INFORME JURÍDICO RELATIVO A LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS PARA LOS CARGOS PÚBLICOS EN EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE 1/2014, DE 26 DE JUNIO, REGULADORA DEL CÓDIGO DE CONDUCTA Y DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES DE LOS CARGOS PÚBLICOS.

Se ha formulado una consulta sobre la interpretación y alcance que debe darse al artículo 22 de la ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos (BOPV de 1 de agosto de 2014), y a la que de ahora en adelante denominaremos Ley 1/2014.

En concreto, la pregunta que se nos traslada es cómo debe interpretarse la limitación que establece el artículo 22.1 (según el cual “Quienes desempeñen cargos públicos sometidos a esta ley no podrán tener, por sí mismos o junto con su cónyuge, sea cual fuere el régimen matrimonial, o con su pareja de hecho, hijos e hijas dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un 10 % en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público de la Comunidad Autónoma, o sean subcontratistas de tales empresas, o reciban subvenciones provenientes de cualquier entidad integrante de dicho sector público”), en los supuestos en que estemos ante un cargo público que está casado en régimen de separación de bienes y no es titular de ninguna participación en empresas societarias descritas en el citado artículo.

Asimismo, y en relación con dicho precepto, se nos trasladan dos cuestiones más, una, relativa a cuál es el “dies a quo” a los efectos de aplicar el artículo 22.3 de la Ley 1/2014 (según el cual el cargo público que se encuentre en la situación patrimonial prohibida deberá desprenderse de las participaciones que superen los límites establecidos en los apartados anteriores en el plazo de tres meses desde su nombramiento o de la adquisición de las participaciones), y la otra, sobre cómo debe computarse el plazo de dos años previsto en el artículo 20.1.b), en relación con lo previsto en la disposición transitoria primera, ambos de la Ley 1/2014, de acuerdo con los cuales quienes actualmente ocupen alguno de los cargos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley estarán obligados a efectuar, en un plazo de seis meses desde la aprobación del catálogo de cargos públicos regulado en la Ley, una declaración sobre las actividades públicas y privadas que que hubieren desempeñado durante los dos años anteriores al inicio de su relación de servicio como cargo público, en los términos en que se determine reglamentariamente.

También, y en relación con lo anterior, se nos pregunta sobre el alcance de la prohibición de contratar que se establece en el artículo 60.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, según el cual:

“No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

(…)

f) Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril (LA LEY 3407/2006), de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (LA LEY 2769/1984), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (LA LEY 1596/1985), del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal”.

A continuación pasaremos a dar respuesta a las cuestiones planteadas.

1. **Sobre el artículo 60.1.f) de la ley de Contratos del Sector Público**.

Empezando por la última de las cuestiones planteadas, en efecto, la legislación contractual, tanto en su redacción actual en el precepto citado como en la legislación anterior, se remite a los diferentes regímenes de incompatibilidades (en concreo al del Estado y al derivado del régimen electoral general), a los que extiende la prohibición para contratar.

Además, de la lectura de este precepto nos lleva a la conclusión de que la prohibición se extiende a las empresas en las que dichos cargos tengan participaciones y al cónyuge o pareja y descendientes de los que ostente representación. No queda tan claro, sin embargo, si la prohibición se aplica sólo a los altos cargos del Estado y electos (es decir, aquellos que se encuentran en los supuestos de la Ley 5/2006 y la LOREG) y las empresas en que ellos participen (quedando fuera quienes se encuentren en casos de incompatibilidad regulados en otras leyes, como las autonómicas) y si la extensión “en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores” debe entenderse en el mismo sentido o no.

En cuanto a la aplicación de la citada prohibición en el ámbito del sector público de la CAPV, el propio dictamen 46/2012 de la COJUA, en relación con el anteproyecto de nuestra ley de conducta de los cargos públicos, se refiere a la naturaleza de legislación básica de la prohibición de contratar contemplada en el artículo 60.1.f) de la ley de Contratos del Sector Público en los siguientes términos:

1. Según la disposición final segunda. 3 constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE en materia de legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.
2. Si bien una primera lectura podría llevar a pensar que la prohibición afecta en exclusiva a los altos cargos de la Administración General del Estado, una lectura más atenta de su tenor literal genera importantes dudas.
3. Mientras su primer párrafo se refiere a las personas físicas, el segundo alude a las personas jurídicas y expresamente prohíbe contratar con aquellas en cuyo capital participen, “en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada”, el personal y los altos cargos de “cualquier Administración Pública”, así como los cargos electos al servicio de la misma ─desplegando la prohibición con una clara vocación de generalidad─.
4. En el supuesto de los altos cargos, la conexión más evidente es con el artículo 6 LCI que impone limitaciones patrimoniales en participaciones societarias ─de lo que se hace eco el anteproyecto en el artículo 20─, pero igualmente hay que entender que se refiere al artículo 8.3 LCI que también comprende el caso de las empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por ciento ─sin que la refleje el artículo 17 del anteproyecto─.

Y concluye este fundamento señalando *que una prohibición que preserva valores constitucionales y que para ello define en negativo los ciudadanos que pueden contratar induce a pensar que se trata de una norma que tiene por objeto garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación pública, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones, lo que podría privar de sustento a la idea de que en este aspecto el legislador autonómico goza del margen de libre apreciación que dimana de la falta de inclusión en la LCI de reglas comunes para todas las administraciones públicas*.

