

EMILIO HONRADO DURANTE*Abogado
Profesor del CEF***Extracto:**

LA publicación en el BOE de 11 de abril de 2006, 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, justifica que a vuelapluma se hagan unos reproches al texto normativo que pretende regular, como indica el primer párrafo de su exposición de motivos «... las obligaciones que incumben a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de la Administración General del Estado, para prevenir situaciones que puedan originar conflictos de intereses».

Sumario:

1. Crítica al articulado.
2. Conclusión.

1. CRÍTICA AL ARTICULADO

La ley, que tiene 22 artículos, y que conforme a su disposición derogatoria única abroga la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, merece las siguientes críticas:

- **Artículo 4:**

El artículo 4 de la norma que se analiza al regular su objeto textualmente dice así:

«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 un puesto público e intereses privados propios de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.»

La duda surge con el sintagma familiares directos: ¿qué debe entenderse por familiares directos, sólo los integrantes de la unidad familiar, o bien, éstos y todos los consanguíneos, y dentro de éstos, si exclusivamente los de la línea recta o también los colaterales? ¿Y, respecto de los afines, están incluidos o hay que considerarlos como excluidos para reputar el grado de parentesco, como criterio de conexión en la aplicación de la ley?

Tampoco se puede acudir a la interpretación sistemática como ordena el artículo 3.1 del Código Civil (CC), puesto que, como se dirá más adelante al analizar el artículo 7.1 de la ley, en dicho precepto consta simplemente, sin otra especificación, «dentro del segundo grado», sin que se aluda a si es de consanguinidad o de afinidad, o se refiere a ambos.

- **Artículo 6.3:**

Textualmente, el precepto que se estudia reza así:

«En el supuesto de que la persona que sea nombrada para ocupar un puesto de los comprendidos en el artículo 3 poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su

nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses desde su adquisición».

En primer lugar, deberían haberse designado los diversos modos de adquisición de la participación (donación, herencia y legado), en lugar de emplear la expresión genérica de por sucesión hereditaria u otro título gratuito.

Por otro lado, dependiendo de la forma de adquisición, los problemas que con su redacción plantea el precepto que se comenta son distintos, a saber:

- i) Si se trata de una sucesión a título de herencia: no hay que olvidar que el artículo 657 del CC establece:

«Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». Y el artículo 440 del mismo texto normativo determina: «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia».

Finalmente, el artículo 1068 del meritado texto legal dispone: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

A la vista de los supracitados preceptos del CC cabe preguntarse, ¿cómo se computará el plazo de los tres meses que exige la ley para desprenderse de la participación? ¿Se iniciará desde la muerte del causante, momento este que según los precitados artículos 440 y 657 del CC será el hecho que motiva la adquisición? ¿O bien habrá que esperar a la partición, pues sólo ésta confiere la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados –art. 1.068 CC–?

Desde una perspectiva lógico-jurídica será desde la partición cuando se ha de computar el plazo de los tres meses para enajenar –desprenderse, según las palabras que emplea el artículo que se comenta– las participaciones, pues sólo desde ese momento ha adquirido el heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados –*ex* art. 1.068 CC–; puesto que la autorización de venta, antes de la partición, que le permite al heredero el artículo 1.067 del repetido texto normativo, se refiere al derecho hereditario en abstracto, sin olvidar que según se ha pronunciado el Tribunal Supremo (TS) de las que citamos, por todas, sus Sentencias de 5 de octubre de 1963 y 22 de febrero de 1997, «Se excluye la venta de bienes concretos de la herencia o parte indivisa sobre determinados bienes». Y en la misma dirección la Sentencia del Alto Tribunal de 30 de diciembre de 1996, que al respecto ha mantenido que «Cualquiera de los coherederos puede enajenar su cuota hereditaria pero no bienes concretos, ni cuotas recayendo sobre ellos sin el consentimiento de todos los demás».

Por lo tanto, de acuerdo con los preceptos del CC que se han transcrito, interpretados a la luz de la jurisprudencia del TS, el momento del que se ha de partir como día inicial para el cómputo del referido plazo de tres meses para desprenderse de la participación que origine

el conflicto de intereses será el de adjudicación de las susodichas participaciones previa la partición de la herencia.

