ANEXO I 186/2184

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

SUBSECRETARÍA

ABOGACÍA DEL ESTADO

847bis/2013

Se ha solicitado dictamen ampliatorio de esta Abogacía del Estado al ya emitido con referencia 847/2013 sobre la posible concurrencia de deber de abstención del Sr. Ministro en la reunión del Consejo de Ministros en la que se someta a debate el Anteproyecto de Ley de Evaluación Ambiental.

En el citado anteproyecto se ha incluido una disposición final (primera) que modificaría la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, tipificando como infracción administrativa el denominado "bunkering"[1] en los espacios naturales protegidos y espacios de la Red Natura 2000.

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

En el citado informe de la Abogacía del Estado se concluyó que no concurría motivo de abstención en el Sr. Ministro, por razón de la titularidad de una parte en la citada sociedad, en relación a su participación en el Consejo de Ministros en el que se decida sobre la aprobación del Proyecto de Evaluación Ambiental en lo que se refiere a la referida modificación de la Ley 42/2007, tipificando como infracción administrativa el llamado "bunkering" en determinadas zonas.

En este informe complementario se analizará la circunstancia de que el Sr. Ministro, antes de su toma de posesión, hubiera ostentado el cargo de

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

www.magrama.es
sabogacl@magrama.es

Pº INFANTA ISABEL 1,
28071 MADRID
TEL: 913475673
FAX: 913475777

Presidente de la compañía, a los efectos del deber de inhibición impuesto a los altos cargos por la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en adelante, Ley 5/2006).

Con carácter previo a la realización de las oportunas consideraciones jurídicas en relación al pasado desempeño de esos cargos por el Sr. Ministro, deben darse por reproducidas las circunstancias referidas en el primer informe sobre la descripción de la actividad de la empresa PETROLÍFERA DÚCAR, S.L.

Debe asimismo decirse que el examen de la circunstancia que ahora nos ocupa, en nada modifica la conclusión del primer informe 847/2013, reiterándose de nuevo el criterio de esta Abogacía del Estado sobre la inexistencia de deber de abstención (o inhibición, en la terminología de la Ley 5/2006) en relación a la aprobación del citado proyecto de ley por el Consejo de Ministros, ello en consideración a la titularidad de una parte de la sociedad PETROLÍFERA DÚCAR, S.L.

Sobre la trascendencia jurídica, a los efectos de la Ley 5/2006, del pasado desempeño de la presidencia de la mercantil mencionada, se han de realizar las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- 1 -

Con carácter previo al análisis de la circunstancia que motiva este informe, conviene reiterar la exposición del marco normativo del régimen de incompatibilidades, tal y como se efectuó en el primer informe.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno dispone en su artículo 14.2 que será de aplicación a los miembros del Gobierno el régimen de

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
SECRETARÍA GENERAL
REGISTRO GENERAL
08 JUL. 2014 12:04:14
Entrada 142298

incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado. Este régimen se recoge en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en adelante, Ley 5/2006).

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

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

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

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

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

1ª. Que el alto cargo intervenga en la decisión de un asunto. Esta intervención debe entenderse en un doble sentido:
a) Intervención en la toma de decisiones individuales, que se concretan en actos dictados por el alto cargo en asuntos de su competencia propia

b) Intervención en las decisiones de órganos colegiados de los que sea miembro el alto cargo.

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

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

- II -

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

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

"1. Quienes desempeñen un alto cargo vienen obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien convive 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 (...)"

08 JUL. 2014 12:04:14 Entrada: 142298

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

Predicándose el deber de inhibición del conocimiento de determinados asuntos, el término "asunto" no aparece legalmente definido, por lo que es necesario acudir a su significación gramatical. En este sentido, de las distintas acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia Española, parece indudable que la más apropiada es la 5ª: "Negocio, ocupación o quehacer" y que enlaza con la que se utiliza en la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como es el caso del artículo 47 ("Los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos...") y del artículo 74.2 ("En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza...") Así pues, ha de concluirse que el término "asunto" que utiliza el artículo 7.1, párrafo primero, de la LCI tiene una significación amplia, por lo que debe entenderse como toda actuación sobre la que tenga que pronunciarse la Administración.

Concurriendo en el caso que se analiza la circunstancia de haber tenido parte el Sr. Ministro en la dirección de la empresa hasta una fecha inmediatamente anterior a la toma de posesión en su alto cargo, es preciso estudiar si propiamente, en la aprobación de un proyecto de ley por el Consejo de Ministros genera el conflicto de intereses que es causa de inhibición.

- III -

En el procedimiento de elaboración de las normas legales cabe distinguir lo que puede calificarse como fase administrativa y como fase parlamentaria, estando

constituido el límite entre una y otra fase por la aprobación, por parte del Consejo de Ministros, del correspondiente anteproyecto de ley, para su conversión en proyecto de ley, y su subsiguiente remisión al Congreso de los Diputados.

