

ANEXO II 186/2184



MINISTERIO DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

SUBSECRETARÍA

ABOGACÍA DEL ESTADO



847/2013

Se ha solicitado dictamen de esta Abogacía del Estado sobre la posible concurrencia de deber de abstención del Sr. Ministro en la próxima reunión del Consejo de Ministros en la que se someta a debate el Anteproyecto de Ley de Evaluación Ambiental.

La consulta se plantea al estar incluida en el anteproyecto una disposición final (primera) que modificaría la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, tipificando como infracción administrativa el denominado "bunkering"¹ en los espacios naturales protegidos y espacios de la Red Natura 2000.

Se requiere el parecer de este órgano consultivo al ostentar el Sr. Ministro la titularidad de 85.349 participaciones sociales (2,5% del capital social) de la compañía PETROLÍFERA DUCAR, S.L.

Según los antecedentes facilitados a esta Abogacía del Estado, esta empresa tiene depósitos de combustible en el Puerto de Ceuta. Dichos depósitos están arrendados a dos compañías: CEPSA y VILMA. PETROLÍFERA DUCAR se limita al almacenamiento de combustible y a la recepción y expedición del mismo desde y hasta los puntos de suministro de la red de líneas de instalación. PETROLÍFERA DUCAR no es propietaria de la mercancía; no realiza operaciones de "bunkering", ya que no factura el costo del combustible a los buques amarrados en el puerto de Ceuta (las operaciones de "bunkering" son realizadas por los propietarios del combustible depositado en sus instalaciones). PETROLÍFERA DUCAR no realiza actividad alguna en la Bahía de Algeciras ni en Gibraltar. Se observa asimismo que esta empresa no tiene ni gasolineras flotantes, ni gabarras. Su negocio no consiste en suministrar combustible a buques, sin almacenar combustible por cuenta de terceros.

¹ "Bunkering": anglicismo utilizado para referirse al suministro de combustible mediante el fondeo permanente de buques-tanque, así como la utilización de este servicio para el autoabastecimiento de combustible en las aguas.

PY INFANTA CABEL 1,
28071 MADRID
TEL: 913475073
FAX: 913475777

www.ite.es
abogaci@mgpma.es

A la cuestión planteada le son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- 1 -

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno dispone en su artículo 14.2 que será de aplicación a los miembros del Gobierno el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado. Este régimen se recoge en 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 adelante, Ley 5/2006).

La Ley 5/2006 tiene por objeto, según su artículo 1, la regulación de las medidas básicas para evitar situaciones de conflictos de interés en la actuación de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

El título II de la citada Ley se dedica a los conflictos de intereses (artículos 3 a 19). En el artículo 3 se concreta el ámbito subjetivo de aplicación del título II, refiriéndolo a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal vinculadas o dependientes de aquélla. En el apartado segundo se afirma la consideración de los ministros como altos cargos, a los efectos de esta ley.

El artículo 4.1 contiene la definición legal de conflicto de intereses:

"1. A los efectos de esta Ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.

- 2 -

MINISTERIO
DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO
AMBIENTE

ANEXO II 186/2184



Como se puede comprobar con la lectura del anterior precepto, se ha de considerar la existencia de conflicto de interés cuando concurren las siguientes circunstancias:

1ª. Que el alto cargo intervenga en la decisión de un asunto. Esta intervención debe entenderse en un doble sentido:

- a) Intervención en la toma de decisiones individuales, que se concretan en actos dictados por el alto cargo en asuntos de su competencia propia
- b) Intervención en las decisiones de órganos colegiados de los que sea miembro el alto cargo.

2ª. Que en ese asunto confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.

Así pues, en el supuesto que nos ocupa, deberemos examinar si en el mismo concurren los dos presupuestos que legalmente configuran la existencia de conflicto de intereses, esto es, si la aprobación de un proyecto de ley por el Consejo de Ministros puede considerarse a estos efectos como "una decisión sobre un asunto", y, si se admitiera lo primero, que en este asunto se pudiera apreciar que concurren intereses privados del Sr. Ministro.

- II -

El artículo 4 de la Ley, en su apartado 2 establece que el Título II de la norma "regula la prevención y resolución de conflictos de intereses a través del establecimiento de un régimen de incompatibilidades y de las correspondientes sanciones".

Pues bien, dentro del régimen de incompatibilidades, el artículo 7, sobre el deber de inhibición y de abstención, prescribe lo siguiente:

"1. 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.

- 3 -

MINISTERIO
DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO
AMBIENTE



(...)