Pero este criterio no es uniforme en toda la doctrina, pues es contradictorio, por ejemplo, con el informe 37/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Junta de Andalucía). Dicho informe concluye que…”no puede entenderse extendido sin más el régimen de incompatibilidades estatal a todas las Administraciones Públicas por el simple hecho de la referencia incluida en la Ley de Contratos del Sector Público…

A ello no es ajeno, a pesar de lo transcrito del dictamen de la COJUA, la cuestión competencial, ya que los diferentes regímenes de incompatibilidad de funcionarios, altos cargos y cargos electos de las diferentes comunidades autónomas contienen diferencias que aunque podrían parecer de matiz, que no dejan de ser relevantes, tanto respecto a la formulación concreta (por ejemplo, con regímenes de incompatibilidad más estrictos cuando el cargo se retribuye únicamente con un sistema de dietas o indemnizaciones o más laxo que en aquellas otros casos en que se han optado por un sistema de retribuciones fijas) como respecto al ámbito de aplicación o alcance (por ejemplo, en algunos casos, como el vasco, limitados a las empresas que contratan con el sector público autonómico al que peternezca el cargo eventualmente incompatible; en otros casos, extendido a los sectores públicos provincial estatal o autonómico, aún y cuando la capacidad de influencia del cargo sobre estas administraciones sea cuestionable). Así, ha quedado claro (por ejemplo, en la STC 155/2014 sobre la Ley de incompatibilidades aplicables a los parlamentarios andaluces, FJ 4 y siguientes) que las Comunidades Autónomas disponen de un amplio margen de configuración de un sistema de incompatibilidades propio, que al fin y al cabo se vincula a una organización política determinada y a un derecho de participación política (artículo 23.2 CE), de configuración legal, sin que ello suponga la eventual vulneración del principio de igualdad en la Ley.

En uno u otro caso, evidentemente, la previsión de la Ley de Contratos del Sector Público presenta un efecto “circular”, en la medida en que el tipo de vicio contractual que nos ocupa se remite a una definición de incompatibilidad que, aunque incorpora, le es ajena y depende de la posición que tenga la legislación de incompatibilidades respectiva en la Administración pública contratante. Así lo deja pantente la jurisprudencia que reproducimos a continuación.

Por otro lado, también surgen dudas de si la extensión de la prohibición de contratar a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes sobre los que se tenga representación es absoluta, de forma que no podrán contratar nunca, ni por sí mismos o a través de empresas cuando sean administradores o tengan participaciones por encima de los porcentajes señalados (respecto a la situación de cónyuges administradores, pueden verse Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado nº 45/2001, de 30 de enero de 2002, o 53/13, de 27 de junio de 2014), o si debe aplicarse en tal caso el régimen de incompatibilidades en su totalidad, de manera que la situación pueda resolverse por otras vías como pueden ser las normas de abstención e inhibición, o las excepciones aplicables a la mera gestión del patrimonio personal, que determinan la ausencia de incompatibilidad.

Lo lógico sería entender que si el régimen de incompatibilidad debe aplicarse de forma completa y no es absoluto, también la extensión a los cónyuges debe admitir las mismas excepciones, e interpretarse no sólo con las mismas excepciones, sino incluso de manera más limitada puesto que la afectación al interés público es más indirecta.

A modo de ejemplo, nos parecen muy clarificadoras las palabras del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 5 Feb. 2008, que termina dictando a favor de la recurrente en un caso en el que la sentencia de instancia había dictaminado que podría haber incompatibilidad y, por tanto, prohibición para contratar en relación con la cónyuge de un funcionario de la Diputación recurrida. Y dice así el tribunal:

*“FUNDAMENTO SEGUNDO.- Al fijar la LCAP las prohibiciones de contratar en su art. 20 , apartado e) utiliza la técnica legislativa de remisión a otro cuerpo legal para lo relativo a empleados públicos, sean funcionarios u otro tipo de cargos. Técnica que en el presente caso supone la llamada a un texto del año 1984 y de finalidad, contenido y naturaleza muy distinta a la de la LCAP que lo integra en su contenido. Con ello, y en supuestos como el que se presenta en este procedimiento,* ***necesariamente deben surgir dudas interpretativas,*** *ya que debe procederse a la coordinación entre un texto como la LCAP que lo que quiere, en el extremo que nos ocupa, es asegurar la claridad, y limpieza en las contrataciones, con otro, la LI, que lo que pretende es evitar o limitar que los empleados públicos se dediquen a un actividad laboral o empresarial distinta de la propia de la función pública, sea o no incompatible con su empleo público.*

***La dificultad interpretativa debe afrontarse, en primer lugar, por consideración de que la llamada del texto de la LCAP a la LI lo es a su totalidad, no sólo a determinados artículos.*** *Así se desprende de la literalidad del art. 20.e) de la LCAP cuando indica como prohibición para contratar la de "Estar incursa la persona física... en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre ..." (…)*

*QUINTO.- Por otro lado, cabe añadir,* ***tal interpretación*** [de que la remisión debe entenderse hecha al régimen en su totalidad] ***es la más respetuosa con la necesaria restricción en la aplicación de las normas prohibitivas, especialmente cuando son de compleja interpretación como es el caso.***

*Además evita la conclusión absolutamente excesiva, que nada permite deducir haya querido el legislador, a que llevaría conducir hasta sus últimos extremos la interpretación de la Diputación recurrida, y que no sería otra que la de prohibir a todo empleado público de los previstos en el art. 2 de al LI por el sólo hecho de serlo a contratar con cualquier Administración Pública.*

