo esté sometido al control o supervisión del jefe o responsable del servicio de asesoramiento de la empresa o sociedad.

c) En tercer lugar, el deber de inhibición se circunscribe al asunto en que esté interesada al empresa o sociedad a la que el designado luego alto cargo haya prestado esas funciones de dirección, administración o asesoramiento. Pues bien, aludiéndose a empresa o sociedad se plantea, en último lugar, la cuestión concerniente a si en el concepto de empresa o sociedad queda comprendido el supuesto del grupo de empresas o grupo de sociedades.

En principio, y atendiendo a la perspectiva del conflicto de intereses, cabría entender que la referencia a empresas o sociedades comprende los grupos de empresas o grupos de sociedades, ya que la situación de conflicto de intereses en los términos en que la define el artículo 4.1 de la LCI se plantea o puede plantearse respecto del grupo de empresas o sociedades: el alto cargo puede tender, no respetando su deber de imparcialidad y neutralidad, a dictar resolución favorable a los intereses de una determinada empresa o sociedad por la circunstancia de que esta empresa o sociedad pertenezca a un grupo del que forme parte también la empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento participó el alto cargo, su cónyuge o familiar dentro del segundo grado.

Considera, sin embargo, este Centro Directivo que, aun siendo atendible dicho criterio, debe prevalecer la solución contraria, y ello por militar en favor de la misma argumentos de mayor entidad jurídica en los términos que seguidamente se exponen:

– En primer lugar, y aunque la interpretación literal no sea un argumento definitivo, el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI para nada alude a grupo de empresas o grupo de sociedades, siendo así que este concepto fue introducido en la legislación española (mercantil y fiscal) con mucha antelación a la promulgación de la LCI. A ello debe añadirse que la previsión de que se comprendiese en el supuesto de hecho que describe dicho precepto legal el grupo de empresas o grupo de sociedades hubiese exigido, por su especial importancia, una determinación expresa del legislador, lo que no existe.

– En segundo lugar, una vez que se ha razonado que el término “interesen” que utiliza el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI ha de ser conceptuado en el sentido técnico-jurídico que establece el artículo 31 de la LRJ-PAC, sería incoherente con ello que se entendiese que en la referencia a empresas o sociedades interesadas se comprende el caso de grupo de empresas o grupo de sociedades.

– En tercer lugar, y según se ha indicado antes, no puede desconocerse la identidad o, al menos, la gran similitud que existe entre la figura de la inhibición y la figura de la abstención, por lo que es lógico que las cuestiones que se susciten sobre la figura de la inhibición que establece el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI se resuelvan teniendo en cuenta el régimen jurídico establecido para la figura de la abstención con la que aquella, se insiste, guarda, al menos, gran identidad. Pues bien, el artículo 28.2 b) de la LRJ-PAC se refiere a entidades o sociedades interesadas (es causa de abstención, según este precepto, tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo con los administradores de entidades o sociedades interesadas), sin que aluda al supuesto de grupo de sociedades.

3) La tercera situación en la que surge el deber de inhibición del alto cargo es, en rigor, una variante o modalidad de la que acaba de examinarse, consistiendo únicamente esa variante en la circunstancia de que la persona que ha participado en la dirección, administración o asesoramiento de la empresa o sociedad interesada en el asunto no es quien luego es designado alto cargo, sino su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad o un familiar comprendido dentro del segundo grado.

Pues bien, puesto que el único dato o circunstancia que da lugar a esta tercera situación es la relación de parentesco que media entre quien es designado alto cargo y la persona que ha desempeñado esas funciones de dirección, administración o asesoramiento en la empresa o sociedad interesada, permaneciendo invariable el resto de presupuesto de hecho que da lugar a la segunda situación analizada, no cabe hacer ninguna consideración adicional en relación con esta tercera situación, debiendo darse por reproducidas aquí las consideraciones expuestas en el examen de esa segunda situación.

- III -

Analizadas las tres situaciones que expresamente recoge el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI y que dan lugar al deber de inhibición del alto cargo, ha de hacerse referencia a lo que puede denominarse prolongación en el tiempo de la tercera situación más allá del nombramiento y toma de posesión del alto cargo y que viene a constituir una cuarta situación. Se trata, en consecuencia, de que el cónyuge del alto cargo (o persona que con él conviva en análoga relación de afectividad) o un familiar del mismo dentro del segundo grado siga, tras la toma de posesión del alto cargo, desempeñando funciones de dirección, administración o asesoramiento en la empresa o sociedad que tenga la condición de interesada en el asunto del que deba conocer el alto cargo.

