



Ref.: Consulta no vinculant en relació amb la possible existència d'un conflicte d'interès en la concessió d'una subvenció (exp. CNV 2/2021)

Sra. Carmen Gómez Muñoz-Torrero

Secretària
Ajuntament d'Arenys de Munt

Benvolguda Senyora,

En resposta a la consulta que vau formular a l'Oficina Antifrau de Catalunya d'acord amb les previsions de l'article 33 de les nostres Normes d'actuació i de règim interior, es transcriuen a continuació les consideracions elevades des de la Direcció de Prevenció de l'Oficina:

1. Antecedents

I. El dia 20.12.2021 el registre d'entrada de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant l'Oficina) va registrar amb núm. E-2818/2021 un escrit que plantejava una consulta no vinculant.

II. Mitjançant l'escrit de referència, la Secretaria de l'Ajuntament consultant sol·licita assessorament a l'Oficina per tal de determinar si es pot apreciar l'existència d'una situació de conflicte d'interès en el fet que l'Ajuntament concedeixi, mitjançant concurrència competitiva, una subvenció al cònjuge d'una treballadora municipal amb la categoria de

cap de servei. La consulta destaca el fet que la treballadora afectada no pertany al servei encarregat de concedir la subvenció ni a l'òrgan que ha d'acabar resolent sobre la concessió de la subvenció i, per tant, no intervindrà en aquesta decisió. Així mateix, acompanya l'escrit amb una còpia del Codi de bon govern local, aprovat pel Consistori de referència el dia 14.04.2011.

III. El dia 11.01.2022 i a través de la plataforma EACAT (registre de sortida S-0032/2022), l'Oficina va acusar rebuda de l'escrit. Així mateix va informar al Consistori que, d'acord amb les previsions normatives, el termini per respondre a la consulta és d'un mes a comptar des de l'entrada de la sol·licitud al Registre General, i li va sol·licitar informació addicional.

IV. El mateix dia i també a través de la plataforma EACAT (registre d'entrada E-0080/2022), la Secretaria de l'Ajuntament consultant va trametre a l'Oficina les bases específiques reguladores, la convocatòria i l'anunci de convocatòria del procediment subvencional afectat.

2. Consideracions prèvies

Primera. Legitimats a consultar

Les consultes no vinculants adreçades a l'Oficina estan regulades a l'article 33 de les Normes d'actuació i règim interior de l'Oficina (en endavant NARI), que van ser aprovades per la Comissió d'Asser Institucionals del Parlament de Catalunya el dia 25.11.2009.

Aquest article legitima els ens integrants del sector públic – definits en els termes de l'article 2 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant LOAC) – a formular per escrit consultes no vinculants a l'Oficina respecte de les matèries que especifiquen els articles 1.2, 4, 5 i 6 de la LOAC.

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



No obstant això, en les Directrius de Treball de l'Oficina emeses per la Direcció en data 14.12.2016 i trameses al Parlament de Catalunya, es va manifestar la voluntat de potenciar la tasca d'assessorament i de fomentar i generalitzar les consultes no vinculants, per la qual cosa s'hi va preveure el següent:

“flexibilitzar l'admissió de les consultes no vinculants, amb una interpretació *pro actione* que les faci accessibles a col·lectius significants, com ara secretaris i interventors i estudiar a més llarg termini la modificació de la llei en aquest punt.”

Aquest compromís, adquirit pel director de l'Oficina davant del Parlament de Catalunya, aconsella interpretar extensivament la norma actualment vigent i, per tant, admetre la consulta formulada per la Secretaria de l'Ajuntament consultant.

Segona. Competència per respondre

D'acord amb l'article 13.2 g) de les NARI, correspon a la Direcció de Prevenció de l'Oficina la funció de “preparar les respostes a les consultes no vinculants a què fa referència l'article 33.”

Així mateix, l'article 33.3 de les NARI prescriu el deure de respondre aquestes consultes no vinculants en el termini d'un mes a comptar de l'entrada de la sol·licitud en el Registre General de l'Oficina.

En darrer terme, les lletres c) i d) de l'article 6 de les NARI atribueixen a la Direcció de l'Oficina la funció d'emetre informes, dictàmens, propostes, recomanacions i exposicions raonades, així com de dictar resolucions i acords, emetre comunicacions i sol·licituds i fer requeriments i recordatoris, d'acord amb la naturalesa i abast de l'acte.