*E igualmente la interpretación hecha evita la contradicción que se produciría entre la aplicación final de la LI para los casos que regula y la aplicación para los casos a que es llamada por la LCAP: si se mantiene la interpretación de la recurrida, es efecto inevitable que a todos los empleados públicos del art.2 de la LI les quedaría prohibido contratar con la Administración, mientras que los mismos empleados públicos sí podrían hacer ciertas actividades que la propia LI considera compatibles o que pueden ser autorizadas a pesar de ser inicialmente incompatibles.* ***Es decir, la llamada de la LCAP a la LI acabaría prohibiendo más por la referencia a la otra ley que lo que la propia ley llamada prohíbe, impide, restringe o limita para los casos que regula”.***

Por lo demás, la propia jurisprudencia ha dejado también claro que, frente a automatismos estériles, como el que pretendiera fijarse exclusivamente en la titularidad del contrato o de la empresa o explotación (especialmente cuando la adjudicataria sea una persona jurídica, en la que pueden concurrir intereses ajenos tanto al cargo público como a los de sus familiares), también desde la perspectiva de contratación el criterio determinante debe ser el asegurar la inexistencia de un aprovechamiento del cargo para la obtención del contrato por la Asociación adjudicataria, en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas, no el limitar aquella actividad económica o contractual de los cargos o funcionarios que se desenvuelva en términos de legalidad (así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 28 Dic. 2006, rec. 911/2000, FJ 2).

En conclusión, la Ley de Contratos del Sector Público debe interpretarse desde su función garante de los principios de concurrencia, publicidad e igualdad en la contratación y de acuerdo en relación con la correspondiente Ley de Incompatibilidades. Pasamos a analizar tal cuestión.

1. **Sobre la interpretación del artículo 22 de la Ley 1/2014**.

Dicho lo anterior, debemos entender por tanto que la propia dicción de la Ley de Contratos del Sector Público, para determinar cuándo nos hallamos ante una contratación prohibida nos vuelve a remitir a la legislación sobre incompatibilidades y conflictos de interés y, por tanto, en nuestro caso, al artículo 22 de la Ley 1/2014, que tiene la siguiente redacción:

*“Artículo 22.– Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias.*

*1.– Quienes desempeñen cargos públicos sometidos a esta ley* ***no podrán tener, por sí mismos o junto con su cónyuge, sea cual fuere el régimen matrimonial,*** *o con su pareja de hecho, hijos e hijas dependientes y personas tuteladas,* ***participaciones directas o indirectas superiores a un 10 % en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público de la Comunidad Autónoma, o sean subcontratistas de tales empresas, o reciban subvenciones provenientes de cualquier entidad integrante de dicho sector público.***

*2.– Cuando se trate de sociedades mercantiles cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, o la cuantía que al efecto se fije en las leyes de presupuestos, la prohibición establecida en el apartado anterior se aplicará cuando los sujetos descritos reúnan participaciones que, aun no llegando al diez por ciento allí establecido, supongan una posición en el capital de la empresa que permita condicionar de forma relevante su actuación.*

*3.–* ***El cargo público que se encuentre en la situación patrimonial prohibida en este artículo deberá desprenderse de las participaciones que superen los límites establecidos*** *en los apartados anteriores en el plazo de los tres meses posteriores a su nombramiento. Si la situación patrimonial prohibida se adquiriera de manera sobrevenida durante el ejercicio del cargo, por sucesión hereditaria u otro título gratuito, tendrá igualmente tres meses, contados desde que se produzca la adquisición, para desprenderse de las participaciones que superen los límites establecidos.*

*4.– Tanto las situaciones patrimoniales reguladas en este artículo como la transmisión de las participaciones serán declaradas al Registro de Personal para su anotación en el Registro de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales”.*

Este precepto viene a sustituir al artículo 7 de la Ley 32/1983, de 20 de Diciembre, «incompatibilidades por el ejercicio de funciones públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco», según el cual:

*“Artículo 7.°-El personal al que se refieren los números 2 y 3 del artículo anterior* ***no podrá compatibilizar el ejercicio de sus cargos y funciones públicas con:***

*…*

*b)* ***La titularidad individual o compartida de conciertos de prestación continuada o esporádica de servios o******la participación superior al diez por ciento en Sociedades que tengan conciertos de prestación de servicios****, cualesquiera que sea la naturaleza de éstos, con la Entidad en la que se preste la función pública”.*

En este último precepto la referencia a la titularidad “compartida” de conciertos de prestación de servicios podría indirectamente hacer referencia a una situación conyugal, especialmente cuando el matrimonio tuviera un régimen económico matrimonial de gananciales y el cónyuge prestara servicios a la Administración.

Pero tratándose de una situación de tenencia de participaciones, con la legislación anterior, resultaba ciertamente más complicado vincular la titularidad de las participaciones conyugales, con una eventual incompatibilidad, aunque fueran relativas a una empresa que prestara servicios a la Administración. En el caso de que la participación fuera compartida con el cónyuge, si nos encontrábamos en un régimen de gananciales, aún podría argumentarse la incompatibilidad, conforme al primer inciso, en la medida en que ello determinaba que el cargo participaba directamente y de igual manera que su cónyuge en los beneficios de esa empresa.

