

COMISIÓN DE ÉTICA PÚBLICA

ASUNTO 4/2014

ACUERDO EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN PLANTEADA A LA COMISIÓN DE ÉTICA PÚBLICA (EN ADELANTE CEP) POR LA SEÑORA (...), DIRECTORA DE (...), A LOS EFECTOS DE SABER SI ES CORRECTA SU PARTICIPACIÓN COMO CONSEJERA EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD (...), DADA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE ESTA ÚLTIMA TIENE SUSCRITO UN CONTRATO DE SERVICIOS CON LA SOCIEDAD (...), EN LA QUE SU CÓNYUGE (...), TIENE UNA PARTICIPACIÓN INDIRECTA.

1.- Con fecha 20 de marzo de 2014, la interesada, Directora del Gobierno Vasco, formula consulta a la CEP, a través de un escrito remitido al Registro General del IVAP-Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea (nº de entrada 4.035), cuya Directora es la Secretaria de la CEP.

2.- La interesada refiere en su escrito que, por razón del cargo que desempeña como directora, le corresponde, también, ejercer como consejera del Consejo de Administración de (...), S.A.; responsabilidad que viene desempeñando desde el 6 de febrero de 2013.

3. La interesada añade que (...), S.A. contrató en el año 2007 con la sociedad mercantil (...) los trabajos de mantenimiento y la realización de trabajos de asistencia técnica para el diseño de los sistemas de información, así como la implantación de las correspondientes licencias para la gestión de nóminas y la gestión de la contabilidad y las finanzas, para la Agencia Vasca del Agua-URA. De modo que en los años posteriores y hasta la actualidad, la citada sociedad viene desarrollando los trabajos de mantenimiento correspondientes a los dos aplicativos anteriormente referenciados, facturando desde sus inicios todos los trabajos.

4. La interesada refiere igualmente que desde el año 2004 se encuentra casada -haciendo notar expresamente que “en régimen de separación de bienes”- con el señor (...) el cual tiene una participación indirecta del 20,919% en la sociedad mercantil (...), según consta en el certificado emitido por el señor (...), en calidad de Administrador Único y que la interesada adjunta a su consulta.

5. La interesada añade que los importes a que asciende la facturación emitida en concepto de “Contratación de servicios de soporte y actualización permanente tecnológica anual en torno al sistema de los productos de nómina y contabilidad para la Agencia Vasca del Agua”, alcanza la suma de 4.846,12 euros -en dos facturas de 3.253,12 euros y 1.593 euros- sin IVA en el 2013

y 4.490 euros sin IVA en 2014. Y precisa que desde su nombramiento como miembro del Consejo de Administración de (...), en el citado órgano “no se ha tratado, ni puesto en conocimiento, ni adoptado decisión alguna, referente a la relación contractual existente entre (...), S.A. y la mercantil (...).”

6.- La interesada pone estos hechos en conocimiento de la CEP a los efectos de saber si, a la luz del Código Ético y de Conducta aprobado por el Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013, puede considerarse “correcta” su participación como Consejera en el Consejo de Administración de (...), S.A. En la consulta que ha dirigido a esta CEP, pregunta, también, cómo ha de actuar en el seno del citado órgano “si se informase de alguna relación contractual entre (...) S.A. y la sociedad mercantil (...)”, toda vez que, su matrimonio con el señor (...), podría estar en la base de un conflicto de intereses.

7.- Haciendo uso de los mecanismos de comunicación telemática previstos en el inciso segundo del apartado 16.4 del Código Ético y de Conducta (en adelante CEC), la CEP ha adoptado el siguiente

ACUERDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- El CEC, aprobado por el Consejo de Gobierno Vasco en sesión celebrada el 28 de mayo de 2013, nace del propósito de recuperar el sentido ético de la política, y de la apuesta por restablecer la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

A tal efecto, el citado Código identifica las conductas, actitudes y comportamientos exigibles a los cargos públicos que forman parte de la alta dirección ejecutiva del Gobierno Vasco, con objeto de que sus acciones, tanto públicas como privadas, se mantengan en consonancia con los valores, principios y estándares de conducta previamente fijados en el mismo. Todo ello con el fin último de promover la integridad y la ejemplaridad, salvaguardando la imagen institucional del Gobierno, reforzando su eficiencia y evitando que la confianza de la ciudadanía en las instituciones sufra menoscabo alguno.