Tercera. Contingut de la resposta

Tot i que l'assessorament jurídic als ens locals no és una de les funcions que la llei atribueixi a l'Oficina de manera general, com prescriu l'article 1.2 de la LOAC, l'Oficina es va crear, entre d'altres, amb la finalitat d'assessorar i fer recomanacions per adoptar mesures contra la corrupció, les pràctiques fraudulentades i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència en l'exercici de les funcions públiques.

Tanmateix, a manera d'avertiment previ, volem deixar constància que, al nostre entendre, la finalitat de les consultes no vinculants previstes en la normativa de l'Oficina, no és oferir una solució unívoca al cas concret, sinó que únicament constitueixen una anàlisi de la normativa d'aplicació des



del punt de vista de la integritat per exposar quin és el parer de l'Oficina en relació amb les qüestions plantejades.

En aquest context, val a dir que no hem fet una anàlisi exhaustiva del procediment subvencional en conjunt, sinó que, en coherència amb el nostre àmbit competencial, hem centrat i limitat el nostre estudi a la consulta plantejava i, en concret, a aquelles qüestions que considerem nuclears per tal de reforçar la integritat. I tot això, amb la voluntat de prestar servei a l'Ajuntament implicat en una matèria central per tal d'enfortir la integritat de sector públic, com ho és la gestió dels conflictes d'interès.

En aquest sentit, l'Oficina ha advertit, en diverses ocasions, que la prevenció, detecció i gestió dels conflictes d'interès és un dels elements clau per prevenir possibles conductes irregulars, fraudulentos o corruptes.

Cal tenir presents les distorsions que aquestes situacions poden provocar en la presa de decisions públiques, la qual cosa les converteix en un factor de risc important. A més, l'absència o l'inadequat tractament dels conflictes d'interès pot desembocar en conductes de mala administració. Recordarem en aquest punt que l'article 30 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya reconeix el dret a una bona administració com un principi de dret públic i dret subjectiu de totes les persones. En la mateixa línia i recollint en part la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, es pronuncia l'article 41 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea¹.

Així mateix, no es pot oblidar que, en democràcia, la ciutadania té el dret d'esperar que els servidors públics compleixin els deures professionals de manera imparcial i, per tant, que les decisions que prenguin diàriament no es vegin influïdes per interessos particulars o per la possibilitat de pèrdues o guanys privats. Valors fonamentals com la justícia i la igualtat o bé principis d'actuació dels poders públics, com ara el sotmetiment a la llei o el bon govern, difícilment es poden arribar a fer efectius si no es garanteix aquest condicionant previ que és la imparcialitat dels servidors públics. Encara més, la percepció social que les decisions públiques es prenen amb imparcialitat i objectivitat permet mantenir viva la confiança ciutadana en les institucions públiques; contràriament, la desconfiança respecte a aquesta imprescindible imparcialitat condueix a la desafecció cap a la

¹ L'OAC va analitzar a bastament aquesta matèria a l'informe "La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya", emès el 2016 i disponible a la nostra pàgina web.



cosa pública, desincentiva la participació i deteriora la qualitat de la nostra democràcia.

3. Anàlisi de la consulta

De manera resumida i com hem apuntat anteriorment, podríem dir que la consulta formulada versa sobre la identificació de les situacions de conflicte d'interès.

En aquesta tasca serà essencial, doncs, definir, en primer lloc i de manera acurada, el concepte "conflicte d'interès" per, posteriorment, concretar quins són els elements que permeten apreciar-ne l'existència en un supòsit concret i com cal procedir per tal de gestionar-lo de manera adequada.

3.1. Identificació de les situacions de conflicte d'interès

Avui en dia, al nostre ordenament podem trobar una definició del terme "conflicte d'interès" a l'article 64.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, el qual estableix que:

"A aquests efectes el concepte de conflicte d'interessos abastarà, com a mínim, qualsevol situació en la qual el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir-ne en el resultat, tingui directament o indirecta un interès financer, econòmic o personal que pogués semblar que en compromet la imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació"

En termes més generals, l'Oficina utilitza la definició següent: ²

"Un conflicte d'interès és tota situació de risc en què l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra que legítimament confien aquell judici."

En aquesta tasca de definició també cal tenir presents les previsions que, eventualment, pugui contenir el codi ètic del propi Ajuntament.

La documentació aportada evidencia que l'Ajuntament consultant disposa d'un Codi de bon govern que es refereix a la imparcialitat com un dels

² Vegeu nota a peu de pàgina núm. 1.



principis que han de regir les actuacions de les persones que ocupen càrrecs electes. Tanmateix, cal advertir que el Codi de referència no és aplicable al cas que ens ocupa, ja que, *a priori* i d'acord amb la informació de què disposem, el supòsit plantejat no es refereix a cap càrrec electe sinó a una treballadora municipal.

