



Asunto 3/2016

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA CONSULTA FORMULADA POR DOÑA (...), DIRECTORA GENERAL DE (...) DEL DEPARTAMENTO DE (...), A PROPOSITO DE UNA POSIBLE RELACIÓN PROFESIONAL DE LA EMPRESA DE LA QUE SU MARIDO ES COPROPIETARIO, CON DIFERENTES AYUNTAMIENTOS Y CON LA SOCIEDAD PÚBLICA FORAL (...)

I.- CONSULTA

1.- Mediante correo electrónico remitido a la Comisión de Ética Institucional del sector público foral (CEI) con fecha 23 de junio de 2016, la interesada, directora general de (...) del Departamento de (...) de la Diputación Foral de Gipuzkoa, solicita la opinión de la CEI en relación a la posibilidad de que la empresa privada de la que su marido es copropietario, pueda mantener relaciones profesionales y/o comerciales con ayuntamientos y con la sociedad pública foral (...), esta última adscrita a su departamento.

2.- En su correo electrónico la solicitante manifiesta que su marido es copropietario, junto con otra persona, de la empresa (...), consultora dedicada a las nuevas tecnologías.

Añade, que antes de su nombramiento como directora general de (...), la empresa de su marido ha tenido relación profesional y comercial con administraciones públicas y entidades vinculadas (...) y que entre sus proyectos se encuentra prestar sus servicios a distintos ayuntamientos del Territorio Histórico de Gipuzkoa. De hecho, la empresa se ha puesto en contacto con varios ayuntamientos y la respuesta de estos ha sido que los proyectos que ofrecen se suelen gestionar mediante la sociedad pública foral (...).

3.- La consulta que nos ocupa se formula porque la interesada quiere actuar conforme al Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público, para lo cual quiere conocer el criterio de esta CEI en relación a si es posible que la empresa de su marido mantenga relaciones profesionales y/o comerciales con ayuntamientos del Territorio Histórico de Gipuzkoa y con la sociedad pública (...).

Hasta conocer la resolución del CEI la empresa del marido no avanzará en las posibles relaciones profesionales y/o comerciales con los ayuntamientos del Territorio Histórico de Gipuzkoa ni con la sociedad pública (...).

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, con el que se quiere afianzar la ética pública y la ejemplaridad como señas de identidad.

El sistema incluye un Código de Conducta y Buenas Prácticas, identifica las normas de conducta y actuación que deberán ser observadas y promovidas por los cargos públicos forales y asimilados en el ejercicio de sus funciones y actividades públicas o, en su caso, privadas, siempre que estas puedan revertir sobre la imagen de la institución en la que prestan sus servicios. Todo ello con el propósito de promover la integridad y la ejemplaridad, salvaguardando la imagen de la institución.

2.- El Código de Conducta y Buenas Prácticas se articula en torno a ocho valores – representación, integridad, ejemplaridad, honestidad y desinterés, objetividad, profesionalidad, eficiencia y convivencia y respeto- y ocho principios: liderazgo compartido y transformacional, transparencia, apertura de datos, nuevo modelo de gestión e innovación, promoción y uso del euskera, cohesión económico-social y equilibrio territorial, gobierno relacional y escucha activa de la ciudadanía y rendición de cuentas.

En este marco de valores y principios, el Código incorpora un amplio catálogo de conductas, actitudes y comportamientos, que constituyen el parámetro de referencia con el que ha de operar esta CEI para dar respuesta a las consultas, dudas y dilemas éticos que sometan a su consideración los cargos públicos voluntariamente adheridos al Código o terceras personas sinceramente interesadas en el efectivo cumplimiento de sus previsiones.

3.- El Sistema de Integridad Institucional prevé la creación de la Comisión de Ética Institucional como órgano independiente con funciones de impulsar, promover, velar y garantizar el cumplimiento de los valores, principios y normas de conducta que se regulan en el Código de Conducta y Buenas Prácticas, así como de prevenir cualquier incumplimiento o mala conducta que pueda dañar la imagen de la institución.

