



## Asunto 4/2020

---

### RESOLUCIÓN RELATIVA A UNA CONSULTA FORMULADA EN RELACIÓN A LA PARTICIPACIÓN DE CARGOS POLÍTICOS DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA EN EL CONSEJO ASESOR DE UNA FUNDACIÓN FORAL

---

#### I.- CONSULTA

1.- Mediante correo electrónico remitido a la Comisión de Ética Institucional del sector público foral (CEI) con fecha 30 de julio del 2020, se recibió consulta en relación a la posibilidad de que cargos políticos de la Diputación Foral de Gipuzkoa participen en los Consejos Asesores del ámbito de la contratación en las Fundaciones forales.

En el correo se puntualiza que las Fundaciones son poderes adjudicatarios no administraciones públicas (PANAP), es decir, que no son propiamente Administración por lo que, a diferencia de en el caso de las administraciones públicas, la ley no les exige tener una mesa de contratación para los procedimientos de contratación, pero que voluntariamente utilizan este instrumento. Señala también que los mencionados cargos políticos no son miembros de la Fundación ni de su Patronato sino cargos políticos de la Diputación foral.

#### II.- NORMAS DE APLICACIÓN

1.- Por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de 1 de marzo del 2016 se aprobó el Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público (SII), con el que se quiere afianzar la ética pública y la ejemplaridad como señas de identidad.

En el marco de dicho Sistema, se aprobaron sucesivamente diferentes Códigos de conducta: por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de 1 de marzo del 2016, el Código de Conducta y Buenas Prácticas de los miembros de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de los altos cargos públicos y personal asimilado de la Administración Foral de Gipuzkoa y de las entidades de su sector público (CCCP); por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral del 5 de septiembre de 2017, el Código de Conducta y Marco de Integridad Institucional aplicable a la contratación pública (CCC); por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral del 7 de noviembre de 2017, el Código Ético y de Buena Gestión del Empleo Público foral de Gipuzkoa (CCEP); y por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de 2 de octubre del 2018, el Código de conducta y Marco de Integridad aplicable a Ayudas y Subvenciones de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público (CCAS).



2.- Tanto el SII como los respectivos Códigos de conducta establecen que será la Comisión de Ética Institucional (CEI), creada por Decreto Foral 3/2016, de 1 de marzo, el órgano de máxima garantía y quien conozca los asuntos relativos a su aplicación, correspondiéndole tramitar y resolver las quejas y denuncias recibidas sobre el incumplimiento de los valores, principios y normas de conducta establecidos en los diferentes instrumentos de desarrollo del Sistema de Integridad Institucional.

### III. VALORACIÓN DE LA COMISIÓN DE ÉTICA INSTITUCIONAL

1.- En primer lugar, hay que señalar que el SII es plenamente aplicable a las Fundaciones forales, a pesar de que no están mencionadas en él, ya que en el momento de su aprobación no existía ninguna Fundación foral, pero como decíamos en la Resolución 5/2019 "(...) enumerar cada uno de los supuestos y entidades a las que el SII les es aplicable quizás no resulte lo más operativo, ya que es lógico pensar que conforme las necesidades de la sociedad y de la Administración foral vayan cambiando surjan nuevas figuras que se integran en el sector público foral (...)", que es el caso.

No cabe duda, pues, de que son parte del sector público foral y, como en más de una ocasión hemos señalado, los valores, principios, normas de conducta y de actuación recogidos en el SII deben guiar toda actuación de las entidades que integran en el sector público foral. Además, así se recoge expresamente en la Norma Foral 4/2019, de 11 de marzo, de Buen Gobierno en el marco de la Gobernanza pública foral que, entre otros, regula el concepto de buen gobierno y que señala como uno de sus pilares la Integridad Institucional, al señalar las Fundaciones forales dentro de su ámbito de aplicación:

#### **Artículo 2. *Ámbito subjetivo de aplicación.***

*1. Esta norma se aplicará a:*

*a) La Administración Foral, que se identifica con la Diputación Foral y sus diferentes órganos.*

*b) Las entidades que integran el sector público foral a estos efectos:*

*I. Los organismos autónomos forales.*

*II. Las entidades públicas empresariales forales.*

*III. Las sociedades mercantiles forales.*

**IV. Las fundaciones forales.**



No está de más recordar que la Diputación Foral de Gipuzkoa ha apostado por la creación de una infraestructura ética tan ambiciosa como es el SII con objeto de “desarrollar y promover una cultura de integridad”, “afianzar la confianza que la ciudadanía tiene en las instituciones forales” y “extender la cultura ética incluso, más allá de los ámbitos de actuación de la Diputación foral, a toda la sociedad guipuzcoana” (Resoluciones 5/2019, 6/2019). El fin último es hacer del Territorio una *Gipuzkoa ejemplar*, no sólo de las personas que lo dirigen, de las empleadas y empleados públicos, de aquellos que participan en la prestación y mejora de los servicios a través de los contratos o de las entidades que reciben ayudas; se trata de ser ejemplar como sociedad, que la sociedad guipuzcoana sirva de ejemplo en lo que a integridad se refiere.