Pero ello resultaba mucho más difícil de argumentar si, aún siendo la titularidad de las participaciones compartida (es decir, aún teniendo por separado ambos cónyuges participaciones e interés en la empresa) y aún siendo esta superior al 10% establecido, el matrimonio se regía por la separación de bienes, ya que si el el porcentaje del cargo fuera inferior a esa cifra, su interés directo circunscrito a sus propias participaciones, no superaría el porcentaje que directamente le estaba prohibido.

Ello, podría entenderse, permitiría abrir la puerta a fraudes de ley cuando el alto cargo se valiera de la interposición del régimen de separación de bienes para ocultar sus intereses privados o de su influencia para favorecerlos.

Visto el cambio legislativo, la cuestión que se nos plantea deriva del alcance que debemos dar ahora a la expresión *“por sí mismos o junto con su cónyuge, sea cual fuere el régimen matrimonial,…”.* Parece claro que, con la nueva redacción, siempre que el cargo publico tenga alguna participación, aunque el régimen sea el de separación de bienes, existe la incompatibilidad y la prohibición de contratar si la suma de las participaciones de ambos supera el 10% en la empresa.

Pero dado que la prohibición de tener un determinado porcentaje de participaciones se dirige de forma directa al alto cargo, y no al cónyuge (que sólo se ve indirectamente afectado en tanto que por conjunción con el primero), no queda tan claro si debe entenderse que cuando se indica “***por sí mismos o junto con su cónyug*e**” este último se ve afectado también por su exclusiva participación cuando el alto cargo no tenga participación alguna.

Intentar cerrar toda posible vía de fraude de ley, como los que podían producirse con la legislación anterior, podría llevar a una lectura estricta que, como medida profiláctica, entendiese este último caso también incurso en una situación de incompatibilidad y prohibición de contratar con la administración.

Pero no hay duda que, junto al interés de prevenir las contrataciones fraudulentas y el tráfico de influencias deben tenerse en cuenta también otros elementos de juicio, otros intereses públicos y otros daños colaterales que tal lectura podría ocasionar. Y, por ello, antes de descartar sin más otras lecturas alternativas que caben en el literal de la ley, debe reconocerse que la casuística puede ser tan variada que, como mínimo, conviene considerarlo con cautela.

Sin embargo, los elementos de juicio que disponemos a la hora de interpretar este precepto concreto, son limitados.

La nueva Ley 1/2014, de 26 de junio, del Parlamento Vasco, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, es fruto de una iniciativa parlamentaria y, como tal, adolece de la recopilación de antecedentes y de la participación ciudadana e institucional, que hubiera permitido gozar del necesario argumentario interpretativo.

Es más, el escasísimo tiempo acaecido desde su aprobación hace que carezcamos de referentes jurisprudenciales que arrojen luz sobre este particular.

Por otro lado, aunque la analogía con los regímenes de incompatibilidades regulados tanto a nivel estatal como en otras Comunidades Autónomas y con respecto a funcionarios y cargos electos, pueda arrojar cierta luz sobre el caso, esta deberá emplearse siempre limitadamente, puesto que se refieren a regímenes con redacciones muy similares a la ahora adoptada pero también con matices que pueden resultar relevantes.

Y aún así, siendo generalizado en multitud de normas la referencia al límite social del 10%, tampoco hemos encontrado jurisprudencia que se dedique directamente a desentrañar la interpretación de este precepto concreto sobre el modo en que deben computarse las participaciones sociales de los cónyuges (especialmente, en ausencia de participaciones directas del cargo público), a los efectos de determinar o descartar la incompatibilidad de la actividad contractual de una empresa con la administración.

En consecuencia, recurriendo a los criterios interpretativos generales que nos facilita el artículo 3.1 CC (según el cual, “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 que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”), ha de admitirse, de entrada, que la literalidad del precepto –artículo 22.1- con la expresión “por sí mismos o junto con…”, y especialmente en un caso de separación de bienes, permite una doble lectura, en función de si tomamos como referencia el cargo público o si tomamos como referencia a los dos miembros de la pareja o matrimonio (o descendientes concernidos).

En el primer caso, si entendemos que el mandato de la Ley se dirige en primera instancia a los cargos públicos, y sólo indirectamente a sus cónyuges o familiares, se pueden distinguir los siguientes supuestos:

1. Es claramente incompatible que el cargo público tenga “por sí mismo” más de un 10 % de participaciones en una empresa que tenga contratos con la Administración.
2. Es claramente incompatible que el cargo público tenga cualquier porcentaje, siempre que tenga alguno, si sumado el de su cónyuge (“junto con ”) supera ese porcentaje. Del mismo modo, es incompatible para el cargo público que su cónyuge tenga cualquier porcentaje, si sumado al suyo propio supera ese porcentaje.
3. Sin embargo, sería dudoso que pueda definirse una incompatibilidad del cargo público porque su cónyuge (no él) tenga “por sí mismo” la titularidad de un determinado número de acciones (aunque sea superior al 10% de una empresa), si no es “junto con” el cargo público (que es, lo que, literalmente, prohibe el precepto).

Es decir, sería acorde con la exigencia de que la “tenencia” por la persona que desempeña el cargo público de participaciones en la empresa en cuantía superior al 10 %, especialmente en el caso de un régimen de separación de bienes, requiera partir de algún tipo o porcentaje de tenencia a título particular como condición ineludible para que se le pueda situar en incompatibilidad.