No obstant això, amb independència de l'existència d'un Codi ètic, cal tenir present que els principis d'objectivitat i imparcialitat sempre vinculen les actuacions dels servidors públics d'acord, entre d'altres, amb els articles 103.1 de la Constitució Espanyola, 30.2 i 71.2 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i 52 i 53 del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut bàsic de l'empleat públic.

Per això, atesa la importància dels principis que hi ha en joc, l'Oficina recomana que, en aquestes menes de situacions, s'actui de la manera més curosa i preventiva possible, per tal d'assegurar que l'administració identifica, detecta i gestiona de manera adequada els conflictes d'interès que sorgeixen en l'exercici de les seves competències.

Convé subratllar que la majoria de definicions del concepte "conflicte d'interès" parlen d'una "potencial afectació" i, per tant, per trobar-nos davant d'aquesta situació no cal que el discerniment s'hagi vist afectat efectivament, sinó que n'hi ha prou a constatar l'existència d'una circumstància que pugui semblar que compromet la imparcialitat, de manera que cal fer una interpretació extensiva en aquest sentit, i activar els mecanismes de gestió dels conflictes d'interès sempre que aquests apareguin.

Quant al cas que ens ocupa, la situació plantejada és la d'una treballadora municipal que ocupa un lloc de treball de cap de servei i manté un vincle matrimonial amb una persona que ha sol·licitat la concessió d'una subvenció. D'acord amb les afirmacions de l'escrit de consulta, la treballadora municipal no forma part del servei encarregat de concedir aquestes subvencions ni tampoc intervindrà en la decisió de l'òrgan condecant. Pel que fa a la persona amb qui manté un vincle matrimonial, la comunicació destaca que ha presentat una sol·licitud per tal d'esdevenir el beneficiari d'una subvenció i que l'òrgan corresponent ha formulat proposta de resolució en sentit favorable. Així mateix, de les bases específiques reguladores, l'anunci i la convocatòria de la subvenció que el Consistori va aportar posteriorment, es desprèn que es tracta d'una



subvenció de concurrència competitiva, l'atorgament de la qual es determina en funció dels criteris objectius fixats a les bases de referència.

Per tant, teòricament, la treballadora municipal no es troba en una situació en la qual pugui semblar que els interessos personals descrits comprometen la imparcialitat i independència del procediment de concessió, atès que, segons sembla, ni participa en aquest procediment ni pot influir en el resultat.

Ara bé, cal advertir que, sí que es podria apreciar l'existència d'un conflicte d'interès en el supòsit en què la persona afectada per aquesta situació intervingués de qualsevol manera en qualsevol de les fases del procediment de concessió o en els procediments posteriors que se'n puguin derivar.

Aquest matís és especialment important, si tenim en compte que l'activitat subvencional de l'administració compren diverses tasques i procediments, que impliquen diverses persones i organismes. Així, per exemple, d'acord amb els articles 22 a 25 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, el procediment de concessió mitjançant concurrència competitiva ha d'implicar, necessàriament, la intervenció de, com a mínim, tres òrgans: l'instructor, el col·legiat que proposa i el concedent. A més a més, sovint, l'activitat subvencional també implica d'altres procediments i actuacions, com són l'elaboració de bases, o els procediments de gestió pressupostària, justificació o, si escau, reintegrament de la subvenció, entre d'altres.

De manera paral·lela, caldrà que tant la treballadora com l'Ajuntament tinguin sempre molt present aquesta circumstància, que, sens dubte, pot semblar que compromet la imparcialitat i independència en el discerniment professional de la persona implicada.

Per això, cada vegada que pugui semblar que una actuació de l'empleada municipal es pot veure afectada de manera directa o indirecta pel vincle matrimonial, s'hauran d'emprar els mecanismes per a gestionar aquest conflicte d'interès.

En aquest sentit i pensant en la detecció de qualsevol altre possible situació de conflicte d'interès que pogués sorgir en el marc de l'activitat municipal, l'Oficina recomana que els Ajuntaments incorporin instruments encaminats a comprovar i declarar l'absència de conflictes d'interès en



determinats procediments o actuacions. Així, per exemple, fora bo que, en la mesura del possible, el Consistori disposés que, abans d'intervenir en un procediment subvencional (però també en tots els altres que impliquen pública concurrència), les persones al servei de l'administració hagin de fer constar el seu judici previ en relació amb l'absència de conflictes d'interès en una declaració. En el cas dels òrgans col·legiats, es pot preveure que les persones que hi intervenen puguin formular aquesta declaració verbalment abans d'iniciar la primera reunió, sempre que se'n deixi constància a l'acta corresponent.