Las funciones del órgano de garantía se proyectarán sobre los cargos públicos y asimilados, así como, en su caso, sobre el personal al servicio de la Administración foral y de las entidades de su sector público.



4.- El Decreto Foral 3/2016, de 1 de marzo, por el que se crea la Comisión de Ética Institucional del sector público foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en su artículo 3.b) dispone que corresponde al CEI resolver las consultas, dudas y dilemas éticos que pueden plantear los cargos públicos, mediante resoluciones, informes o notas.

5.- Según lo establecido en el artículo 1.3 del Código de Conducta y Buenas Prácticas es de aplicación a la solicitante.

III. VALORACIÓN DE LA COMISIÓN DE ETICA INSTITUCIONAL

1.- La cuestión planteada se refiere a la actividad profesional del marido de la interesada, copropietario de una empresa consultora dedicada a las nuevas tecnologías y que quiere mantener relación profesional y/o comercial con ayuntamientos del Territorio Histórico de Gipuzkoa y con la sociedad pública (...), adscrita al departamento de (...), del que la interesada es directora general de (...).

El régimen económico matrimonial es el de gananciales y la empresa se constituyó vigente dicho régimen matrimonial.

El régimen económico de gananciales supone que ambos cónyuges ponen en común las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos y, a los efectos del caso que ahora nos ocupa, constituyen bienes gananciales las empresas constituidas con bienes comunes, los bienes obtenidos por el trabajo o negocio de cualquiera de los cónyuges, así como los frutos, las rentas o los intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

La Norma Foral 6/2005, de 12 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno, y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en su artículo 47 establece que los/as directores/as generales están sometidos/as al régimen de incompatibilidades determinado en el artículo 37 para los y las diputadas forales, que a su vez establece que les es de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades que el fijado para el diputado o diputada general en el artículo 24.

Precisamente este último artículo dispone que estará sujeto a la legislación sobre incompatibilidades para las y los cargos públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En consecuencia, es de aplicación tanto a la diputada o diputado general, como a las y los diputados forales y a las directoras y los directores generales el régimen de incompatibilidades previsto por la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos.

Esta ley en su artículo 14.1.a) dispone que el ejercicio del cargo público es compatible con la mera administración del patrimonio personal o familiar, con las limitaciones establecidas en los artículos 22 y 23.

Y a este respecto, el artículo 22 expresamente establece que *“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 este caso, por un lado la interesada no tiene participación directa alguna en la empresa de su marido, quien ostenta el 50% de la misma y en la actualidad, dicha empresa no tiene conciertos ni contratos de cualquier naturaleza con el sector público del Territorio Histórico de Gipuzkoa, por lo que no se ha producido el supuesto de hecho exigido por dicho precepto, en los términos que se desarrollará más adelante.

A este respecto, se debe clarificar que no corresponde a esta CEI resolver las cuestiones de compatibilidad, en virtud del artículo 19 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos -que fija la competencia a favor de otro órgano-, y por no constituir su ámbito y objeto de actuación.

Ahora bien, lo cierto es que esta Comisión entiende que el objeto de la consulta se integra en el Sistema de Integridad Institucional de la Administración Foral y de su sector público si bien tampoco puede desconocer la regulación vigente que, en el concreto supuesto de hecho planteado, en su caso, sería de aplicación. Nos referimos, en concreto, al mencionado artículo 22 de la Ley 1/2014 y al Real Decreto Legislativo



3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en cuyo artículo 60.1.g) se regula la prohibición de contratar.

El artículo 60.1.g) TRLCSP dispone que no podrán contratar con las administraciones públicas y su sector público las personas o los/as administradores/as de la persona jurídica incursas en supuestos de incompatibilidad, y remite a los diferentes regímenes de incompatibilidad estatal (anterior Ley 5/2006, de 10 de abril, derogada por la Ley 3/2015, de 10 de abril, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), o de las respectivas normas de las Comunidades Autónomas; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, 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 del Régimen Electoral General.