En tal caso, si el o la cargo no posee participación alguna, resultaría indiferente la situación de su cónyuge o hijos dependientes en relación con la empresa que contrata con el sector público de la CAPV. Haría falta por tanto la tenencia de participaciones del o la cargo para que resulte operativa la previsión legal sobre cómputo conjunto de la participación simultánea que puedan ostentar otras personas allegadas en la misma empresa para que surja la incompatibilidad.

Esta lectura, centrada en la prohibición dirigida al cargo publico, es plenamente coherente con el hecho de que la solución que la ley ofrece para poder enervar la causa de la incompatibilidad, que el cargo afectado por la incompatibilidad se desprenda de las participaciones que la determinan, no es aplicable al supuesto de participaciones exclusivas del cónyuge. El precepto legal no ordena al cónyuge desprenderse de nada. Y lógicamente, si quien tiene todas las participaciones es otra persona diferente al alto cargo (incluidos los hijos dependientes o los cónyuges), tal posibilidad de venta queda fuera de la capacidad de disposición del alto cargo, que no puede cumplir por sí mismo el mandato legal, porque no puede obligarlos a vender.

Desde esa perspectiva, la ley, que obedece al sentido de proscribir la posibilidad de que el o la cargo pueda perseguir la obtención de un lucro personal ilegal mediante el disfrute de un dominio cuantitativo determinado sobre una empresa a la que por su posición podría favorecer, y en la medida de lo posible, que para ello pueda valerse de subterfugios legales como la interposición de un régimen de separación de bienes o similares. Pero este precepto encuentra su propio límite a la hora de tratar con terceros que, estando en la órbita de influencia del alto cargo, no son propiamente este, ni pueden trasladárseles automáticamente todas las prohibiciones y limitaciones que a él le son aplicables.

Por supuesto que a ello se añade el régimen legal ordinario de abstenciones y recusaciones, que ya sirven de profilaxis frente a los casos que queden fuera del régimen de incompatibilidades, pues le impiden también al alto cargo participar en procesos de contratación con una empresa en la que este o su cónyuge tengan intereses particulares, pues el artículo 10.1 dice así:

“Artículo 10.–*Deber de abstención e inhibición*

*1.– Además de los supuestos de abstención establecidos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, los cargos públicos al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi se* ***abstendrán de intervenir en actividades, decisiones o iniciativas en las que concurran o se favorezcan intereses propios, de su cónyuge o pareja de hecho o de familiares*** *dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o intereses que compartan con terceras personas”.*

Por el contrario, tampoco puede negarse que, si abandonamos la perspectiva del alto cargo, el texto de la Ley admite una segunda lectura, que a primera vista, podría hasta resultar “más natural” en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conforme a la cual lo determinante es el resultado de la suma de todas las participaciones afectadas, sean las del cónyuge o las del cargo público. Desde esta perspectiva, el inciso “por sí mismos o junto con su cónyuge” puede leerse como que el alto cargo incurrirá en incompatibilidad, aún y cuando no tenga por el mismo participación alguna, cuando la suma de las participaciones de ambos supere dicho porcentaje del 10 %.

Evidentemente, corren tiempos en los que la sospecha sobre los casos de corrupción y la actividad de los cargos públicos ha pasado a ser tan común como generalizada, dejando ya atrás prácticamente toda relación con la presunción de inocencia. Tal es así que, por ejemplo, la oficina de conflictos de intereses de los cargos públicos que ha creado la Administración estatal está asumiendo como criterio de cautela esta interpretación laxa de la incompatibilidad –aunque restrictiva del derecho de acceso al cargo público-, con el fin de buscar la mayor exclusión posible de los comportamientos sospechosos, ganar mayor confianza pública y perseguir la corrupción con más garantías de éxito.

Para desentrañar el auténtico sentido del precepto, relativo al régimen de incompatibilidades aplicable en nuestra comunidad autónoma, como ya hemos adelantado, con los matices que luego se dirá, no podemos dejar de observar que la redacción del texto tiene un contenido muy similar a lo previsto en las diferentes leyes que sobre esta cuestión se han aprobado, tanto por otras CC.AA como, por el Estado, lo que nos interesa especialmente en este momento por la remisión que a él hace el régimen de las prohibiciones para contratar establecido en la Ley de Contratos del Sector Público y por la modificación que está proyectada respecto a su redacción.

Así, el artículo 6 de 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, tiene la siguiente redacción:

*Artículo 6. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias.*

*1.* ***Los titulares de los cargos previstos en el artículo 3 no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial****, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas,* ***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.*

*2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.*

*3. 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.*

*Dicha participación y posterior transmisión serán, asimismo, declaradas a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales en la forma que reglamentariamente se determine.*

La cuestión es que el matiz de la referencia a la posición de terceros –cónyuges, parejas de hecho, o hijos dependientes- fue introducido en la ley estatal de 2006 respecto a un texto anterior de 1995 que no lo contenía, suscitando como es lógico la duda y la necesidad de explicación. El actual texto de la Ley vasca hemos visto que se suma a la redacción.

Aplicada tal dialéctica al caso que nos ocupa, podríamos pensar que se ha comenzado a asumir que la incompatibilidad del cargo público se extiende casi de forma sistemática a la situación del conyuge y de los hijos dependientes y de sus ocupaciones o participaciones empresariales, que se suman a las del cargo, aunque éste no tenga participación alguna en la empresa, en el entendido de que la mera situación familiar ya determina una situación de interés (más o menos indirecto) y que su interposición no resulta sino una forma de ocultar o difuminar el conflicto con el interés propio del alto cargo.