En este sentido, recordemos lo que en la exposición de motivos del último código aprobado hasta el momento, el relativo a ayudas y subvenciones, se señala:

*“(…) la política de Gobernanza Ética que viene impulsando este gobierno foral desde sus primeros pasos se asienta en una proyección externa de la integridad institucional en plena coherencia con las líneas de trabajo que recientemente está impulsando la propia OCDE: **la integridad institucional no puede quedar intramuros a la Administración foral y al sector público institucional** dependiente de aquella, **sino que debe permear a la sociedad**, a su tejido asociativo, a sus entidades y empresas, a la contratación pública y a toda la ciudadanía guipuzcoana. De esta forma, la Institución impulsa el sentido de la responsabilidad colectiva, impregnando la mentalidad de la gente, **produciendo un cambio de la cultura cívica** y favoreciendo la interiorización de las normas; **la ejemplaridad como elemento clave para permear a la sociedad** (…)”.*

2.- En segundo lugar, conviene aclarar la figura del Consejo Asesor que se menciona en la solicitud. La creación de otros órganos diferentes al Patronato en el seno de las fundaciones está avalada en la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, que dice lo siguiente:

**Artículo 19.- Otros órganos**

*1.- Los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos diferentes del patronato para el ejercicio de las funciones que expresamente se les encomienden, excepto las señaladas en el apartado 1 del artículo anterior.*

Los Consejos Asesores son habitualmente creados con el objetivo de contribuir al mejor cumplimiento de los fines de la fundación en cuestión y su composición queda en manos de lo que el Patronato decida, quien nombrará a las personas que juzgue conveniente, pudiendo éstas ser los propios patronos/as o no. Se trata de un órgano de carácter



consultivo que suele tener como función proponer, analizar, valorar y recomendar al Patronato los proyectos y programas que serán desarrollados por la fundación.

3.- La participación de los cargos públicos y el personal empleado público en los procesos de contratación y otorgamiento de ayudas y subvenciones es un tema que se ha tratado en todos los Códigos de Conducta que se han aprobado en el marco del SII, lo cual denota la gran importancia que este ámbito tiene desde el punto de vista de la ética e integridad. Principalmente se han tratado salvaguardar las posibles situaciones de conflictos o posibles conflictos de interés, priorizando siempre el deber de abstención frente a la mínima posibilidad de que pudiera darse cualquier situación que pudiera poner en cuestión la integridad de las instituciones y de sus cargos y/o personal empleado.

Por lo tanto, en este sentido el parecer de esta CEI es idéntico al pronunciado en ocasiones anteriores y, por lo tanto, en caso de un aparente posible conflicto de interés, los cargos públicos deberán, sin ninguna duda, abstenerse de participar en el mencionado Consejo Asesor y los procedimientos que éste conozca (CCCP **Honestidad y Desinterés** 3.4 b), c), d), e)):

(...)

b) *En caso de conflicto o apariencia de tal entre intereses públicos y privados, el cargo público deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de la institución o de la autoridad correspondiente. También podrá en todo caso elevar consulta al respecto al órgano de garantía.*

c) *En cualquier caso, si se produjera alguna de las circunstancias indicadas en la letra anterior, deberá abstenerse de participar, directa o indirectamente en la adopción de la decisión de que se trate.*

d) *Existe conflicto de interés cuando el cargo público foral interviene en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen o pueden confluír a la vez intereses de su puesto público con intereses privados propios o de carácter público, de familiares directos, pareja de hecho o intereses compartidos con terceras personas, así como de empresas o entidades en las que esas personas o colectivos hayan tenido algún tipo de relación.*

e) *Existe apariencia de conflicto de interés cuando el cargo público foral considera que su actuación o intervención en decisiones relacionadas con asuntos de su competencia no afecta a sus intereses personales, familiares o de terceras personas vinculadas con él, empresas o entidades en las que esas personas hayan tenido algún tipo de relación, pero desde un punto de vista objetivo esa actuación o intervención puede dañar directa y gravemente la imagen de objetividad que la ciudadanía tiene de la institución.*

(...)



Sin embargo, en el presente asunto, no se cuestiona su participación desde el punto de vista de un posible conflicto de interés, sino que directamente se cuestiona la posibilidad de su participación en sí. A este respecto, el SII no plantea en ningún momento que los cargos públicos no puedan en sí mismo participar en las mesas de contratación, sino que, como se ha dicho, siempre lo ha tratado desde el punto de vista de un posible conflicto de interés. Sin embargo, este es un tema que ya ha sido regulado por el legislador y que, como en otras ocasiones, conviene analizar.