3.2. Gestió adequada de les situacions de conflicte d'interès

D'acord amb la normativa vigent, en el cas que ens ocupa el principal mecanisme per a gestionar els potencials conflictes d'interès que es poguessin esdevenir és l'abstenció.

En concret, pel que fa a la treballadora municipal, cada vegada que hagi d'emetre un judici sobre qualsevol qüestió que es pugui veure condicionat directament o indirectament pel vincle matrimonial se'n ha d'abstenir.

De fet, la pròpia normativa contempla l'existència d'un vincle matrimonial o situació anàloga com un dels motius d'abstenció. L'apartat b) de l'article 23.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant LRJSP) adverteix que és una causa d'abstenció:

"Tenir un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable, i el parentiu de consanguinitat dins del quart grau o d'afinitat dins del segon, amb qualsevol dels interessats, amb els administradors d'entitats o les societats interessades i també amb els assessors, representants legals o mandatariis que intervinguin en el procediment, així com compartir despatx professional o estar associat amb aquests per a l'assessorament, la representació o el mandat."

La claredat d'aquest precepte, no planteja problemes d'interpretació, essent evident que sempre que hi hagi vincle de familiar estret neix el deure d'abstenir-se.

En aquest sentit, els tribunals han advertit en diverses ocasions de l'evidència de la inconveniència que els servidors públics participin en decisions que puguin afectar a aquelles persones amb qui mantenen vincles d'aquesta naturalesa. A tall d'exemple podem citar, entre moltes altres, la Sentència de 2 d'octubre de 1998, de la Sala Contenciosa



Administrativa del Tribunal Superior de Justicia d'Andalusia (núm. de recurs 1373/1994), o la Sentència 4/2019, de 10 de gener, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia del País Basc (núm. de recurs 531/2018).

Quant a l'abast d'aquest deure d'abstenció hem d'atendre de nou a l'article 23 de la LRJSP i, en concret a l'apartat 1, el qual estableix que quan concorri alguna de les circumstàncies enumerades, les persones afectades s'han d'abstenir (literalment) de: "intervenir en el procediment."

L'expressió utilitzada deixa clar que el deure d'abstenció es predica en relació amb totes les persones en què concorri una causa d'abstenció, amb independència del lloc de feina o la posició que ocupin a l'organització. Igualment obliga que s'abstinguin d'intervenir en qualsevol fase del procediment. Per tant, l'obligació d'abstenció no es limita al moment de la resolució, sinó que també impedeix intervenir en altres tràmits o tasques materials (hagin de constar a l'expedient o no), com poden ser: preparar la resolució, instruir el procediment, emetre un informe o preparar les notificacions.

En particular, els tribunals han advertit, en diverses ocasions, que el deure d'abstenció compren totes les persones que intervenen en el procediment o que hi estan presents d'alguna manera. A continuació reproduïm alguns pronunciaments que ens semblen especialment il·lustratius en aquest sentit:

- Sentència 508/2010, de 27 d'octubre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (núm. de recurs 374/2009): *"Téngase en cuenta que el deber de abstención comprende a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, e incluye a todos los que intervienen en el procedimiento y, por consiguiente, no sólo a los que deciden, sino también a los que asesoran a aquéllos y los que de alguna manera están presentes en él, aunque sea de forma mecánica o subordinada; todo ello sin perjuicio de que el mayor o menor grado de intervención en la decisión final servirá para ponderar el alcance de la prohibición de intervención de la persona en quien concurre una causa de abstención sobre la invalidez del acto administrativo con el que concluye el procedimiento. En aras de obtener esa imparcialidad y garantizar no sólo el ser imparcial sino también el parecerlo es por lo que se articula una normativa sobre*



abstenciones y recusaciones proscribiendo la intervención de funcionarios y autoridades en expedientes en los que se pueda dudar de su imparcialidad."