Sin embargo, esa solución no deja de ser problemática. Por un lado, conlleva eivdentes “daños colaterales”, al extender indiscriminadamente la restricción de derechos, la definición de incompatibilidades y la prohibición de contratar, a personas físicas o jurídicas que, en principio, aunque cercanos al cargo, no son propiamente este (y sobre los que, además, el cargo no tiene derecho ni disposición directa), retringiendo notablemente las posibilidades profesionales de personas que no están directamente a sueldo de la Administración. Pero, además, que tampoco resulta en un profiláctico eficaz del tráfico de influencias, porque nada impide que, dentro de la casúistica más variada, quien quiera buscar su propio beneficio o violentar la prohibición pueda interponer a terceras personas, o buscar cualquier otro subterfugio.

Advertido esto, y máxime cuando nos encontramos ante un cambio legislativo reciente, en el que nos encontramos tanto con cargos como con situaciones conyugales anteriores a la entrada en vigor de la Ley, hace que debamos ser extremadamente cautelosos de cara a adoptar una interpretación rigorista y basada en automatismos de cómputo como esta última. Tal interpretación conduciría al absurdo de abrir una auténtica “caza de brujas” entre las y los cargos públicos, nombrados antes de que se aprobase la Ley.

Por otro lado, dentro de esta ponderación de los antecedentes y del contexto actual de la regulación, no podemos dejar de advertir cómo está tramitándose en el Congreso de los Diputados una nueva ley estatal que precisamente abandona la redacción que nos ocupa, para adoptar otra en la que sencillamente se determina que la incompatibilidad afecta al o a la cargo público que disfrute una “tenencia” de participaciones en la empresa “por sí o por persona interpuesta” superior al 10%.

El Consejo de Estado, al analizar tal previsión en el anteproyecto de ley, pone de relieve el cambio, señalando que la anterior redacción se preocupaba del criterio para el cómputo de participaciones con el cónyuge o los hijos dependientes, mientras que la actual redacción que se pretende sólo se preocupa de que concurra la “tenencia o posesión de participaciones”. Cuestiona al Gobierno por la situación de concurrencia con las personas allegadas y, sin embargo, éste mantiene la redacción sin cambio alguno, lo que nos indica posiblemente que el debate no debe centrarse en cómo se computa, sino en el análisis de fondo sobre si existe o no una persona “interpuesta”.

La interposición, como proceso que es, requiere de una intencionalidad y, además, de una interpretación de la situación a lo largo del tiempo.

Advertido en tal caso que no es justo un análisis estático de la situación, el debate se complejiza aún más. Es decir, que no es lo mismo el desempeño de un cargo posterior a una situación de un cónyuge empresario o empresaria con una trayectoria previa correcta, que el desempeño “preparado”, articulando a posteriori los aprovechamientos para eludir la recta aplicación del derecho.

La capacidad de control sobre la empresa por sí o por persona interpuesta es lo que verdaderamente interesa averiguar para poder deducir si hay ánimo de defraudar y por lo tanto, que deba proceder una interpretación de la situación como incompatible. En otras palabras, no basta con tener un cónyuge empresario o empresaria que ha contratado con la administración pública o ha recibido subvenciones, sin más, para poder deducir que hay incompatibilidad del cargo público. Esto hace que, en la medida en que lo permita el litaral de la Ley, apostemos por una interpretación *ad casum* de los supuestos de hecho para ver si su encaje con la literalidad de la ley conduce a una evidente situación irregular o no.

Resulta paradigmática, en este caso, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 11 Jun. 2014, rec. 540/2012, respecto a la posible incompatibilidad del Presidente de dicha comunidad autónoma:

*D) LA ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIO PERSONAL EN MODO QUE NO COMPROMETA LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LAS FUNCIONES.*

*“No obstante,* ***el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2º de la Constitución , quedaría seriamente restringido con una interpretación extensiva*** *del concepto de "mera administración del patrimonio personal o familiar" que la Ley considera compatible con el cargo público(…).*

*El criterio de la parte demandante* ***conduce a que ningún profesional podría acceder a ser miembro de un gobierno porque en dicho gobierno siempre se adoptarán decisiones colegiadas que afectan a su profesión.*** *La expresión máxima de lo anterior se concentra en la persona del Presidente del Gobierno, afectado por todos los órdenes sectoriales.*

*El interés personal en decisión concreta tiene un mecanismo corrector distinto de la incompatibilidad: la abstención y/o recusación (**arts. 28 (LA LEY 3279/1992)**y**29 LRJyPAC (LA LEY 3279/1992)**;**art. 36 de la Ley balear 4/2011, de 31 de marzo (LA LEY 6957/2011)**).*

*De entenderse que cualquier relación entre la función pública a la que se pretende acceder y la profesión que se ejercía, es por sí solo determinante de incompatibilidad,* ***resultaría que sólo los ciudadanos con nulo pasado profesional, pueden acceder a cargo público. O lo que es lo mismo: sólo pueden acceder los profesionales de la política.***

***La interpretación de la norma ha de permitir el acceso a la vida pública a profesionales con actividad privada porque ello redunda en beneficio de la sociedad, que se vería privada de poder tener gestores y dirigentes altamente cualificados en sus distintos campos profesionales, y además, una interpretación tan restrictiva y constrictora, constituiría una interpretación disuasoria para aquellos, porque en su caso acceder a la vida pública les comportaría un quebranto absoluto en su vida, de forma que al fin se traduciría en una discriminación intolerable e incompatible con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la CE .***

