

COMISIÓN DE ÉTICA PÚBLICA

ASUNTO 10 /2013

ACUERDO EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN PLANTEADA POR D. (...) DIRECTOR (...) EN TORNO A LA EMISIÓN DE INFORMES SOBRE LAS OBRAS DE PLANIFICACIÓN MUNICIPAL EN DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO PROMOVIDAS POR EL MUNICIPIO DE (...) EN CUYO AYUNTAMIENTO ES CONCEJAL.

1.- Con fecha 28 noviembre de 2013, el interesado, Director de (...) formula consulta a esta Comisión de Ética Pública (en adelante CEP) en torno a la licitud ética de su participación personal, como máximo responsable ejecutivo, en la emisión de informes sobre las obras de planificación municipal en dominio público hidráulico que sean promovidas por el municipio de (...), en cuyo Ayuntamiento desempeña el cargo de concejal.

2.- En el correo electrónico mediante el cual recaba la intervención de esta CEP el interesado relata que en las elecciones municipales celebradas en junio de 2011, formó parte de una de las candidaturas que concurrieron a las urnas y que, como consecuencia del voto emitido por los electores, en la actualidad ejerce como concejal en el Ayuntamiento.

3.- El 30 de enero de 2013 fue nombrado Director y una de las facultades que tiene atribuidas en virtud del cargo que ocupa consiste en la emisión de informes sobre las obras de planificación municipal que se lleven a cabo en dominio público hidráulico.

4.- Durante los meses en los que viene ejerciendo de Director ha emitido ya dos informes de esta naturaleza relativos a obras municipales promovidas por el Ayuntamiento. Antes de suscribir los citados documentos, sin embargo, consultó este extremo con la asesoría jurídica, donde le informaron de que, no solamente “no existía ningún tipo de incompatibilidad”, sino que, de hecho, era él, como Director, quien tenía atribuida la facultad de firmarlos y quien debía, en consecuencia, hacerlo.



5.- Pese a ello, el interesado desea saber si su participación personal en expedientes de esta naturaleza promovidos por el Ayuntamiento donde ejerce como concejal, entra en colisión con el Código Ético y de Conducta (en adelante CEC) aprobado por el Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013.

6.- Haciendo uso de los mecanismos de comunicación telemática previstos en el inciso segundo del apartado 16.4 del 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 de la pretensión de recuperar el sentido ético de la política, y de restablecer la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

A tal efecto, el citado Código identifica las conductas, actitudes y comportamientos que los cargos públicos que forman parte de la alta dirección ejecutiva del Gobierno Vasco han de observar -o, en su caso, evitar- 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 propósito 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 este respecto, 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 cuestión que el interesado somete a la consideración de esta CEP nos aproxima a la órbita del conflicto de intereses. Pero no nos sitúa ante la potencial colisión entre un interés de carácter público y otro de carácter privado, que es, propiamente, lo que el CEC define como conflicto de intereses -su apartado 11.2 precisa que este tipo de conflictos se produce “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”- sino ante la eventual concurrencia de dos intereses de naturaleza pública: uno de nivel autonómico, relacionado con el cargo que desempeña y otro de nivel municipal, asociado a su condición de concejal.

2.- El CEC no contiene previsiones específicas para este tipo de supuestos. Su apartado 11.3, que enumera una serie de actitudes, conductas o comportamientos a observar -o, en su caso, evitar- por parte de los altos cargos y asimilados en virtud de su incardinación en el ámbito de los conflictos de intereses, sólo contempla supuestos en los que la colisión -real o potencial- tiene lugar entre los intereses privados del alto cargo o de un tercero que guarde con él una relación personal o familiar particularmente intensa y el interés público que todo responsable público ha de defender y proteger en el desempeño de sus funciones. El punto primero, en efecto, habla de evitar “beneficios dirigidos a terceras personas o entidades por intereses que sean ajenos a los propios de la Administración General e Institucional”, el segundo alude expresamente a la posible existencia de “una colisión de sus propios intereses con el interés público”, el tercero se refiere a “negocios o actividades que directa o indirectamente puedan colisionar con intereses públicos o cuestionar la objetividad en el proceso de toma de decisiones” y el cuarto, en fin, resume la doctrina sentada en los anteriores, reiterando de una manera muy concisa la regla básica en la que se condensa el mandato del CEC en relación con “los cargos públicos y asimilados que se puedan ver envueltos en un hipotético conflicto de intereses deben dar prevalencia siempre y en todo caso a los intereses públicos”. Como se ve, ni tan siquiera como hipótesis se plantea la posible confrontación entre dos intereses públicos encontrados o antagónicos.

