

Las carreras políticas y el tránsito entre lo público y lo privado

ELISA DE LA NUEZ

En un país cuyo sector privado depende enormemente del favor político, el fenómeno de las llamadas *puertas giratorias* (es decir, el tránsito entre la esfera pública y la privada, de ida y vuelta) está a la orden día. Este tipo de prácticas suponen un daño contra el interés general y entrañan un riesgo para la calidad de la vida democrática y para la credibilidad de las instituciones.

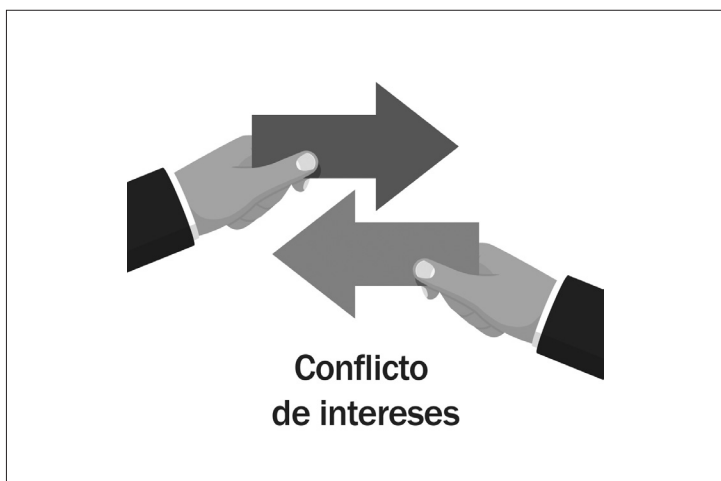


Foto: © Shutterstock.

En España el conflicto de intereses es un buen negocio. De ahí que en un país cuyo sector privado depende enormemente del favor político (en forma de regulación, contratos, subvenciones, etc.) y cuyo capitalismo tiene un marcado carácter clientelar, el fenómeno de las puertas giratorias siga estando a la orden del día, pese a las denuncias de algunos medios y a las críticas que suele recibir su regulación (y su aplicación) por parte de los expertos.

Por otra parte, los problemas del gobierno corporativo de nuestras grandes empresas son la otra cara de la moneda: se considera que no solo es correcto sino que es muy ventajoso contratar a expolíticos (a ser posible de uno y otro signo para no dejar flancos sin cubrir) que manejan agenda y contactos y pueden abrir puertas allí donde los

profesionales no pueden llegar con sus propios medios. Las empresas medianas y pequeñas solo aspiran a imitarlas. Nadie parece muy consciente del riesgo que estas prácticas entrañan desde el punto de vista de los conflictos de interés y la sospecha que arrojan sobre el funcionamiento de nuestras instituciones.

La regulación de las denominadas popularmente *puertas giratorias* en España (es decir, el tránsito entre la esfera pública y la privada) parte de la premisa de que el interés general exige evitar los conflictos de intereses que pueden subyacer al movimiento al sector privado por parte de personas que han desempeñado cargos importantes en el sector público.

Su bagaje suele consistir básicamente en su agenda de contactos políticos y funcionariales, el conocimiento del funcionamiento de la Administración o de los organismos reguladores no tanto en la experiencia profesional previa relacionada con el sector y la empresa a la que se incorporan lo que además plantearía precisamente el problema de la incompatibilidad legal como veremos.

Este es un fenómeno muy habitual en España, particularmente en los sectores regulados, dado el carácter marcadamente clientelar de las relaciones de una parte importante de nuestras grandes empresas con el sector público. En ese sentido, según el último informe del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa referente al ejercicio 2017, veintidós de las empresas del IBEX 35 tienen políticos y cargos públicos incluidos funcionarios (procedentes del Banco de España, CNMC,

etc.) en el consejo y/o en la alta dirección. En la metodología de dicho estudio se tiene en cuenta el haber ocupado un cargo público (hasta diez años antes del nombramiento) así como el tipo de responsabilidades dentro de la función pública, por lo que no se limita a cargos políticos.

De mucha menor relevancia, por el contrario, es el tránsito contrario, es decir, el de profesionales o empresarios del sector privado a altos cargos en el sector público no reservados a funcionarios; puesto que conviene recordar que la mayoría de dichos altos cargos (hasta el nivel de subsecretario en la Administración General del Estado) están reservados a funcionarios, aunque se permiten excepciones. Hay muchos factores que lo explican, desde los salarios en el sector público en comparación con puestos de similar responsabilidad en el ámbito privado hasta la politización de nuestras Administraciones, de manera que se suelen preferir personas del partido de turno o funcionarios afines para ocupar estas responsabilidades.