- ii) Por lo que se refiere a los legados, si las participaciones que originan el conflicto de intereses tuvieran la procedencia de dicha institución, habrá que estar a la regulación que de ella hace el CC en su Libro III, Capítulo II, Sección 10.^a, precisando que de todos los preceptos que regulan los legados, a los efectos que aquí interesan, hay que destacar el artículo 882, que establece «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...», el artículo 885, «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que deber pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Será pues desde la entrega, por el heredero o por el albacea, cuando deba computarse el repetido plazo de los tres meses para desprenderse de la participación o participaciones conflictivas, y, por tanto, no se puede tener en cuenta la fecha de adquisición sino la de la entrega de aquéllas en la forma expuesta.

Y todo ello habiendo reducido el problema al estudio de dos preceptos (arts. 882 y 885 CC). Nótese que, sin embargo, la cuestión se puede complicar cuando estemos en presencia de los distintos tipos de legados, como pueden ser el de cosa genérica (art. 875 CC), de cosa ajena (art. 861 CC), o cuando se legare una cosa –acciones o participaciones– empeñada (art. 867).

- iii) Si por el contrario la adquisición de las participaciones generadas del conflicto tuviese su causa en una donación, el problema se reduce porque conforme al artículo 618 del CC «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta». Habría que estar, pues, a la aceptación para entender abierto el plazo de tres meses para desprenderse de la cosa donada, y ello sin perjuicio de que haya que observar las previsiones del artículo 632 del CC, cuando dispone «la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación».

Finalmente, y pudiéndose aplicar a las tres modalidades de adquisición a título gratuito –donación, herencia y legado–, lo lógico es que ante el posible conflicto que pueda originarse con la adquisición de las repetidas participaciones, lo más normal es que en lugar de adquirirlas y luego desprenderse de ellas, se repudie la herencia o legado, o no se acepte la donación, simplificándose así el proceso de transmisión y enajenación, con el consiguiente ahorro fiscal que ello conllevaría al no resultar gravado el hecho imponible que toda transmisión ocasiona.

• Artículo 7.1.

Cuya redacción es la 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.»

Aquí la dificultad de la interpretación nace –como ya se ha apuntado en párrafos precedentes–, en lo que se debe entender por «familiar dentro del segundo grado», pues cabe preguntarse: ¿a qué tipo de grado se refiere el legislador?, si lo hace al grado de consanguinidad –y dentro de éste tanto a la línea recta como a la colateral–, o si ha de entenderse incluido también en la palabra grado el parentesco por afinidad –sin olvidar el papel que han desempeñado este tipo de familiares en la reciente historia de España–. El laconismo empleado al referirse al término grado, será sin duda un semillero de controversias que surgirán indefendiblemente en la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, cuyo estudio ha motivado este trabajo.

• **Artículo 10.**

El artículo 10 a) señala:

«El ejercicio de un puesto de alto cargo será compatible con las siguientes actividades privadas, siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de la jerarquía administrativa:

- a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en el artículo 6 de la presente ley.»

De nuevo hay que ocuparse del término «administración del patrimonio personal o familiar». En primer lugar, hay que reprochar al legislador el que haya desaprovechado la oportunidad de definir lo que se debe entender por administración del patrimonio personal o familiar, viniendo a mantener la Ley 5/2006, de 10 de abril, la misma línea de indeterminación que las anteriores normas de incompatibilidades –se trata de la vigente Ley 53/1984, de 26 de diciembre, del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y de la derogada Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado–.

Hay que empezar por afirmar que a la dificultad técnico-jurídica de definir el concepto de patrimonio –cuestión esta no pacífica entre la doctrina–, se une el significado del verbo administrar, que según diccionario de uso del español de María MOLINER: administrar, verbo transitivo que proviene del latín *administrare*, significa dirigir la economía de una persona o de una entidad cualquiera, cuidar de los intereses de una Comunidad como hacen el gobierno, el ayuntamiento; dirigir, regir. Aliñado, amín, órgano ecónomo, encargado estadística, «gerente, gestor», intendente, mayordomo, ministra, nadir, subintendente, superintendente, ama de llave, corruptela. Economía, gobierno, conducir alguien bien sus propios asuntos. Manejarse. Aprovechado. Arreglado. Administrar con prudencia su dinero o sus bienes. Hacer tomar, aplicar o inyectar una medicina. Es el verbo específico para sacramentos, etc.