Puesto que la tercera situación es, como se ha dicho, una simple variación de la segunda, esa tercera situación viene también referida a un tiempo anterior a la designación (y toma de posesión) del alto cargo: en los dos años inmediatamente anteriores a la toma de posesión del alto cargo, su cónyuge (o persona que con él conviva en análoga relación de afectividad) o un familiar de aquél dentro del segundo grado ha tenido parte en la dirección, administración o asesoramiento de la empresa o sociedad interesada (en el sentido técnico-jurídico del artículo 31 de la LRJ-PAC) en el asunto del que habría de conocer el alto cargo sino mediase el deber de inhibición.

Así las cosas, no tendría sentido alguno y sería totalmente incoherente que el alto cargo deba inhibirse del conocimiento de un asunto que interese a una empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento hubiese tenido parte su cónyuge en los dos años anteriores a la toma de posesión del alto cargo y que, en cambio, el alto cargo no tenga que inhibirse del conocimiento de un asunto que interesa a una empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento siga interviniendo el cónyuge del alto cargo tras la toma de posesión de éste, por continuar el cónyuge de aquél en el desempeño de esas funciones de dirección, administración y asesoramiento.

Debe, pues, entenderse que el alto cargo debe inhibirse del conocimiento de los asuntos en que esté interesada una empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento siga interviniendo, tras la toma de posesión de aquél, su cónyuge o persona que con él conviva en análoga relación de afectividad o familiar comprendido dentro del segundo grado, y ello sin necesidad de acudir al artículo 28 de la LRJ-PAC, con fundamento en la interpretación lógica y finalista del propio artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI en los términos que se han expuesto: si el conflicto de intereses surge cuando el alto cargo interviene en la decisión relacionada con un asunto en que confluyen los intereses de su puesto público con intereses propios o de familiares directos (cfr. artículo 4.1, de la LCI), esa situación de conflicto se produce y, por tanto, debe operar la medida preventiva de inhibición cuando el alto cargo interviene en la decisión de un

asunto en el que está interesada una empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento siga participando su cónyuge.

- IV -

Una vez analizados los tres supuestos que recoge expresamente el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI como determinantes del deber de inhibición del alto cargo, procediendo también, como se ha razonado, la inhibición del alto cargo en el conocimiento de un asunto que interese a una empresa o sociedad en cuya dirección, administración o asesoramiento siga participando, tras la toma de posesión del alto cargo, su cónyuge o persona que con él conviva en análoga relación de afectividad o familiar dentro del segundo grado, debe analizarse el alcance del deber de inhibición, debiendo distinguirse, a estos efectos, el deber de inhibición en relación con los actos administrativos y en relación con las normas jurídicas.

A) Actos administrativos.

Ninguna cuestión especial suscita el deber de inhibición en relación con los actos administrativos, y ello en razón de que son los actos administrativos, esto es, las resoluciones que ponen término a los procedimientos administrativos de que se trate la materia sobre la que típica y característicamente se proyecta el deber de inhibición. Debe, pues, afirmarse que el deber de inhibición que establece el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI alcanza característicamente a los actos administrativos, por lo que el alto cargo que deba inhibirse en aplicación de dicho precepto legal no podrá dictar el acto administrativo que, en otro caso, debería dictar.

Dicho lo anterior, debe hacerse una precisión. El deber de inhibición alcanza al alto cargo no sólo cuando sea él, como titular de un órgano unipersonal, el que deba dictar el acto administrativo que en cada caso

corresponda, sino también cuando el alto cargo tenga la condición de miembro de un órgano colegiado y sea a éste, es decir, al *collegium*, al que corresponda dictar el acto administrativo, por lo que la actuación del alto cargo sobre el que pese el deber de inhibición consistirá, en este segundo supuesto, en inhibirse de la deliberación y de la votación. Se funda este criterio en la aplicación concordada del artículo 4.1 de la LCI, que sitúa el conflicto de interés cuando el alto cargo interviene en las decisiones relacionadas con asunto en que confluyen intereses públicos y privados, y del artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, que señala como contenido de la inhibición el conocimiento de un asunto: si el deber de inhibición es una medida preventiva para evitar el conflicto de intereses y si éste aparece cuando el alto cargo interviene en la decisión relacionada con el asunto, ha de entenderse que el deber de inhibición alcanza también al alto cargo cuando la decisión, es decir, el acto administrativo que ha de poner término al procedimiento de que se trate compete adoptarlo a un órgano colegiado del que forma parte el alto cargo por su condición de tal.