Por tanto, no cabe hablar aquí de «atracción del talento del sector privado» por la sencilla razón de que no es nada frecuente, salvo contadísimas excepciones como puede ocurrir con el caso puntual de algún ministro o ministra independiente con una trayectoria anterior exitosa en el sector privado, o cuando muy excepcionalmente se

El de las «puertas giratorias» es un fenómeno muy habitual en España, dado el carácter clientelar de las relaciones de una parte importante de nuestras grandes empresas con el sector público

intenta cubrir un puesto directivo a través de un procedimiento de selección.

Esta situación está ligada a la falta de una dirección pública profesional y neutral, y a la falta de procesos de selección competitivos para puestos directivos en el sector público, dado que estos puestos son de libre designación o de libre nombramiento por el Consejo de Ministros en la mayoría de los casos y suele haber un único candidato. Los pocos intentos que se han realizado de acudir a concursos públicos para proveer este tipo de puestos no han resultado precisamente alentadores. Recordemos, sin ir más lejos, el caso del fallido concurso para nombrar presidente/a de RTVE. En todo caso carecemos de datos sobre el tránsito del sector privado al sector público o incluso de los *dobles tránsitos* (del sector privado al público y de vuelta al sector privado a la misma empresa), pese a la existencia de algunos ejemplos muy llamativos¹.

Por lo que se refiere a la regulación, en el ámbito estatal se recoge en la ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en el de la Administración General del Estado. La ley contempla las tres fases de las puertas giratorias: la entrada en el sector público, el período de permanencia y la salida hacia el sector privado.

En el primer momento, la regulación se centra en la prevención o detección temprana de los conflictos de intereses, exigiéndose la declaración de bienes y derechos (que consiste en la última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio o equiva-

lente), y la presentación de una declaración de las actividades que hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión. Estas declaraciones hay que enviarlas a la Oficina de Conflictos de Intereses, aunque esta no

verifica su veracidad y completitud. Por tanto, puede ocurrir que estas declaraciones sean incompletas, inexactas o simplemente que no se envíen o no se envíen en plazo. Aunque dichas conductas constituyen infracciones tipificadas en la ley, lo cierto es que —de ser detectadas— no es fácil sancionarlas, como veremos más adelante.

La norma establece un período de enfriamiento de dos años en cuanto a los altos cargos, cargos electos y altos funcionarios públicos que pasan del sector público a puestos mucho más lucrativos en el sector privado, en el que —salvo excepciones— aportan su agenda y sus conexiones con el sector público en beneficio de su nuevo empleador. Lo cual conlleva el riesgo de conflicto de intereses y de tráfico de influencias. Durante este *cooling off period*, los ex altos cargos no pueden prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, de manera que no pueden iniciar una actividad profesional sin la autorización previa de la Oficina de Conflictos de Intereses. A cambio tienen derecho a una

La norma establece un período de enfriamiento de dos años para altos cargos, cargos electos y altos funcionarios públicos que pasan del sector público al privado

indemnización. Por lo demás, existen regulaciones similares en el ámbito autonómico.

UNA CONCEPCIÓN FORMALISTA DE LA LEY

El problema estriba en que la concepción de la que parte la Ley 3/2015 es excesivamente estrecha y además muy formalista. En primer lugar, se aplica solo a los altos cargos, tal y como los define en su art.1.2², y por tanto no incluye a los altos funcionarios (abogados del Estado, inspectores de Hacienda, técnicos comerciales, diplomáticos, etc.). Estos pueden también estar incurso en problemas similares de conflictos de intereses o tráfico de influencias, y no están afectados por ningún tipo de incompatibilidad una vez que solicitan la excedencia. Por esta razón, pueden pasar de defender la postura de la Administración en un caso determinado a defender la postura de su nuevo empleador al día siguiente exactamente en el mismo caso, como de hecho sucede, con lo que esto supone de perjuicio para los intereses generales, y todo ello de conformidad con la legislación vigente. Tampoco afecta a los subdirectores generales, al no ostentar la condición de alto cargo que son muchas veces los que tienen el poder de decisión en asuntos tales como la contratación de bienes y servicios que pueden beneficiar (o perjudicar) a sus potenciales empleadores.

En segundo lugar, el propio texto de la ley facilita una interpretación muy restringida de sus preceptos, pues si bien es cierto que la definición que realiza en su art. 11 del conflicto de intereses es amplia, lo cierto es

que su identificación suele quedar en manos del propio alto cargo (en los supuestos de detección temprana, mediante la abstención que prevé el art.12.2), o bien de la Oficina de Conflicto de intereses. Esta no tiene la capa-

acidad para verificar la información que se le facilita en la declaración de actividades, como enseguida veremos. La identificación también puede quedar en manos del propio organismo en el que desempeña sus funciones el alto cargo que (siempre según el art. 12.2) deben de aplicar procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos de interés para facilitar la abstención o la recusación del alto cargo.