3.- Pese al silencio del CEC, la posibilidad de que dos intereses públicos entren en conflicto, no es algo que se sitúe en el terreno de la ficción. Antes al contrario, sin pretender ahora analizar exhaustivamente este fenómeno, parece claro que pueden distinguirse, básicamente, dos tipos de conflictos entre intereses de carácter público. El primero se produce cuando entran en contradicción los intereses públicos que un alto cargo o asimilado ha de defender en virtud del puesto que desempeña y aquellos otros por los que ha de velar, también, en virtud de su integración -normalmente derivada de su condición de alto cargo- en los órganos de gobierno de un ente instrumental adscrito, vinculado o dependiente del Gobierno Vasco o de su Administración Institucional. Nos referimos a la colisión que eventualmente se pueda producir entre los intereses públicos que a un determinado cargo público le corresponde defender y los intereses, también públicos, que ese mismo cargo público ha de proteger, al desempeñar las funciones directivas o de gobierno que le han sido encomendadas -en virtud, precisamente, del cargo que ocupa-, en entes instrumentales adscritos, dependientes o vinculados a la propia Administración matriz. El caso más evidente es el que tiene lugar cuando el desempeño de un alto cargo del Gobierno vasco lleva aparejado, como una más de las funciones atribuidas al mismo, el ejercicio de una responsabilidad de naturaleza directiva o la integración en un órgano colegiado de una Sociedad Pública directa o indirectamente dependiente de la Administración General del País vasco.

El segundo, por su parte, nos sitúa ante la hipótesis -que es la que se produce en el caso del interesado- de que el alto cargo o asimilado del Gobierno vasco, desempeñe, al mismo tiempo, un cargo -normalmente de naturaleza electiva- en el seno de otra institución pública que carece de vinculación o dependencia organizativa alguna con respecto al Gobierno vasco.

4.- Dejando ahora de lado el primero de los dos posibles tipos de conflicto entre intereses públicos que se han citado en el punto anterior -que nada tiene que ver con el supuesto que nos ocupa- la colisión que puede producirse entre los intereses públicos que ha de defender un alto cargo del Gobierno vasco que al mismo tiempo ejerce de concejal electo en un Ayuntamiento de la Comunidad Autónoma, podría, *prima facie*, resolverse de tres maneras diferentes:

a) recurriendo a la técnica de las incompatibilidades, de manera que el alto cargo tuviera que renunciar desde el principio a una de las dos -o más- responsabilidades públicas que eventualmente concurrieran en su persona,

b) estableciéndose el deber de inhibirse o abstenerse en alguna de las dos instituciones cuando conozca de asuntos que afectan a la otra, o

c) jerarquizándose taxativamente los intereses públicos en juego, de manera que el alto cargo o asimilado supiera claramente cuál es el interés público que ha de prevalecer cada vez que se produce una colisión entre los que está obligado a proteger.

5.- En lo que respecta al régimen de incompatibilidades, el apartado 14 del CEC, establece las conductas y comportamientos relativos a la responsabilidad por la gestión, se limita a establecer que “quienes desempeñen un cargo público deberán ejercer sus funciones con dedicación plena y exclusiva, en los términos recogidos en la legislación aplicable”. Como se ve, lejos de añadir reglas específicas y complementarias a las que resultan del ordenamiento jurídico, en este punto, la pauta de conducta sentada en el Código se remite en bloque a lo que establezca la legislación aplicable. Lo que nos conduce a fijar la atención en la Ley del Parlamento vasco 7/1981, de 30 de junio, del Gobierno (en adelante LG) y a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local (en adelante LRBRL).