B) Normas jurídicas.

En relación con las normas jurídicas debe hacerse, ante todo, una indicación. Relacionar el deber de inhibición de los altos cargos con la posibilidad de que dicho deber alcance a la aprobación de normas jurídicas sólo puede plantearse respecto de los Ministros, ya que, prescindiendo de las normas legales y por lo que respecta a las normas reglamentarias, la titularidad de la potestad reglamentaria sólo corresponde al Consejo de Ministros y a los Ministros (cfr. artículo 97 de la Constitución en relación con el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

Hecha esta indicación, debe diferenciarse según se trate, en primer lugar, de leyes formales, esto es, leyes de las Cortes Generales y, en segundo lugar, de normas reglamentarias, dejando, por razones sistemáticas, para un tercer lugar los Decretos-Leyes.

B.1 Leyes de las Cortes Generales.

En el procedimiento de elaboración de las normas legales cabe distinguir lo que puede calificarse como fase administrativa y como fase parlamentaria, estando constituido el límite entre una y otra fase por la aprobación, por parte del Consejo de Ministros, del correspondiente anteproyecto de ley (aprobación que supone convertir el anteproyecto de ley en proyecto de ley) y su subsiguiente remisión al Congreso de los Diputados.

Pues bien, es obvio que el deber de inhibición, sólo podría situarse, en su caso, en la denominada fase administrativa. Partiendo de esta premisa, considera este Centro Directivo que el deber de inhibición que establece el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI no tiene aplicación en la fase administrativa del procedimiento de elaboración de una norma legal. En efecto, el deber de inhibición que impone la LCI es la medida preventiva que se establece para evitar el conflicto de intereses que surge cuando (cfr. artículo 4.1 y artículo 7.1, párrafo primero) el alto cargo intervenga en la decisión que tiene que adoptarse por la Administración, es decir, en la resolución del asunto respecto del cual surja ese deber de inhibición. Así las cosas, parece claro que el deber de inhibición no resulta aplicable en la fase administrativa, puesto que, tratándose de la elaboración de una norma legal, la “decisión del asunto” no puede ser sino la fijación o determinación definitiva del contenido de la norma legal y ello no corresponde a la Administración, sino a los Cuerpos Colegisladores a través del procedimiento regulado en los artículos 81 a 91 de la Constitución y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado; dicho en otros términos resulta inaplicable el deber de inhibición cuando “la decisión del asunto” no compete a la Administración y esto es lo que ocurre con la aprobación de las normas legales, pues éstas escapan en su aprobación (fijación del contenido definitivo de la norma) a la Administración.

B.2 Normas reglamentarias.

Como se ha dicho, el deber de inhibición sólo podría aplicarse, de ser procedente, a los Ministros y afectaría a las normas reglamentarias aprobadas por el Consejo de Ministros (Reales Decretos) y por los Ministros (Órdenes Ministeriales).

Puesto que el deber de inhibición es el mecanismo preventivo tendente a evitar el conflicto de intereses que surja cuando el alto cargo intervenga en la decisión del asunto respecto del cual concurra el presupuesto de hecho determinante de aquel deber, la resolución de la cuestión que se examina depende, en primer lugar, de que en el término “asunto” que emplean los artículos 4.1 y 7.1, párrafo primero, de la LCI pueda entenderse comprendida la aprobación de una norma reglamentaria. Pues bien, no definiendo la LCI el término “asunto” y acudiendo a su significación gramatical (“negocio, ocupación, quehacer”, acepción 5ª del Diccionario de la Real Academia Española), no puede negarse que la aprobación de una norma reglamentaria es una decisión de un asunto que compete a la Administración.