*En penúltimo párrafo del apartado A) anterior ya se ha indicado que el art. 3.3º de la Ley 2/1996 precisa que el segundo de los principios que informan el régimen de incompatibilidades es el de evitar desempeño de actividad externa que afecte a la "imparcialidad" que el ejercicio de las funciones públicas requiere. Por lo explicado,* ***entendemos que la propiedad de una oficina de farmacia no compromete la imparcialidad o independencia de las funciones de Presidente de Illes Balears, salvo que se aplique un criterio interpretativo que conducirá a que igualmente quedan comprometidas cualquiera que fuese la profesión que se ejerciese o el elemento patrimonial de que dispusiera.***

***Procede así rechazar la invocada incompatibilidad por causa de propiedad de la referida oficina de farmacia.***

Al fin y al cabo, trayendo a colación los últimos dos criterios interpretativos del reiterado artículo 3.1 CC, los propios antecedentes legislativos de la Ley 1/2014 nos dejan ver cómo, durante los debates parlamentarios, dejaron patente que, junto a la necesidad de más controles y más transparencia sobre la labor de los cargos públicos, **en el espíritu y finalidad de la norma estaba también garantizar que no se ponen trabas al acceso a los cargos públicos, siendo reiteradas durante el debate en pleno las llamadas de varios grupos parlamentarios a que la regulación se configure de tal manera que cualquier ciudadano pueda dar el paso de acceder a la política** (también aquellos, por ejemplo, cuyos cónyuges vengan ejerciendo una profesión como autónomos o tengan una empresa que, dentro de procesos de concurrencia abiertos y transparentes o sin valerse de favores, venga ejerciendo una actividad económica para la Administración).

Dicho lo cual, no podemos perder de vista que en este caso **nos hallamos ante una norma restrictiva de derechos, en primer término del cargo público y, en segunda instancia, de sus familiares, y que por tanto ha de ser interpretada restrictivamente.** Máxime, cuando como se ha visto, respecto al cargo público nos podemos hallar incluso en el ámbito de un derecho fundamental, el reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, lo que refuerza esa necesidad de interpretación restrictiva, cuyo ejercicio no puede hacerse depender de decisiones ajenas (de su cónyuge o pareja de hecho) que puedan decidir vender o no las participaciones que puedan venir poseyendo previamente en negocios que, con anterioridad al nombramiento del cargo, vinieran contratando con normalidad con la administración. Tal y como claramente dispone la jurisprudencia constitucional, «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 96/2012 (LA LEY 66248/2012), de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero (LA LEY 1115/2003), FJ 9; 89/2006, de 27 de marzo (LA LEY 21773/2006), FJ 3).

Por todo ello, en la medida en que el literal de la norma admite varias definiciones de la incompatibilidad, entre ellas también la que hemos propugnado desde una perspectiva centrada en el cargo público a quien se dirigen los mandatos de la Ley 1/2014, debemos de favorecer aquella que, dentro del espíritu y finalidades múltiples que persigue la norma, produzca la menor limitación de derechos de terceros (cónyuge o descendientes). Así, si el cargo público no posee ninguna participación en una empresa que estuviera contratando con la Administración, en principio no puede decirse que exista automáticamente incompatibilidad, aunque su cónyuge sí fuera titular de un porcentaje superior al 10%, porque no hay que sumar nada con nadie.

En principio, cabe entender que únicamente la tenencia de participaciones por el cargo público abre la puerta a la situación analizable, que podría extenderse a analizar a su vez a los allegados para poder determinar si hay una interposición fraudulenta para posibilitar un aprovechamiento o lucro personal ilícito.

Por el contrario, la interposición *a posteriori* de un determinado régimen económico matrimonial, la transmisión fraudulenta de las acciones al cónyuge o a otros familiares, tras las que se esconda el uso del cargo para favorecer determinadas contrataciones y cuando con ello se busque el beneficio propio, daría lugar a una situación de incompatibilidad, por fraude de Ley, aunque formalmente no se alcanzara el porcentaje de participaciones regulado en el precepto que venimos interpretando, si el efecto material es el proscrito.

Pues, al fin y al cabo, más allá de la forma de computar las participaciones de manera automática, de lo que se trata no es de disuadir a profesionales de acceder a la política, sino de prevenir que cualquier régimen económico o de tenencia pueda derivar en un fraude a la evitación de conflictos de interés y aprovechamiento del cargo, siendo así que es atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas como han de interpretarse aquellas.

En definitiva, creemos que la literalidad del precepto, junto con los antecedentes y contexto en que se elabora el mismo, nos dejan un panorama que conduce a la necesidad de interpretar *ad casum* la situación de cada persona interesada, a fin de determinar, a modo de un cierto proceso deductivo, si realmente nos encontramos ante una situación fáctica y jurídica de incompatibilidad.

Y ello sin perjuicio de que, desde otras perspectivas, como la de la obligación de abstención e inhibición u otras, puedan producirse infracciones de otro tipo, aunque no existiera una incompatibilidad automática.

1. **Sobre el “dies a quo” establecido en el artículo 22.3 de la Ley 1/2014.**

Hemos transcrito anteriormente el artículo 22 de la Ley 1/2014. Como sabemos el apartado 3 de dicho precepto establece el plazo de tres meses, desde el momento de nombramiento, para que el cargo público afectado –no su cónyuge u otras personas allegadas- se desprenda de las participaciones que superen los límites establecidos en los dos primeros apartados del precepto.