De acuerdo con la sistemática de la Ley 50/2006, este artículo 7.1 acota el régimen de incompatibilidad, puntualizando que la obligación de inhibición se produce en relación al conocimiento de asuntos que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte los altos cargos o los parientes o análogos citados en el precepto.

Según resulta de los antecedentes facilitados con motivo de la consulta, el Sr. Ministro no ha tenido parte ninguna en la dirección, ni el asesoramiento, ni la administración de la sociedad en cuestión. El Sr. Ministro únicamente ostenta la titularidad de una participación patrimonial que supone el 2,5% del capital social de la compañía.

Por ello, de acuerdo con este apartado 1, aun cuando hipotéticamente se considerase que en la tramitación de esta reforma legal tuviera interés PETROLÍFERA DUCAR), el Sr. Ministro, al no ostentar cargo alguno de dirección, asesoramiento o administración en la referida empresa, no tiene obligación de inhibirse.

Debe recordarse que, dentro de la regulación del régimen de incompatibilidades en el Capítulo I del Título II de la Ley 5/2006, el artículo 6 regula las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias, estableciendo una limitación de participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. Vemos pues que, en el establecimiento del régimen de incompatibilidades en cuanto a las participaciones societarias, que es lo que nos ocupa en el presente caso, el legislador establece un límite a la titularidad cuando las empresas sean contratistas, subcontratistas o subvencionadas. Pero se ha de insistir en que la titularidad de participaciones empresariales, no es, sólo por sí misma, causa de inhibición. Si lo es la administración, el asesoramiento o la dirección de las empresas.

- 4 -

MINISTERIO
DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO
AMBIENTE

ANEXO II 186/2184



- III -

Debe tenerse presente asimismo que el artículo 7.2 de la Ley 50/2006 se refiere también a la concurrencia de obligación de abstención de los altos cargos según el régimen general del procedimiento administrativo común:

"2. En el caso de que durante el desempeño del cargo público el alto cargo estuviera obligado a abstenerse en los términos previstos en esta Ley, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, o en cualquier otra ley, la abstención se producirá por escrito para su adecuada expresión y constancia y se notificará al superior inmediato del alto cargo o al órgano que lo designó. En todo caso esta abstención será comunicada por el interesado, en el plazo de un mes, al Registro de Actividades de altos cargos, para su constancia."

Este precepto exige así el examen del artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). El apartado 2.a) de este precepto, en lo que aquí nos interesa, establece como motivo de abstención el *"tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada"*.

De nuevo nos encontramos aquí con la predeterminación legal de la situación de concurrencia de intereses por lo que a sociedades se refiere en la apreciación de una determinada situación jurídica del servidor público respecto de la sociedad: ser administrador. No se aprecia conflicto tampoco por la LRJPAC por la simple titularidad patrimonial. Evidentemente, es más riguroso el régimen de abstención establecido por la Ley 50/2006 para los altos cargos, pues no sólo obliga a abstenerse por razón de administración de sociedades, sino también "por tomar parte" en la dirección o el asesoramiento de las empresas. Pero, se insiste, la simple participación en su capital, por sí misma, no es causa de abstención.

Podría, llegados a este punto, cuestionarse si la consideración aislada de "interés personal", que es causa de abstención según la LRJPAC, concurre en el supuesto de participaciones sociales como la que nos ocupa. En este punto debemos recordar las reglas sobre interpretación de las normas, que establece el Código Civil en su artículo 3.1:

- 5 -

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIÓN
ECONÓMICA Y MEDIO
AMBIENTE



"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

Este precepto, partiendo del sentido propio de las palabras (interpretación literal), recoge también la interpretación sistemática (de contexto) y la finalista. Siguiendo una interpretación sistemática y de contexto, así como considerando el carácter preferente de ley especial de la Ley 50/2006, es el propio legislador el que, en la prevención de los conflictos de intereses, para el supuesto de la participación en el capital de una sociedad, sólo establece como consecuencia jurídica la limitación cuantitativa de la participación en empresas contratistas, subcontratistas o subvencionadas. No establece esta participación como causa de abstención directa. Por ello, parece contrario el espíritu de una norma posterior y especial, la interpretación del concepto "interés personal" de la Ley 30/1992 como aplicable en el caso de una titularidad de parte del capital social, parte, que no alcanza ni el límite máximo para el caso de empresas contratistas del sector público, según la propia Ley 50/06.