En segundo lugar, y acudiendo a la finalidad de la LCI –prevención de un conflicto de intereses cuando el alto cargo interviene en la decisión que ha de adoptarse en un asunto en el que confluyen intereses públicos e intereses privados–, tampoco puede descartarse que esa situación (real o potencial) de conflicto entre unos y otros intereses se produzca con motivo de la aprobación de una norma reglamentaria: vgr., Titular de un Departamento ministerial que ha de aprobar una norma reglamentaria (Orden Ministerial) que específicamente afecta a un sector en el que opera una empresa o sociedad respecto de la cual concurre alguno de los presupuestos de hecho o situaciones que describe el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI; así, y para concretar más el ejemplo, el Ministro del Interior ha de aprobar una Orden Ministerial por la que se regulan determinados requisitos de las empresas de seguridad privada, siendo su cónyuge consejera delegada de una empresa de seguridad privada.

Cabe, pues, concluir que, si bien el supuesto típico y característico del deber de inhibición es el acto administrativo, no puede descartarse que dicho deber alcance o se proyecte sobre la “decisión de un asunto” que consista en la aprobación de una norma reglamentaria.

Alcanzada la anterior conclusión, ha de acotarse todavía cuál sea el ámbito al que alcanza el deber de inhibición en relación con la aprobación de normas reglamentarias, pues sería completamente desproporcionado entender que el deber de inhibición del alto cargo alcanza a la aprobación de toda norma reglamentaria. Puesto que el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI impone al alto cargo el deber de inhibición respecto de asuntos en que está interesada una empresa o sociedad en la que se den las circunstancias o situaciones que dicha norma legal establece, y puesto que, como se ha dicho, la empresa o sociedad ha de estar interesada en el sentido técnico-jurídico del artículo 31 de la LRJ-PAC en el asunto que ha de decidir el alto cargo, lo coherente con ello consiste en entender que el deber de inhibición solamente surgirá respecto de aquella norma reglamentaria que, por su contenido, quede exclusivamente dirigida a agentes u operadores de un específico y singular sector en el que actúe la empresa o sociedad respecto de la cual se cumpla el presupuesto de hecho que recoge el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI.

El criterio que aquí se sostiene –procedencia del deber de inhibición respecto de las normas reglamentarias indicadas– no queda desvirtuado por la consideración de que la norma reglamentaria tiene predeterminado su contenido por la ley a cuyo desarrollo se contrae y que no puede infringir so pena de nulidad de pleno derecho. En efecto, siendo ello así, no es menos cierto que, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de junio de 2005, 29 de enero de 2008 y 19 de febrero de 2008, entre otras), es inherente a la potestad reglamentaria –dentro del marco jurídico que la ley establece– un margen o ámbito de discrecionalidad, por lo que la Administración puede en la elaboración de la norma reglamentaria adoptar una u otra de las diversas opciones legítimas que le permite ese ámbito de discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria. Existiendo, pues, un margen de

discrecionalidad, es indudable que dentro de ese margen corresponde al titular de la potestad reglamentaria fijar el contenido de la norma de este carácter subordinado.

Por lo demás, y trasladando al supuesto de aprobación de norma reglamentaria lo dicho, a propósito del acto administrativo, sobre que la competencia para la “decisión del asunto” puede corresponder al alto cargo como titular de un órgano unipersonal o como miembro de un órgano colegiado, resultará indiferente que la aprobación de la norma reglamentaria compete al alto cargo como titular de un órgano unipersonal al que corresponde la aprobación de aquélla (caso de una Orden Ministerial) o al órgano colegiado del que forme parte el alto cargo (caso de un Real Decreto); en ambos supuestos procederá el deber de inhibición del alto cargo.

B.3 Decretos-Leyes.

Si al tratar de las leyes formales de Cortes se ha concluido que el deber de inhibición no resulta aplicable en razón de que “la decisión del asunto” no puede ser sino la fijación o determinación del contenido de la norma legal y ello no corresponde a la Administración, sino a los Cuerpos Colegisladores, no ocurre lo propio con la aprobación de los Decretos-Leyes, ya que el contenido de estas normas es fijado por el Consejo de Ministros en cuanto titular de esta potestad legislativa excepcional, y sin que en contra de ello pueda invocarse el acto de convalidación del Decreto-Ley, ya que, como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –por todas, sentencia de 10 de febrero de 1982– y la jurisprudencia del Tribunal Supremo –entre otras, sentencia de 9 de noviembre de 1992–, el acuerdo de convalidación supone el cumplimiento del requisito constitucional de que depende la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producida (el propio Decreto-Ley) en el ejercicio de esa potestad normativa excepcional atribuido al Gobierno, pero no fija o determina el contenido del Decreto-Ley, lo que compete al Consejo de Ministros.