2.- El CEC se articula en torno a cinco valores básicos –la Integridad, la Excelencia, el Alineamiento entre la Política y la Gestión, el Liderazgo y la Innovación- y seis principios esenciales: la Imparcialidad y Objetividad, la Responsabilidad por la Gestión, la Transparencia y Gobierno Abierto, la Honestidad y Desinterés subjetivo, el Respeto y la Ejemplaridad.

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 CEP para dar respuesta a las cuestiones 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.

A tal efecto, el apartado 16.3 del Código establece en su punto primero que la CEP, “será el órgano competente para recibir las observaciones, consultas y sugerencias, así como el procedimiento para llevar a cabo esas propuestas de adaptación de las previsiones establecidas en el presente Código”. A su vez, el punto quinto de ese mismo apartado establece que la Comisión se ocupará de “Recibir las quejas o denuncias, en su caso, sobre posibles incumplimientos de los valores, principios o conductas recogidos en el Código Ético y de Conducta y darles el trámite que proceda”.

II.- CUESTIÓN SOMETIDA A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN DE ÉTICA PÚBLICA

1.- La Directora del Gobierno Vasco, solicita dictamen de esta CEP en torno a la licitud ética de su continuidad como consejera del Consejo de Administración de (...), S.A., habida cuenta de que dicha sociedad pública mantiene, desde 2007, una relación contractual con la sociedad mercantil (...) en la que su cónyuge posee una participación indirecta del 20,919%. Su consulta interroga igualmente, por el modo en el que debería conducirse en el futuro – “cómo debe ser mi participación en dicho Consejo”-, en el supuesto de que el Consejo de Administración de (...), S.A., tenga conocimiento de algún asunto o adopte algún acuerdo que pueda afectar directa o indirectamente a la relación contractual existente entre dicha sociedad pública y la sociedad mercantil.

2.- Como se ve, la consulta plantea una doble cuestión. Por un lado, emplaza a la CEP a resolver si la interesada contravendría el CEC en el supuesto de que continuara ejerciendo como consejera del Consejo de Administración. Y por otro, interesa unas pautas éticas que determinen cómo debería actuar la interesada si, en el supuesto de que pudiera continuar ejerciendo como consejera sin contravenir el CEC, el citado Consejo de Administración se viera en la necesidad de abordar alguna cuestión directa o indirectamente asociada a la relación jurídico-contractual existente -o a la que pueda darse en el futuro- entre la sociedad (...), S.A., y la sociedad mercantil. En ambos casos, sin embargo, la cuestión planteada apunta hacia una misma razón de fondo. En las dos cuestiones planteadas, se trata de dilucidar si nos hallamos o no ante un supuesto de abstención del alto cargo o asimilado, por la eventual existencia de un conflicto de intereses, real o potencial, que en este caso tendría su causa en la relación conyugal que une a la interesada con el señor (...).

En Acuerdos anteriores hemos hecho notar que bastaría con que la actuación del alto cargo o asimilado suscitase o pudiera suscitar una duda razonable en torno a su honestidad, imparcialidad, integridad u objetividad, para que tuvieran que activarse los mecanismos cautelares o preventivos que prevé el CEC. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ha hecho

la interesada, al formular la consulta que nos ocupa.

3.- En la relación de hecho que se incorpora a la consulta, la Directora del Gobierno Vasco pone buen cuidado en precisar que su matrimonio se celebró -y así se mantiene- “en régimen de separación de bienes” y que las facturaciones anuales correspondientes a los trabajos realizados por (...), S.A. a (...). durante los dos últimos años, no superan los 5.000 euros. Este último dato resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que, según los estatutos sociales de (...), el concurso del Consejo de Administración -que es el órgano en el que ella participa como consejera- sólo es requerido para la celebración de contratos por importes superiores a los 5.000.000 de euros. Por debajo de ese umbral, los órganos de contratación de la sociedad son el Director General, el Presidente y el Vicepresidente, en los contratos que no excedan de 1.000.000 euros y cualquiera de ellos, de forma mancomunada, en los contratos que supongan un volumen de operaciones superior a 1.000.000 euros, sin que excedan de los 5.000.000 euros.