Pues bien, es obvio que el deber de inhibición, sólo podría situarse, en su caso, en la denominada fase administrativa. Partiendo de esta premisa, el deber de inhibición que establece el artículo 7.1, párrafo primero de la Ley 5/2006 no tiene aplicación en la fase administrativa del procedimiento de elaboración de una norma legal. En efecto, el deber de inhibición que impone la Ley 5/2006 es la medida preventiva que se establece para evitar el conflicto de intereses que surge cuando (cfr. artículo 4.1 y artículo 7.1, párrafo primero) el alto cargo intervenga en la decisión que tiene que adoptarse por la Administración, es decir, en la resolución del asunto respecto del cual surja ese deber de inhibición. Así las cosas, es claro que el deber de inhibición no resulta aplicable en esta fase administrativa, puesto que, tratándose de la elaboración de una norma legal, la "decisión del asunto" no puede ser sino la fijación o determinación definitiva del contenido de la norma legal y ello no corresponde a la Administración, sino a los Cuerpos Colegisladores a través del procedimiento regulado en los artículos 81 a 91 de la Constitución y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado; dicho en otros términos, resulta inaplicable el deber de inhibición cuando "la decisión del asunto" no compete a la Administración y esto es lo que ocurre con la aprobación de las normas legales, pues éstas escapan en su aprobación (fijación del contenido definitivo de la norma) al Consejo de Ministros.

Por ello, resulta indiferente, a los efectos del deber de inhibición del artículo 7.1 que el Ministro hubiera tomado parte en la administración de PETROLÍFERA DÚCAR S.L. dentro de los dos años anteriores a su toma de posesión, puesto que en la aprobación de un proyecto de ley no hay decisión alguna sobre ningún asunto, al ser las Cortes Generales las que fijarán el contenido definitivo de la norma.

08 JUL. 2014 12:04:14 Entrada: 142298

-IV-

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

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

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

En cuanto al hecho de ser administrador de sociedad, la LRJPAC lo configura como causa de abstención utilizando el presente de indicativo, esto es, requiriendo la concurrencia de la circunstancia de la situación actual de participación en la administración de la sociedad interesada. Lo que no se da en el caso que nos ocupa, pues el Sr. Ministro dejó de tener parte en la administración de PETROLÍFERA DÚCAR antes de tomar posesión como Ministro. Con lo que la circunstancia de haber tomado parte en el pasado en la

administración de esta sociedad no constituye causa de abstención según la Ley 30/1992.

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

-V-

Resulta oportuno reiterar las consideraciones efectuadas en el primer informe sobre el concepto de interés personal, respecto del que la LRJPAC establece como causa de abstención "el tener interés personal en el asunto". Debemos reiterar que en la aprobación de un proyecto de ley no hay asunto, no hay decisión, como se ha explicado con anterioridad. Esta ausencia de asunto es la que determina la inexistencia también de interés personal.

Siguiendo el criterio de interpretación estricto al que nos referíamos anteriormente, la causa de abstención del "interés personal", ha sido analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8390), en términos generales, pero indicativos, en el sentido de que "concurre cuando la actuación administrativa para la que se predica la abstención puede producir consecuencias en la esfera jurídica del funcionario actuante o le puede reportar cualquier clase beneficio o ventaja personal". En esta sentencia se

08 JUL. 2014 12:04:14 Entrada: 142298

contiene la cita de la sentencia del mismo tribunal de 28 de febrero de 2003, sobre la misma interpretación. El mismo Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de junio de 2011 (RJ 2011, 5595) explica que, ""mediante la exigencia de abstención en casos de "interés personal", la Ley 30/1992 trata de evitar el riesgo objetivo de que la esperanza de cualquier utilidad, ventaja o beneficio personales pueda pervertir el sentido de la decisión."",

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

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

Cuestión distinta sería que la norma en cuestión a modificar fuera un Real Decreto. En ese caso sí cabría plantearse que habría "decisión sobre un asunto", y que podrían (insistimos, hipotéticamente, si ello se pudiera argumentar razonablemente) producirse consecuencias en la esfera jurídica del Ministro. Pero ello ocurriría, insistimos, por la eficacia jurídica de una norma (un

real decreto) emanado del Consejo de Ministros del que forma parte. En el caso de la aprobación de un proyecto de ley, ninguna eficacia jurídica se produce para terceros. Se trata únicamente de una forma de iniciación del procedimiento legislativo, que tendrá el resultado que determinen las Cortes Generales. La eficacia jurídica y, en su caso, el hipotético (insistimos) beneficio personal se produciría con la aprobación de la ley, que no con la aprobación del proyecto de ley.

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

CONCLUSIÓN

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

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

Fdo.: María Dolores Ocaña Madrid

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

08 JUL. 2014 12:04:14 Entrada: 142298