La Abogacía General del Estado, en su informe A.G. JUSTICIA 2/13, de 17 de enero de 2013, ha recordado que la jurisprudencia afirma el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación previstas en los artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC, que constituyen *numerus clausus* y no pueden ser objeto de interpretación analógica ni extensiva (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005, Ar. 1309 de 2005), incumbiendo la prueba de tales causas al que las alega (Auto del Tribunal Constitucional 126/2008, de 14 de mayo, 81/2008, de 12 de marzo y 177/2007, de 7 de marzo), recordando que para ser admitida la causa de abstención exige una demostración que sea evidente, ostensible y patente.

Partiendo de este criterio de interpretación estricto, esta causa de abstención del "interés personal", ha sido analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8390), en términos generales, pero indicativos, en el sentido de que "concurre cuando la actuación administrativa para la que se predica la abstención puede producir consecuencias en la esfera jurídica del funcionario actuante o le puede reportar cualquier clase beneficio o ventaja personal". En esta sentencia se contiene la cita de la sentencia del mismo tribunal de 28 de febrero de 2003, sobre la misma interpretación. El mismo Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de junio de 2011 (RJ 2011, 5595) explica que, *"mediante la exigencia de*

- 6 -

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIÓN
ECONÓMICA Y MEDIO
AMBIENTE

ANEXO II 186/2184



abstención en casos de "interés personal", la Ley 30/1992 trata de evitar el riesgo objetivo de que la esperanza de cualquier utilidad, ventaja o beneficio personales pueda pervertir el sentido de la decisión."

Ello nos lleva a la cuestión de si la intervención en una aprobación de un proyecto de ley en palabras del Tribunal Supremo "puede producir consecuencias en la esfera jurídica del Ministro o reportarle cualquier clase de beneficio o ventaja personal". Pues bien, la respuesta a la cuestión es negativa, por la propia naturaleza de un proyecto de ley, que carece de valor normativo. Un proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros constituye el ejercicio de la iniciativa legislativa, pero no innova el ordenamiento jurídico, ni puede producir efectos jurídicos frente a terceros. Será, en su caso, la futura ley que aprueben las Cortes Generales la que innove el ordenamiento jurídico, y eventualmente tenga consecuencias negativas o positivas para cada afectado.

A mayor abundamiento, se ha de observar el carácter soberano de las Cortes Generales respecto de la tramitación de los proyectos de ley; el contenido de la ley que finalmente se apruebe puede ser muy distinto del planteado en un proyecto de ley en virtud del resultado de la propia tramitación parlamentaria, pudiendo incluso no llegar a aprobarse. El poder "decisorio", en la producción legislativa, es el poder legislativo, de manera que la decisión sobre el asunto en que pudiera tener (hipotéticamente) interés personal el Ministro (de acuerdo con la Ley 5/2006), le corresponde al Parlamento, puesto que el asunto no es otro que la aprobación de una norma con rango de ley.

Cuestión distinta sería que la norma en cuestión a modificar fuera un Real Decreto. En ese caso sí cabría plantearse que habría "decisión sobre un asunto", y que podrían (insistimos, hipotéticamente, si ello se pudiera argumentar razonablemente) producirse consecuencias en la esfera jurídica del Ministro. Pero ello ocurriría, insistimos, por la eficacia jurídica de una norma (un real decreto) emanado del Consejo de Ministros del que forma parte. En el caso de la aprobación de un proyecto de ley, ninguna eficacia jurídica se produce para terceros. Se trata únicamente de una forma de iniciación del procedimiento legislativo, que tendrá el resultado que determinen las Cortes Generales. La eficacia jurídica y, en su caso, el hipotético (insistimos) beneficio personal se produciría con la aprobación de la ley, que no con la aprobación del proyecto de ley.

En consideración a lo expuesto, esta Abogacía del Estado formula la siguiente

- 7 -

MINISTERIO
DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO
AMBIENTE



CONCLUSIÓN

No concurre motivo de abstención en el Sr. Ministro, por razón de la titularidad de una parte de la sociedad PETROLÍFERA DÚCAR S.L., en relación a su participación en el Consejo de Ministros en el que se decida sobre la aprobación del Proyecto de Ley de Evaluación Ambiental en lo que se refiere a la modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, tipificando como infracción administrativa el llamado "bunkering" en determinados zonas.

Madrid, 29 de agosto de 2013
LA ABOGACÍA DEL ESTADO,

Fdo.: María Dolores Ocaña Madrid

SR. MINISTRO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE.-

- 8 -

MINISTERIO
DE AGRICULTURA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO
AMBIENTE