4.- Otro dato que la interesada remarca en su consulta, es el hecho de que, desde su nombramiento como Consejera del Consejo de Administración, “no se ha tratado, ni puesto en conocimiento, ni adoptado decisión alguna, referente a la relación contractual existente entre (...) S.A. y la mercantil (...).”

5.- Conviene señalar con carácter previo al concreto análisis de la cuestión sometida a la consideración de esta Comisión que, aun cuando el CEC prohíba o exija evitar algunas conductas, actitudes y comportamientos relacionados con la existencia de conflictos de intereses, la regulación vigente en esta materia -y, más concretamente, la que atañe al ejercicio de determinadas actividades con carácter previo o posterior al desempeño del cargo- está recogida en la norma jurídica que regula específicamente el régimen de incompatibilidades de los altos cargos del Gobierno Vasco y asimilados, donde se prevé un régimen disciplinario y sancionador que, atendiendo a las exigencias del principio de legalidad, se regula en un texto con rango de ley.

6.- En consecuencia, no corresponde a esta CEP, determinar si la situación descrita en el escrito por el que se formula la consulta, vulnera o no el ordenamiento jurídico vigente en el ámbito de las incompatibilidades de los altos cargos y directivos públicos o en el ámbito de la contratación pública. Tan sólo le compete valorar si la situación descrita se ajusta o no a los valores y principios que inspiran el CEC o a las actitudes, conductas y comportamientos tipificados en el mismo, teniendo en cuenta que quien ha suscrito dichos contratos no es la interesada, sino, en su caso, el Director General, el Presidente o el Vicepresidente de (...), S.A.

7.- Centrada la cuestión en estos términos, se ha de recordar en primer lugar que el apartado 5.2.1. del CEC, ubicado entre los principios relativos a la imparcialidad y la objetividad, establece que “En el proceso de toma de decisiones y, especialmente, en los actos que dicten en ejercicio de sus competencias, los altos cargos y asimilados actuarán siempre de acuerdo

con los principios de imparcialidad y de objetividad”.

En estrecha relación con este mandato, el apartado 5.2.4. señala que los altos cargos y asimilados

“deben declarar todo interés público o privado que pueda obstruir o entorpecer el correcto ejercicio de sus funciones y darán los pasos necesarios para resolver cualquier conflicto de intereses, poniendo en conocimiento de los órganos competentes cualquier incidencia por mínima que sea, de ese carácter. Ello implica, asimismo, que cualquier decisión debe ser adoptada en exclusivo beneficio del interés público y de los ciudadanos y ciudadanas, alejando cualquier sospecha o duda de que una resolución o decisión pueda beneficiar a la persona que la adopta, a sus familiares, conocidos o amistades o pueda, en su caso, estar influida por intereses particulares de cualquier tipo”.

8.- El apartado 6 del CEC, que recoge las conductas y comportamientos relativos a la integridad, imparcialidad y objetividad de los cargos públicos y asimilados, dispone que los cargos públicos y asimilados deberán acreditar, entre otras, las siguientes conductas y comportamientos, en relación con el valor de integridad y los principios de imparcialidad y objetividad:

- “Evitarán cualquier práctica o actuación que esté afectada o que pueda levantar cualquier sospecha de favoritismo a determinadas personas o entidades públicas o privadas.
- No utilizarán, en ningún caso, su posición institucional o las prerrogativas derivadas de su cargo, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente, ventajas para sí mismo o procurar ventajas o desventajas para cualquier persona o entidad, siempre que tales medidas no estén amparadas en el marco normativo vigente”.

9.- Por su parte, el apartado 11 del Código, que precisa las conductas y comportamientos relativos a la honestidad, el desinterés subjetivo y la evitación de conflictos de intereses, postula que éstos últimos se dan cuando los cargos públicos y asimilados “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”.

Y a renglón seguido establece las conductas que los cargos públicos y asimilados deben observar en aquellos supuestos en los que se produzca o pudiera producirse alguna colisión entre los intereses públicos y los propios del interesado.

Se trata, en su mayoría, de conductas preventivas o cautelares que persiguen, por supuesto, evitar los conflictos de intereses, pero se proponen, además, cortar de raíz todas las dudas o sospechas que pudieran suscitarse en torno a la eventual concurrencia de un conflicto de intereses en la actuación de los altos cargos y asimilados.