Sin perjuicio de la dificultad señalada para definir los términos patrimonio y administrar, entrando en el fondo de la cuestión, «la compatibilidad del ejercicio de un alto cargo con la administración de patrimonio personal o familiar», hay que comenzar por transcribir lo que ha dictaminado la Inspección General de los Servicios del Ministerio para las Administraciones Públicas en su Instrucción 13/1987, dictada con ocasión de aclarar la frase que nos ocupa a los efectos de la aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Considera el citado órgano administrativo que:

«La administración del patrimonio personal o familiar será compatible con el ejercicio de la función pública, por razón de excepción del régimen de incompatibilidades cuando se desarrolle de las siguientes formas:

Mediante la participación como consejero en Consejos de Administración u Órganos rectores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en la medida que tal nombramiento sea consecuencia de la titularidad de acciones o participaciones en proporción suficiente para ello; como único titular, conforme a lo dispuesto en las normas mercantiles por el acceso a los órganos de gobierno de estas sociedades. No queda exceptuado del régimen de incompatibilidades, por tanto el ejercicio de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero Delegado o Secretario de los órganos rectores.»

Y sigue el órgano informante aduciendo:

«Caso distinto es el de las Compañías Mercantiles Colectivas y Compañías Mercantiles en Comandita, pues en ambos casos los socios, lo son de dos categorías, gestores y no gestores para la primera, y gestores y comanditarios o no gestores en la segunda.»

«La calificación de gestor en las escrituras constitucionales de estas compañías implica la dedicación conforme al Código de Comercio, a la gestión, implicando esta actividad un alcance que excede de la simple protección a la gestión del patrimonio personal o familiar amparada en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, pues la gestión de estas compañías obliga a la realización de actividades mercantiles en provecho de los demás socios, conforme a las obligaciones que para estos gestores establece el Código de Comercio y demás disposiciones vigentes en materia mercantil. A mayor abundamiento es necesario tener en cuenta que la realización de estas actividades conforme a las normas mercantiles podría menoscabar el estricto cumplimiento de las obligaciones del ejercicio de la Función Pública, aspecto este de dicho ejercicio rotundamente protegido, como valor fundamental en la normativa de incompatibilidades.»

No comparte esta postura el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ, que haciendo uso de su autorizado parecer con ocasión de emitir un dictamen sobre la cuestión que nos ocupa, se ha pronunciado así:

«La actividad consistente en la administración del patrimonio personal o familiar es el primero de los supuestos que el artículo 19 de la Ley 53/1984 exceptúa del régimen de incompatibilidades que establece, situándolo fuera, es decir, extramuros del mismo y ello, lógicamente, porque detrás de él está el derecho fundamental de propiedad y, más aún, la libertad personal, el libre desarrollo de la propia

personalidad, que es fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de la Constitución.»

Esos límites están ya enunciados con carácter general por el propio artículo 19.1 de la ley cuando se remite a lo dispuesto en el artículo 12 de la misma.

El empleado público que administra su propio patrimonio personal o familiar no puede en ningún caso mezclar esa actividad de administración con los asuntos en los que intervenga, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir en el futuro por razón de su empleo público [art. 12.1 a)] –redacción que es prácticamente coincidente con las interdicciones de los apdos. 3.º y 4.º del art. 8 ley cuyo estudio nos ocupa–. Tampoco podrá simultanear un cargo público con otro en empresas, personales o familiares, que sean concesionarias o contratistas de obras, servicios o suministros de la Administración o a entidades públicas de ella dependientes o que cuenten con participación o aval en el sector público [art. 12.1 c)], o mantener en dichas empresas una participación superior al 10 por 100 [art. 12.1 d)].

El artículo 12.1 b) prohíbe igualmente la compatibilización del cargo público con la pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas o entidad en la que se integre el cargo público en cuestión.