-V-

Una vez examinados los supuestos que comprende el artículo 7.1 de la LCI y el alcance del deber de inhibición respecto de los actos administrativos y normas jurídicas, procede analizar, como anteriormente se dijo, si en el concreto y específico supuesto que motiva la consulta debe apreciarse o no la existencia del deber de inhibición .

Como se indicó en el apartado I del este informe, el supuesto determinante de la consulta está constituido por el hecho de que el marido de la Ministra de la Presidencia y Vicepresidenta del Gobierno preste sus servicios profesionales de asesoramiento jurídico en Telefónica S.A. Así las cosas, dicho supuesto se corresponde con la situación analizada en el apartado III del presente informe: que el cónyuge del alto cargo desempeñe, tras la toma de posesión de este, funciones de dirección, administración o asesoramiento en una empresa o sociedad que tenga la condición de interesada en el asunto que deba conocer el alto cargo y que, según lo dicho, puede considerarse como una prolongación en el tiempo de la tercera situación que recoge el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI –que la persona que ha participado en la dirección, administración o asesoramiento de la empresa o sociedad interesada en el asunto no es quien luego es designado alto cargo, sino su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad o un familiar comprendido dentro del segundo grado– más allá del nombramiento y toma de posesión del alto cargo.

Partiendo de la anterior premisa y consistiendo las funciones profesionales del marido de la Ministra de la Presidencia y Vicepresidenta del Gobierno en el asesoramiento de una determinada sociedad, ha de reiterarse la argumentación expuesta en el apartado II de este informe: dado que el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI sitúa el asesoramiento al mismo nivel que la dirección y Administración, debe entenderse que no todo asesoramiento a una empresa o sociedad es presupuesto del deber de inhibición, sino solamente el asesoramiento prestado por el personal del nivel superior en que esté organizado o estructurado el propio servicio de asesoramiento de la empresa o sociedad. Si la función de

dirección se sitúa en el nivel profesional superior (como resulta del Real Decreto 1382/1981 y del Real Decreto 451/2012) y si lo propio ocurre, por definición, con la función de administración, ha de entenderse que sólo la función de asesoramiento prestada en ese nivel superior será causa del deber de inhibición, por lo que no puede considerarse causa de inhibición el asesoramiento prestado por un profesional cuyo trabajo esté sometido al control o supervisión del jefe o responsable del servicio de asesoramiento.

Según los antecedentes remitidos a este Centro Directivo, el mencionado profesional se sitúa, en el servicio de asesoramiento, en un tercer nivel, ya que depende directamente de la Vicesecretaria General de los Servicios Jurídicos y, a su vez, esta última depende del Secretario General de los Servicios Jurídicos y del Consejo. Así las cosas, y aplicando las anteriores consideraciones, ha de concluirse que el supuesto que motiva la consulta no da lugar a que surja el deber de inhibición que establece el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI, puesto que se trata de una función de asesoramiento que no se presta en un nivel superior, sino una función de asesoramiento que se presta en un nivel subordinado y que queda sometida a la supervisión de la Vicesecretaria General de los Servicios Jurídicos y del Secretario General de los Servicios Jurídicos y del Consejo.

En virtud de todo lo expuesto, La Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- En relación con las situaciones comprendidas en el artículo 7.1, párrafo primero, 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 y con el alcance del deber de inhibición sancionado en dicho precepto legal, deben tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en los apartados II, III y IV del presente informe.



Segunda.- El concreto supuesto que motiva la consulta a que se refiere este informe no da lugar a que surja el deber de inhibición de la Ministra de la Presidencia y Vicepresidenta del Gobierno.

Sra. Ministra de la Presidencia y Vicepresidenta del Gobierno.
Complejo La Moncloa. Edificio Semillas
Avda de Puerta de Hierro, s/n
28071-MADRID