De su lectura se infiere fácilmente que no pretenden, tan sólo, evitar las desviaciones que puedan producirse con respecto al estándar de honestidad y desinterés subjetivo fijado por el CEC, sino disipar toda duda en torno a la posible existencia de tales desviaciones.

Entre dichas conductas, de claro tinte profiláctico, se recogen las siguientes:

- “Deberán hacer pública e informar al respecto cuando en cualquier decisión o actuación se pueda producir una colisión de sus propios intereses con el interés público, así como se abstendrán en todos aquellos actos en los que tenga interés personal directo o indirecto o pueda derivarse que tal confrontación de intereses pudiera existir.
- Se abstendrán, asimismo, de llevar a cabo cualquier tipo de negocios o actividades que, directa o indirectamente, puedan colisionar con intereses públicos o cuestionar la objetividad en el proceso de toma de decisiones o en el funcionamiento de la Administración Pública.
- Los cargos públicos y asimilados que puedan verse afectados por un potencial conflicto de intereses que colisione o pueda hacerlo con sus deberes y responsabilidades, deberán ponerlo en conocimiento público inmediatamente de la Comisión de Ética Pública revelando, a ser posible por escrito, la existencia de tal conflicto o, al menos, teniendo la obligación de exteriorizar la duda de la existencia de un hipotético conflicto de intereses presente o que se pueda dar en el futuro.

El escrito recibirá inmediata respuesta por parte de tal órgano. Ante la emergencia de un conflicto de intereses o en el caso de una hipotética duda de la existencia del mismo, los cargos públicos y asimilados deberán, como medida cautelar para salvaguardar el prestigio de la institución, abstenerse de participar en cualquier proceso de toma de decisiones en el que pueda existir la más leve sospecha de incurrir en un conflicto de intereses.

- En el caso de encontrarse los cargos públicos y asimilados en alguna de las situaciones previstas en el apartado anterior, deberán transferir sus responsabilidades al superior jerárquico o, en su caso, a cualquier otro cargo público del departamento o entidad que no se vea afectado por tales circunstancias”.

10.- Como hemos recordado en anteriores Acuerdos, lo que el CEC persigue en los apartados citados en los números anteriores, es “alejar **“cualquier sospecha o duda** de que una resolución o decisión pueda beneficiar a la persona que la adopta [...] o pueda en su caso, estar influida por intereses particulares de cualquier tipo” (Ap. 5.2.4.), así como evitar “cualquier práctica o actuación que esté afectada o que pueda **levantar cualquier sospecha de favoritismo** a determinadas personas o entidades públicas o privadas” (Ap. 6).

Basta, pues, con que la actuación del alto cargo o asimilado suscite o pueda suscitar una duda razonable en torno a su honestidad, imparcialidad, integridad u objetividad, para que deban activarse los mecanismos cautelares o preventivos a los que se refieren los apartados 5.2.4 y 11.3 del Código: la abstención o, en su caso, la consulta previa a esta CEP”.

11.- En el caso que nos ocupa, se constata que la interesada, ni ha intervenido ni -al menos con arreglo a lo dispuesto en los estatutos sociales de (...), S.A.- va a poder intervenir personalmente en la suscripción de los contratos suscritos o que se vayan a suscribir para la realización de los trabajos de mantenimiento correspondientes a los dos aplicativos referenciados -gestión de nóminas y gestión de contabilidad y finanzas- ya que su firma debe correr a cargo del Director General, el Presidente o el Vicepresidente de la sociedad, debidamente facultados para ello.

Así resulta, indubitadamente, de las *Instrucciones* que rigen la contratación *no sujeta a la regulación armonizada de (...), S.A.*, fechadas en marzo de 2014, que traen causa del *Decreto 60/1982 de 1 de febrero por el que se constituye*, y del *Decreto 20/2009 que regula la modificación de los estatutos sociales*. El punto 5º del epígrafe que las citadas Instrucciones dedicada a la definición de los *Conceptos Generales*, establece que el órgano de contratación será con carácter general, en función de la cuantía del respectivo contrato, el siguiente: *“Director General, Presidente o Vicepresidente de la Sociedad, indistintamente y sin necesidad de concurrencia de los otros, por operaciones que no excedan de 1.000.000 euros”*. Que es precisamente el supuesto al que se refiere la consulta, donde ninguna de las contrataciones efectuadas supera la cifra de los 5.000 euros anuales.