En consecuencia, la normativa estatal de contratos del sector público nos remite en nuestro ámbito a la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos.

Ahora bien, antes de entrar a analizar esta, queremos hacer mención, por clarificadora, a la ley estatal (Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado) que ha modificado precisamente la redacción anterior sobre limitaciones patrimoniales en participaciones societarias y cuyo contenido era igual a la contenida actualmente en el artículo 22 de Ley 1/2014.

La nueva redacción de dicha ley omite la referencia a la participación en la sociedad 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 y, en su lugar, prohíbe expresamente que los altos cargos puedan tener, **por sí o por persona interpuesta**, 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 que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública. Y a estos efectos, se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo.

En consecuencia, la cuestión en el ámbito de la Administración General del Estado se debe centrar en el análisis de fondo sobre si existe o no una persona "interpuesta", no en el cómputo de participaciones en la sociedad.

En consecuencia, al amparo de la ley estatal en este caso la empresa del marido de la interesada no tendría *a priori* limitación o prohibición para suscribir contratos con el sector público foral.

Dicho lo anterior, ahora se debe de interpretar el alcance del 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.

Esa labor interpretativa ya se ha realizado por el departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco, competente en su ámbito en materia de compatibilidades, mediante informe jurídico de fecha 22 de diciembre de 2014 relativo a las limitaciones establecidas para los cargos públicos en el 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.

En dicho informe tras un análisis exhaustivo de los antecedentes normativos, de las reglas de interpretación (art. 3 CC) y de la jurisprudencia, se llega a la siguiente conclusión:

“(...) junto al interés de prevenir las contrataciones fraudulentas y el tráfico de influencia 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.

(...) ha de admitirse, de entrada, que la literalidad del precepto –artículo 22.1- con la expresión “por sí mismos o junto con...” (...) 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 (...)

(...) Haría falta por tanto la tenencia de participaciones del o la cargo para que resulte operativa la previsión legal sobre el 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 público, 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.

(...) 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.



(...) 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 menos 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”.

Esta Comisión hace suyas las reflexiones y cautelas contenidas en dicho informe jurídico, de ahí que partamos de la conclusión de que más allá de la forma de computar las participaciones societarias de los cónyuges de manera automática –materia que se escapa de nuestra competencia-, lo que nos compete es prevenir que cualquier régimen económico o de tenencia pueda derivar en un fraude a la evitación de conflictos de interés y aprovechamiento del cargo.

A mayor abundamiento, esa misma preocupación se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en cuyo artículo 60.1.g), además de remitirse a los regímenes de incompatibilidad ya comentados, recoge la prohibición de contratación de los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de los altos cargos, cuando se produzca conflicto de intereses con el/la titular del órgano de contratación o los/as titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

Esta preocupación se recoge en el Código de Conducta y Buenas Prácticas que enumera los valores de integridad institucional a los que los cargos públicos y personal asimilado debe ajustar su conducta, y específicamente establece con respecto al valor de honestidad y desinterés que *“El cargo público foral dirigirá sus actuaciones exclusivamente hacia el objetivo del pleno cumplimiento del interés público y de los intereses de la ciudadanía guipuzcoana en su conjunto. En caso de conflictos o apariencia de tal entre intereses públicos y privados, el cargo público deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad correspondiente o, en su caso, de la Comisión de Ética. En función de las circunstancias o de las recomendaciones que se emitan deberá abstenerse de participar, directa o indirectamente en la adopción de la decisión de que se trate o en el órgano o procedimiento correspondiente...”* (2.2.4).

Esta obligación se recoge en los mismos términos en la norma 3.4.a) que establece que el cargo público foral dirigirá sus actuaciones exclusivamente hacia el objetivo del pleno cumplimiento del interés público y de los intereses de la ciudadanía guipuzcoana en su conjunto.

Además, añade que en caso de conflicto o apariencia de tal entre intereses públicos y privados, debe ponerlo inmediatamente en conocimiento de la institución o de la autoridad correspondiente y también podrá, en todo caso, elevar consulta al órgano de garantía [norma 3.4.b)].