Este límite, formulado en términos excesivamente genéricos por la ley, ha sido precisado por la Inspección de Servicios –en los términos más arriba indicados– en el sentido de admitir la compatibilidad con el ejercicio como Consejero de Sociedades cuando el nombramiento de tal sea consecuencia de la titularidad de acciones o participaciones suficientes en el capital de las mismas, adjetivo este de «suficientes» que quiere significar «tener derecho a» ostentar tal puesto según la legislación societaria por la que la legislación excluye los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero Delegado o Secretario en la medida en que ningún socio «tiene derecho» a que se le nombre para ellos.

Esta interpretación es, a mi juicio, demasiado rígida y no se corresponde con el espíritu y finalidad de la ley, ni tampoco es del todo conveniente con el resto de la interpretación que realiza la Inspección de Servicios del artículo 12.1 g), porque lo importante es, naturalmente, participar en la gestión de la sociedad o no, como la propia Inspección de Servicios reconoce cuando admite expresamente «la participación como socio colectivo no gestor».

Ser presidente o vicepresidente no es más, ni da más derechos (imagen o representación social aparte) que ser simple consejero, si esa presidencia o vicepresidencia no va acompañada de la delegación de algún poder que el simple Consejero por el solo hecho de serlo no tenga.

La exclusión del cargo de Secretario del Consejo de Administración tampoco tiene mayor justificación en la forma general en que se formula por la Inspección de Servicios, porque el Secretario carece de todo poder o participación en la gestión. Sólo en aquellos casos (grandes sociedades) en los que el cargo de Secretario requiere una dedicación profesional estaría justificada la exclusión, pero no

ya por este concepto, sino por razón de la dedicación exigida por la sociedad, esto es, por constituir un puesto de trabajo propio cuyo régimen horario entre en colisión con el de empleo público, supuesto contemplado específicamente en el artículo 12.2.

Nada se dice ni en el artículo 12 de la ley, ni en la interpretación que ha hecho de él la Inspección de los Servicios, del cargo de administrador de una sociedad patrimonial o de tenencia personal o familiar, supuesto muy frecuente, por lo demás, pero tanto en este como en los demás supuestos no específicamente aludidos que la realidad, siempre más rica que la imaginación, pueda plantear, la solución es, en principio, muy simple:

- El punto de partida es en este caso favorable a la administración del patrimonio personal o familiar, por lo que las eventuales dudas deben resolverse siempre, en principio, *pro libertate*, ya que *odiosa, restringenda sunt*.
- Sólo en los casos de que exista una amenaza real y efectiva de menoscabo o compromiso de los deberes públicos estará justificada la eventual negativa a reconocer (que no autorizar) la compatibilidad.

Como se puede comprobar de las fundadas opiniones que se han introducido en los párrafos precedentes, la cuestión de qué se entiende por administración del patrimonio personal o familiar, no es pacífica, y ha dado –y dará– lugar a sabrosas controversias.

Una vez más el legislador ha desaprovechado la ocasión que le brindaba una nueva norma para definir de forma clara e inequívoca lo que entendía por aquella función. Debería haberse pronunciado de un modo tajante sobre dichos conceptos, y su posible compatibilidad o incompatibilidad con la condición de miembro del Gobierno o Alto Cargo. Al no haberlo hecho así, se suscitarán artificiosas interpretaciones que no siempre serán respetuosas con el espíritu de la norma. La conducta seguida en la regulación del término administración del patrimonio personal o familiar ha sido totalmente ancilar con las anteriores normas de incompatibilidades, y queda así, sin resolver, el problema que nos ocupa, y con ello se introduce una vez más un alto grado de indeterminación en el significado de unos preceptos que atenta contra la proscripción que hace el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, sobre la inseguridad jurídica.

2. CONCLUSIÓN

A modo de epílogo se debe decir que el juicio que merece el nuevo texto de la Ley 5/2006, de 10 de abril, no puede ser positivo, pues adolece de importantes defectos de técnica jurídica que constituirán un cúmulo de problemas en su aplicación, y ello unido a una cierta pereza legislativa, por lo que el legislador se ha limitado a emular la redacción de la normativa anterior de incompatibilidades, sin preocuparse por definir conceptos que ya han suscitado arduas polémicas en su configuración.