12.- De lo expresado en el punto anterior se deduce que no nos encontramos ante el supuesto de hecho sobre el que se erige el conflicto de intereses, ya que éste último, de acuerdo con lo establecido en el apartado 11 del CEC ya citado, se da cuando los cargos públicos y asimilados **“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”. El hecho de que el matrimonio de la interesada se haya celebrado en “régimen de separación de bienes”, no impide la aplicabilidad al caso de esta regla del CEC, porque el conflicto de intereses, según párrafo transcrito, se produce cuando el alto cargo o asimilado interviene y adopta decisiones en asuntos públicos en los que confluyen intereses “privados propios” o “de familiares directos”, sin necesidad de que la expresión “familiares directos” haya de circunscribirse a la figura del cónyuge del alto cargo o asimilado, que se encuentra unido a él -o ella- en virtud de una relación matrimonial entablada en régimen de gananciales. Donde la regla prohibitiva no distingue, no parece oportuno establecer distinciones encaminadas a restringir su ámbito de aplicación.

Sin embargo, el hecho de que la interesada **no haya intervenido ni vaya, en principio, a intervenir** directa y personalmente en la contratación de los trabajos concertados entre la sociedad (...), S.A. y la sociedad mercantil (...) -al menos mientras dicha contratación se mantenga en las magnitudes económicas actuales- disipa toda duda o sospecha en torno a la posible concurrencia de un conflicto de intereses. Cuando el alto cargo o asimilado no participa directa y personalmente en la contratación, ni existe conflicto de intereses ni cabe, en principio, abrigar una sospecha razonable en torno a su posible existencia.

13.- Por otra parte, el hecho de que dichos contratos de mantenimiento tengan su origen en el año 2007 -es decir, cinco años antes de la designación de la interesada como Directora del Gobierno Vasco, y que, desde aquella fecha, la sociedad mercantil haya venido realizando los citados trabajos de manera ininterrumpida y facturándolos directamente a la sociedad (...), S.A., contribuye, también, a situar los contratos de mantenimiento posteriores al nombramiento de la interesada, en el terreno de la continuidad normalizada de una relación jurídica anterior, y a no apreciar en él circunstancias singulares o excepcionales que puedan dar pie a sospechar, con un mínimo de fundamento, en torno a la posible existencia de una actuación *ad hoc*, animada por un interés espurio.

Por lo que, en contestación a la primera de las cuestiones planteadas en la consulta, nada impide que la interesada, pueda seguir ejerciendo como consejera de la sociedad pública.

14.- Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas por la interesada, parece evidente que, si por circunstancias de diversa índole tuviera que producirse alguna intervención, consultiva o decisoria, del Consejo de Administración de (...), S.A., en las relaciones contractuales entabladas o a entablar en el futuro entre dicha sociedad pública y la entidad mercantil la interesada, debería abstenerse -o, en su caso, formular consulta al respecto a esta CEP- ya que, aun cuando la tramitación correspondiente careciera de tacha alguna y no se constatará la existencia efectiva de un conflicto de intereses, de acuerdo con el CEC, se debería alejar cualquier sospecha o duda de que su actuación pudiera estar aquejada de falta de parcialidad, subjetividad, o "favoritismo a determinadas personas o entidades públicas o privadas".

En virtud de todo ello, la CEP adopta el siguiente

ACUERDO:

Primero.- La interesada no contraviene el CEC, por el hecho de que la sociedad pública (...), S.A., de cuyo Consejo de Administración es consejera y la entidad mercantil (...), en la que su cónyuge tiene una participación indirecta del 20,919 %, mantengan una relación contractual en los términos expuestos en este Acuerdo. En las condiciones expresadas en los puntos 11, 12 y 13 de este Acuerdo, la interesada puede seguir siendo consejera de la sociedad pública.

Segundo.- Si en el futuro se diera la hipótesis de que el Consejo de Administración de (...), S.A. tuviera que intervenir en la resolución de asuntos relacionados con la ejecución de los citados contratos o tuviera que adoptar alguna decisión que afectara a la sociedad mercantil (...), la interesada, debería abstenerse o, en caso de duda, plantear la oportuna consulta a esta CEP.

La Comisión de Ética Pública

Vitoria-Gasteiz a de abril de 2013