Así, con respecto a una posible existencia de un conflicto de intereses, la norma 3.4.d) establece que *“Existe conflicto de interés cuando el cargo público foral interviene en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen o pueden confluir 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”*.



Y sobre el valor de la integridad la norma 3.2.e) dispone que *“Especialmente, evitarán cualquier interferencia externa que pueda incidir en sus decisiones públicas y plantear dudas razonables sobre la integridad de la actuación del cargo público en el ejercicio de sus funciones. En particular, obviarán cualquier actuación que pueda provocar sospecha de favoritismo a determinadas personas o entidades”*.

Finalmente, con respecto al valor de la objetividad, en las normas 3.5.b) y c) se exige en la primera de ellas que *“...deberán evitar en el ejercicio de sus funciones todas aquellas prácticas y actuaciones que afecten o levanten cualquier sospecha o apariencia de que a través de aquellas se puede incurrir de forma no objetivada ni motivada en una actividad que genere o pueda hacerlo beneficio directo o indirecto a entidades privadas o públicas o a personas concretas”* y en la segunda que *“Especialmente, esa actuación objetiva deberá impregnar la política de nombramientos, la contratación pública, el otorgamiento de subvenciones o el cumplimiento de cualquier exigencia legal que esté imbuida por la salvaguarda de la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*.

De la lectura de las normas indicadas cabe concluir que se produce el incumplimiento del Código de Conducta y Buenas Prácticas cuando los cargos públicos intervienen en decisiones públicas, prácticas o actuaciones relacionados con asuntos en los que confluyen, al mismo tiempo, intereses generales cuya defensa y protección les corresponde en el ejercicio de sus cargos, e intereses privados propios, de familiares o de tercera personas.

En este caso la interesada no ostenta ningún cargo de representación en la sociedad foral (...) ni facultad de decisión en su ámbito de actuación ((...) sobre estructura orgánica y funcional, en cuyo artículo (...) se fijan las funciones de la Dirección General de (...) y que muestran que su ámbito de actuación es ajena a los trabajos que realiza la mencionada sociedad pública), y aún menos en el resto del sector público del Territorio Histórico.

En consecuencia, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias concurrentes, no se produce tal colisión de intereses, de forma que la interesada ha actuado conforme al Código de Conducta y Buenas Prácticas de la Administración Foral de Gipuzkoa.

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

RESOLUCIÓN

Primero.- La interesada ha actuado conforme al Código de Conducta y Buenas Prácticas de la Administración Foral de Gipuzkoa.

Segundo.- En virtud del Sistema de Integridad Institucional y del Código de Conducta y Buenas Prácticas de la Administración Foral de Gipuzkoa y su sector público, en principio, no se impide a la empresa (...), que suscriba conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público del Territorio Histórico de Gipuzkoa, o con empresas que sean subcontratistas de tales empresas, o reciban subvenciones provenientes de cualquier entidad integrante de dicho sector público, así como con los ayuntamientos del Territorio Histórico, siempre y cuando se realice cumpliendo con la legislación vigente en materia de contratación.

Tercero.- En el hipotético caso de que la autora de la consulta tuviera que adoptar alguna decisión en asuntos en los que sea parte interesada (...), o que pueda afectar directa o indirectamente a su círculo de intereses, debe abstenerse, tanto en cumplimiento del artículo 28 LRJPAC, como por aplicación de las normas 3.2.e), 3.4.d) y 3.5.a) y b) del Código de Conducta y Buenas Prácticas de la Administración Foral de Gipuzkoa.

Cuarto.- Para que la abstención ofrezca todas las garantías exigidas por el Código de Conducta y Buenas Prácticas de la Administración Foral de Gipuzkoa, los asuntos mencionados en el apartado tercero de esta resolución, deberán ser gestionados y resueltos por órganos que no dependan jerárquicamente de la interesada.

Donostia–San Sebastian, a 18 de julio de 2016

Presidente de la Comisión de Ética Institucional

Imanol Lasa Zeberio