- Sentència 168/2010, de 29 de març, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Navarra (núm. de recurs 142/2008): *"La ordenación común de las causas objetivas de abstención y recusación es tanto como garantizar el principio de neutralidad, que exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales. La Administración interviniente debe someterse a los deberes de imparcialidad y de neutralidad, al servicio de los cuales están precisamente las técnicas de abstención y recusación, regulación que ha recibido un notorio respaldo constitucional por haberse recogido en el art. 103 de la Constitución. Téngase en cuenta que el deber de abstención comprende a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, e incluye a todos los que intervienen en el procedimiento y, por consiguiente, no sólo a los que deciden, sino también a los que asesoran a aquéllos y los que de alguna manera están presentes en él, aunque sea de forma mecánica o subordinada; todo ello sin perjuicio de que el mayor o menor grado de intervención en la decisión final servirá para ponderar el alcance de la prohibición de intervención de la persona en quien concurre una causa de abstención sobre la invalidez del acto administrativo con el que concluye el procedimiento. En aras de obtener esa imparcialidad y garantizar no sólo el ser imparcial sino también el parecerlo es por lo que se articula una normativa sobre abstenciones y recusaciones proscribiendo la intervención de funcionarios y autoridades en expedientes en los que se pueda dudar de su imparcialidad."*
- Sentència 577/2001, de 29 de maig, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana (núm. de recurs 1605/1995): *"Consecuentemente, el Tribunal se debió informar sobre la identidad de los asesores y darla a conocer públicamente. Y por otro lado, si en D. Víctor Manuel concurría motivo de abstención para no formar parte del Tribunal, también concurría el mismo motivo para actuar como asesor, y debió ponerlo en conocimiento del Tribunal y actuar en consecuencia."*



Igualment, cal tenir present que l'obligació d'abstenir-se quan concorrin els supòsits previstos per llei, vincula directament els servidors públics, que poden incórrer en responsabilitat en cas de no fer-ho. Així ho preveuen els apartats 1 i 5 de l'article 23 de la LRJSP, però també ho ha advertit la jurisprudència, entre d'altres, en una sentència de 30 de desembre de 1987 de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem.

No obstant això, pertoca a l'administració corresponent adoptar les mesures necessàries per detectar aquesta mena de circumstàncies i, quan concorrin, ordenar a les persones afectades que s'abstinguin de qualsevol intervenció a l'expedient, d'acord amb l'apartat 3 de l'article 23 de la LRJSP.

En darrer terme, no podem deixar de recordar que, de manera paral·lela, sempre que concorri qualsevol altre supòsit d'abstenció en una persona al servei de l'administració caldrà tenir en compte les consideracions anteriors i actuar en conseqüència.

3.3. Breu apunt en relació amb el risc reputacional

Finalment, abans de cloure aquest escrit, val la pena fer un breu apunt sobre una qüestió que acostuma a estar connectada amb el tema que ens ocupa: l'adequada gestió dels conflictes d'interès aparents i el risc reputacional que impliquen.

Els conflictes d'interès aparents són aquelles situacions en què, en realitat, la persona no té cap conflicte d'interès, però algú altre podria arribar a concloure raonablement que sí que el té.

Així, en el cas que ens ocupa, algú podria arribar a pensar que la treballadora municipal ha estat present o ha intervingut de qualsevol manera en el procediment subvencional que implica al seu cònjuge malgrat no sigui així.

En aquests supòsits, per tal de protegir la bona imatge i credibilitat de la institució afectada és aconsellable oferir tota la informació necessària per demostrar que no hi ha cap conflicte d'interès. Conseqüentment, l'Oficina recomana a les administracions que es puguin trobar en aquesta mena de situacions ser especialment curoses en aquest sentit i extremar la diligència en el compliment de les diverses obligacions que, en matèria de publicitat i transparència, vinculen les entitats que concedeixen subvencions.



4. Resposta a la consulta

En definitiva, pel que fa al supòsit plantejat i en opinió de l'Oficina, el vincle matrimonial que la treballadora municipal manté amb un dels sol·licitants d'una subvenció municipal no sembla situar-la, de manera general, en una situació de conflicte d'interès, d'acord amb la informació de què disposem.

Ara bé, si la treballadora en qüestió hagués d'estar present o intervenir de qualsevol manera en el procediment de concessió o en qualsevol altra actuació (preparatòria o posterior) que hi estigui vinculada, sí que existiria un conflicte d'interès i, en conseqüència, se'n hauria d'abstenir.

5. Publicitat

D'acord amb el que disposa l'article 10.1 b) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, cal fer difusió activa de les directives, les instruccions, les circulars i les respostes anonimitzades a les consultes plantejades que tinguin una incidència especial sobre la interpretació i aplicació de les normes.

Així doncs, una vegada aquesta resposta hagi estat comunicada, caldrà publicar-la a l'apartat de transparència de la seu electrònica de l'Oficina, prèvia dissociació de les dades de caràcter personal, si escau."

Ben cordialment,