6.- Por lo que se refiere a los altos cargos de la Administración General del País Vasco, el artículo 32 de la LG establece que su desempeño será incompatible “con el ejercicio del mandato parlamentario en las Cortes Generales o de otras funciones públicas en órganos o entidades del Gobierno o de la Administración del Estado y con el cargo de Diputado General, Diputado Foral y Alcalde de localidad de más de cincuenta mil habitantes dentro de la Comunidad Autónoma. No se podrá simultanear la condición de Vice-Consejero o de Director con la de miembro del Parlamento Vasco”. Sin entrar ahora a considerar la especial naturaleza jurídica de (...), que no hace al caso analizar aquí porque el estatuto personal de sus puestos directivos está, en lo esencial, asimilado al de los altos cargos del Gobierno vasco, la norma transcrita permite apreciar que el desempeño de un alto cargo del Gobierno vasco es perfectamente compatible con el desempeño simultáneo del puesto de concejal -no de Alcalde- en un municipio, que está muy lejos del umbral de los cincuenta mil habitantes.

7.- Tampoco la legislación de régimen local -artículos 75 y siguientes de la LRBRL- establece incompatibilidad alguna para que un concejal, sin dedicación exclusiva ni parcial, como es el caso que nos ocupa, pueda desempeñar simultáneamente un alto cargo en la Administración autonómica correspondiente. De lo que se concluye que, no vulnerando el régimen de incompatibilidades establecido en “la legislación aplicable” -a la que se remite en este punto el CEC- el desempeño simultáneo del cargo de Director General y del cargo de concejal no constituye causa de contravención del Código por parte del interesado.

8.- Como hemos señalado ya en el punto 2, el CEC no pone límite específico alguno a la intervención de los altos cargos y asimilados en aquellos asuntos de su competencia en los que ha de defender un interés público que pueda entrar en colisión con otro interés igualmente público que también le corresponde defender en virtud de otras responsabilidades políticas. El conflicto entre intereses públicos, no recibe un tratamiento específico por parte del Código. O dicho en otros términos, no constituye un supuesto de hecho que figure expresamente entre sus previsiones. Ello, sin embargo, no significa que el margen de actuación del que gozan los cargos públicos cuando se enfrenten a supuestos de estas características sea absolutamente ilimitado, porque el CEC no pretende -ni, en su caso, podría- procurar o facilitar la inaplicación del ordenamiento jurídico vigente y eximir a los altos cargos de su cumplimiento. Además, sería absurdo que el CEC rebajara los umbrales de exigencia ética establecidos con carácter general por las normas vigentes en el ámbito jurídico-administrativo. De lo que se concluye que los altos cargos y asimilados del Gobierno vasco que simultáneamente ejerzan como concejales de un municipio, están sujetos, como mínimo, al régimen de inhibición y abstención establecido en las leyes vigentes tanto para aquéllos como para estos últimos.

9.- El artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPyPAC), enumera los motivos por los que “las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones”, deberán abstenerse de intervenir en los procedimientos que han de tramitar:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Por su parte, el art. 76 de la LRBRL establece que “los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contrato de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”

En consecuencia, el interesado no contraviene el CEC si interviene personalmente en la evacuación y firma de los informes que corresponde evacuar a la Dirección General -de la que es titular-, en las obras sobre dominio público hidráulico promovidas por el Ayuntamiento -donde ejerce como concejal-, siempre y cuando quede claro que en los expedientes en los que intervenga no concurre alguna de las causas de abstención recogidas en el artículo 28 de la LRJAP y PAC y en el artículo 76 de la LRBRL.

10.- La consideración expresada en el punto anterior, ha de ser completada con otra que haga referencia a la especial atención que el CEC presta a la necesidad de que los altos cargos y asimilados actúen de manera que la ciudadanía no pueda abrigar la más mínima sospecha o duda en torno a su integridad e imparcialidad. Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, el Código aprobado por el Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013, no sólo obliga a abstenerse al cargo público que se enfrenta a un conflicto de intereses real. Va más allá, porque lo que persigue 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 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.

Así pues, el hecho de no encajar estrictamente en ninguno de los supuestos de hecho en los que el artículo 28 de la LRJAP y PAC y el artículo 76 de la LRBRL exigen la abstención del cargo o autoridad actuante, no significa que el interesado no deba considerar la posibilidad de abstenerse en aquellos supuestos en los que su intervención pueda suscitar la duda o sospecha razonable de que a favorecer su interés particular o pueda “estar influida por intereses particulares de cualquier tipo”. Interesa reseñar a este respecto que el deber que el CEC impone a los altos cargos y asimilados para velar por su “apariencia de integridad”, se extiende, según prescribe el punto 1 de su apartado 6, a las actuaciones que pudieran levantar

“cualquier sospecha de favoritismo” a determinadas “personas o **entidades públicas** o privadas”. Cabría, por tanto, una sospecha fundada de favoritismo basada en el tratamiento privilegiado que el alto cargo depara a una “entidad pública”.