La prohibición de que los cargos públicos participen en las mesas de contratación está regulada en el artículo 326.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP):

**Artículo 326. Mesas de contratación**

*1. Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación, **los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación.** En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación, salvo cuando se fundamente en la existencia de una imperiosa urgencia prevista en la letra b) 1.ª del artículo 168, en el que será obligatoria la constitución de la mesa. En los procedimientos a los que se refiere el artículo 159.6 será igualmente potestativa la constitución de la mesa.*

(...)

*5. (...) **En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual.** Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda.*

(...)

Como bien se señala en el escrito de la solicitud, las Fundaciones públicas son consideradas entidades del sector público (si cumplen los requisitos señalados en artículo 3.1.e) de la mencionada Ley, y que es el caso), y son poderes adjudicadores, pero no Administración Pública, sino lo que se denominan PANAPs (Poderes adjudicadores no administración pública).

Los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de administraciones públicas están regulados en el Título I del Libro III de la Ley 9/2017 que,



en relación a la preparación y adjudicación de los contratos tanto los sujetos a regulación armonizada como de los que no, remite a las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II. Este apartado comprende los arts. 115-187, quedando fuera el mencionado artículo 326 relativo a las mesas de contratación. De esta forma, puede entenderse que la constitución o no de mesas de contratación por parte de PANAPs no es obligatoria, y que, en caso de existir algún órgano de asistencia al órgano de contratación, su composición tampoco debería necesariamente seguir lo dispuesto en el artículo 326 LCSP.

Sin embargo, la prohibición señalada para el caso de las mesas de contratación de las administraciones públicas responde claramente a una inquietud que más tiene que ver con la ética y la integridad que con cuestiones legales. Y resulta pertinente recordar lo que ya inicialmente se recogía en la exposición de motivos del SII:

*“(...) el diseño e impulso de una **Política de Integridad Institucional** en la Administración foral **no puede detenerse en un mero cumplimiento de la legalidad**, sino que debe dar pasos decididos hacia la construcción y efectividad de un marco de integridad institucional y, asimismo, hacia la implantación y desarrollo de **buenas prácticas en la gestión pública que mejore el rendimiento de la Administración en beneficio de los servicios que recibe la ciudadanía (...)**”.*

Es por ello, que, con el fin de salvaguardar los valores y principios de **Honestidad y Desinterés, Objetividad y Transparencia** (“...su actuación transparente estará guiada con el fin de mejorar la relación de confianza de la ciudadanía en sus instituciones, permitir a estos el control democrático de las mismas y garantizar la rendición de cuentas...”) recogidos en el SII, parece aconsejable la creación de ese órgano de asistencia especializado y recomendable que en su composición se tuvieran en cuenta las reglas establecidas en el referido artículo 326.

Además, hay de señalar que en este sentido se manifestó la Abogacía General del Estado, en su Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado; y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Recomendación de 1 de marzo de 2018 sobre la forma de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración y sobre alguna otra cuestión derivada de la aprobación de la Ley 9/2017.



No podemos limitar el alcance del SII bajo la apelación a la legalidad formal porque la legalidad no equivale a la ética. Porque la ética es algo más que cumplir la ley (Resolución 5/2019) y, además, esta CEI no tiene la competencia de velar por el cumplimiento de la normativa sino por el cumplimiento, concienciación e impulso de las buenas prácticas que contempla el SII.

En virtud de todo lo expuesto, la Comisión de Ética Institucional adopta, por unanimidad, la siguiente

## RESOLUCIÓN

**Primero.-** En virtud de lo establecido en los artículos 3.4, .3.5 y 5.2 del Código de Conducta y Buenas Prácticas de los miembros de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de los altos cargos públicos y personal asimilado de la Administración Foral de Gipuzkoa y de las entidades de su sector público que contemplan los valores de Honestidad y Desinterés, Imparcialidad y Objetividad y el principio de Transparencia, consideramos que no es aconsejable que los cargos públicos de la Diputación Foral de Gipuzkoa participen en las mesas de contratación y/o en el Consejo Asesor para procedimientos de contratación de las Fundaciones forales.

**Segundo.-** En cualquier caso, y en aras a garantizar su actividad y funcionamiento, siempre que el objeto y fines de la Fundación foral y las funciones encomendadas al Consejo Asesor en cuestión lo permitan, consideramos oportuno que se tenga en cuenta la posibilidad de que el personal funcionario público participe en dicho órgano.

**Donostia–San Sebastian, a 3 de septiembre de 2020**

**Presidenta de la Comisión de Ética Institucional**

**Eider Mendoza Larrañaga**