Asimismo, este artículo 22.3 de la ley 1/2014 también prevé aquellos supuestos en que la situación patrimonial prohibida se adquiera de forma sobrevenida durante el ejercicio del cargo, por sucesión hereditaria u otro título gratuito, se dispondrá de tres meses desde que se produzca la adquisición.

Se nos pregunta por la forma de establecer el dies a quo de los tres meses previsto en la norma. Nos imaginamos que dicha pregunta se hace para el caso de que personas que ya sean cargos públicos en el momento de la entrada en vigor de la ley –la ley, como sabemos, se publicó en el BOPV de 1 de agosto de 2014 y ha entrado en vigor el día 1 de noviembre de 2014 (disposición final segunda), y para quienes rige lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la ley.

En efecto, de conformidad con dicha disposición transitoria primera “*Las personas que actualmente ocupan cargos públicos de los señalados en la presente ley, dispondrán de un plazo de seis meses, desde la aprobación del catálogo al que se refiere el artículo 4, para formular nuevas declaraciones de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de conformidad con lo establecido en la misma*”.

El catálogo a que se refiere el artículo 4 de la ley se ha aprobado mediante Decreto 216/2014, de 18 de noviembre, y se ha publicado en el BOPV de 19 de noviembre de 2014, por lo que a partir de dicha fecha se computa el plazo de SEIS MESES establecido en la disposición transitoria para formular las nuevas declaraciones de actividades, bienes y derechos patrimoniales.

A nuestro juicio, este plazo de seis meses establecido desplaza a la previsión del plazo de tres meses a que se refiere el artículo 22.3 para desprenderse de las participaciones, pues este plazo de tres meses deberá aplicarse a los nombramientos que se produzcan una vez vigente la ley, pero para quienes ya eran cargos públicos y accedieron a dicha condición con otra normativa es lógico que se aplique un plazo más beneficioso para adecuarse a situaciones que no se preveían en la ley.

Por lo tanto, el plazo de tres meses previsto en el artículo 22.3 no rige para quienes eran cargos públicos a la entrada en vigor de la ley, a quienes se les aplicará el plazo de los SEIS MESES desde la publicación del catálogo de cargos públicos, catálogo que tiene, como expresamente señala la ley, carácter constitutivo.

No obstante, hemos de advertir que si bien nuestra ley permite dicha lectura, no significa que no sea de aplicación la prohibición para contratar prevista en la Ley de Contratos del Sector Público, que tiene sus propias reglas de vigencia y de aplicación.

1. **Sobre la obligación de declarar las actividades realizadas en los dos años anteriores al inicio de la prestación del de servicios como cargo público en relación con la previsión de la Disposición transitoria primera.**

En el apartado anterior hemos expuesto el contenido de la disposición transitoria primera de la ley 1/2014 y hemos hecho una serie de consideraciones en relación con el plazo que se establece en el artículo 22.3 de la ley.

Ahora se nos pregunta por el alcance de lo dispuesto en dicha disposición transitoria primera en relación con la obligación que se establece en el artículo 20.1.b) de la ley 1/2014. Este precepto reza así:

*Artículo 20.– Declaración de actividades.*

*1.– Quienes ocupen alguno de los cargos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley* ***estarán obligados a efectuar una declaración sobre las actividades públicas y privadas que se relacionan a continuación,*** *en los términos en que se determine reglamentariamente:*

*a) Las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento en el momento de inicio de su relación de servicio.*

***b) Las actividades que hubieren desempeñado durante los dos años anteriores al inicio de su relación de servicio como cargo público****.*

*c) Las actividades privadas que vayan a realizar, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, durante los dos años posteriores al cese en el cargo público.*

*2.–* ***Las declaraciones referidas en las letras a) y b) del apartado anterior se presentarán ante el Registro de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales, en el plazo del mes siguiente a la fecha de toma de posesión*** *y, en su caso, a la de producirse modificaciones en las circunstancias y contenido de las declaraciones ya realizadas. Las declaraciones referidas en la letra c) del apartado 1 de este artículo se realizarán conforme a lo establecido en el artículo 18 de la presente ley.*

La duda suscitada es relativa a cómo se computan los dos años anteriores al nombramiento del cargo público, plazo al que debe referirse la declaración de actividades prevista en este artículo 20.1.b).

A nuestro juicio, los dos años no se deben referir a los dos años anteriores al nombramiento como cargo público para los supuestos del personal incluido en la disposición transitoria primera de la ley, sino que ese plazo de dos años debe referirse a los dos años anteriores a la publicación de catálogo de cargos públicos previsto en el artículo 4.

Y ello porque las obligaciones que se establecen en la ley no surgen –a no ser que haya previsiones contrarias expresas- hasta el momento de su publicación.

En este extremo concreto de la declaración de actividades, y vistos los términos de la disposición transitoria primera, la obligación de proceder a dicha declaración solo surge una vez aprobado el catálogo de cargos públicos que, como hemos señalado tiene carácter constitutivo. Por tanto, la publicación del catálogo opera como si fuera ese el momento del nombramiento del cargo público, por lo que las actividades desempeñadas en los dos años anteriores deben referirse a los dos años anteriores a la publicación del Decreto 216/2014, de 18 de noviembre, que tuvo lugar en el BOPV de 19 de noviembre de 2014.

Vitoria-Gasteiz, a 22 de diciembre de 2014.