11.- Finalmente, conviene hacer notar que el CEC, cuyo apartado 11.3 establece taxativamente en su punto cuarto que los altos cargos y asimilados del Gobierno vasco “deben dar prevalencia siempre y en todo caso a los intereses públicos”, renuncia a jerarquizar los intereses públicos que eventualmente pudieran entrar en conflicto ante la actuación de un alto cargo o asimilado, fijando una regla de prevalencia equivalente a la que instituye entre los intereses públicos y los privados. Cosa, lógica y comprensible, por otra parte, porque no sería cabal establecer *a priori* y con vocación de validez universal, una jerarquización de los intereses públicos potencialmente concurrentes en el marco de actuación de un alto cargo. Tampoco tendría sentido, por tanto, pretender que, en caso de conflicto, cuando el interesado intervenga en la tramitación de un expediente sobre obras a realizar en el dominio público hidráulico promovido por el Ayuntamiento, haya de hacer prevalecer siempre, y en todo caso, el interés público defendido por el Gobierno vasco frente al interés que corresponde proteger al Ayuntamiento.

12.- Con todo, se recomienda al interesado que cuando deba intervenir como Director General en la tramitación de algún expediente promovido por el Ayuntamiento para la realización de obras en dominio público hidráulico, ponga especial cuidado en contrastar sus puntos de vista y en fundamentar objetivamente sus decisiones sobre el esfuerzo de documentación y los informes técnicos que resulten necesarios para procurar el acierto y la imparcialidad de los actos que se vayan a dictar, dando un juego particularmente intenso al mandato recogido en el punto 4 del apartado 6 del CEC, cuando establece que todas las decisiones, resoluciones y actos de los altos cargos y asimilados, “estarán fundamentados en información fehaciente (informes, estudios, proyectos o dictámenes) y procurarán basarse, asimismo, en análisis objetivos de los datos que estén a su disposición en relación con el tema a dirimir. Para ello se aconsejarán técnicamente por medio de los recursos propios y, en su caso, externos, que les ayuden a objetivar y resolver adecuadamente los problemas”. Sólo de esa manera logrará disipar plenamente toda duda o sospecha en relación a la posibilidad de que su actuación favorezca al Ayuntamiento, en los términos expresados en la consideración número 10.

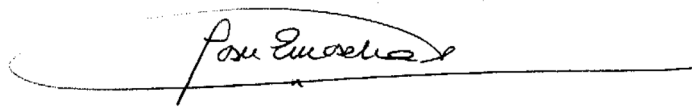
En virtud de todo ello, la CEP adopta el siguiente

ACUERDO:

PRIMERO: El interesado no contraviene el CEC por desempeñar simultáneamente el cargo de Director General y el cargo de concejal, sin dedicación plena ni dedicación parcial, en el Ayuntamiento.

SEGUNDO: El interesado no contraviene el CEC si interviene personalmente en la evacuación y firma de los informes que corresponde evacuar a la Dirección General -de la que es titular-, en las obras sobre dominio público hidráulico promovidas por el Ayuntamiento -donde ejerce como concejal-, siempre y cuando quede claro que en los expedientes en los que intervenga no concurre alguna de las causas de abstención recogidas en el artículo 28 de la LRJAP y PAC y en el artículo 76 de la LRBRL.

TERCERO: El hecho de no encajar estrictamente en ninguno de los supuestos de hecho en los que el artículo 28 de la LRJAP y PAC y el artículo 76 de la LRBRL exigen la abstención del cargo o autoridad actuante, no significa que el interesado no deba considerar la posibilidad de abstenerse en aquellos supuestos en los que su intervención pueda suscitar la duda o sospecha razonable de que va a favorecer su interés particular, pueda “estar influida por intereses particulares de cualquier tipo” o pudieran levantar “cualquier sospecha de favoritismo” a determinadas “personas o **entidades públicas** o privadas”.



Josu Iñaki Erkoreka Gervasio
Presidente de la Comisión Ética Pública

Vitoria-Gasteiz a 9 de diciembre de 2013