En tercer lugar, el art. 15.2 establece el período de *cooling off* en dos años desde la fecha del cese, durante el cual los altos cargos no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, extendiéndose la prohibición a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario (dado que con la normativa anterior era fácil eludir la letra de la ley a través de un nombramiento en una empresa del grupo como ocurrió con el caso de una exministra). En cuanto a los miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión se establece la prohibición de prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

Las razones del mal funcionamiento de la Oficina de Conflicto de Intereses son su falta de independencia y su falta de recursos materiales y humanos

Pero es la propia norma la que especifica cuándo se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad en el párrafo 3º de este mismo artículo. De manera que esa participación ocurre —según la ley— solo en los dos supuestos que enumera. Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones, o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al derecho privado en relación con la empresa o entidad de que se trate. O cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

A mi juicio, esta concepción es excesivamente formalista y burocrática e ignora la realidad del funcionamiento de nuestras Administraciones, puesto que la capacidad de decisión —máxime en una Administración muy jerarquizada y muy politizada— no siempre se traduce en un informe preceptivo, una resolución administrativa, un acto de derecho privado o, en el caso de órganos colegiados, mediante una intervención o un voto. Rara vez quedará rastro burocrático de la intervención del alto cargo que puede favorecer al futuro empleador privado, por ejemplo. En este sentido se conseguirían mejores resultados con una redacción más abierta que considerase todas las circunstancias concurrentes en el caso y valorase si es el alto cargo quien, en último

término, controla la toma de decisiones y su ejecución o, dicho de otra forma, quien aparece como la figura clave en dicha decisión.

EL MAYOR PROBLEMA

Pero quizá el mayor problema —más allá de la regulación—

es que el órgano encargado de velar por su aplicación, la Oficina de Conflicto de Intereses, ha mostrado su incapacidad para realizar estas funciones, como demuestra el hecho de que autoriza nada menos que el 98% de las solicitudes que recibe³. Estas autorizaciones se emiten basándose fundamentalmente en la información proporcionada por el propio interesado o los órganos de la Administración donde han prestado sus servicios (que suelen avalar la falta de incompatibilidad), dado que no realiza ninguna actividad de comprobación o investigación. Por otra parte, este patrón de comportamiento no cambia sea cual sea el signo de los gobiernos, por lo que parece fácil concluir que, en esta materia, todos los partidos tienen interés en facilitar la salida hacia el sector privado de los ex altos cargos (hoy por ti, mañana por mí). En estas circunstancias no es de extrañar que la responsabilidad de la Oficina la haya ostentado siempre la misma persona.

Las razones del mal funcionamiento de la Oficina son básicamente su falta de independencia (en la actualidad es un órgano del Ministerio de Política Territorial

Limitaremos las puertas giratorias cuando avancemos hacia una mayor neutralidad del sector público y hacia una economía más abierta, moderna y competitiva

y Función Pública y anteriormente del Ministerio de Hacienda, con rango de subdirección general) y su falta de recursos materiales y humanos. De esta manera, sus decisiones tienen que fundarse en la información que le proporcionan los propios altos cargos o los órganos de la Administración donde han prestado sus servicios, o en los informes jurídicos que solicitan. En el informe que realizó la Fundación Hay Derecho sobre su funcionamiento en el año 2017 ya se puso de manifiesto esta situación⁴, que también ha recogido con posterioridad el Tribunal de Cuentas.

Para finalizar estas consideraciones sobre la aplicación de la Ley 3/2015, hay que tener muy presente que la competencia para imponer las sanciones que prevé la ley para los supuestos de infracción de las normas que recoge —según el art. 27 de la ley— corresponde a los superiores jerárquicos y políticos de los altos cargos. Es fácil entender que entonces carecerán de todo interés en reconocer que sus subordinados han podido incurrir en alguna de las infracciones previstas en la ley por el coste político que supone, dado que estamos hablando del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses, siendo un tema muy sensible para la ciudadanía.

Por último, hay que hacer una breve referencia al papel de las empresas en el fenómeno de las puertas giratorias. Porque sin empresas que consideren que es una buena inversión contratar a expolíticos la rueda no podría girar como lo hace. Las razones por las que las empresas contra-

tan a personas sin ninguna formación o experiencia previa en el sector del que se trate son muy variadas pero, salvo excepciones, se podrían resumir en una: la necesidad de contar con un más fácil acceso al poder político y a las Administraciones Públicas, necesarias en un modelo de capitalismo clientelar. En ese sentido, convendría avanzar hacia una mayor concienciación del sector privado sobre el riesgo que tienen estas prácticas en términos reputacionales y en términos de posibles conflictos de intereses, falta de neutralidad e imparcialidad, así como desde el punto de vista de la responsabilidad corporativa.

Hay muchas cosas que las grandes empresas —que no dejan de ser las que lideran el fenómeno— pueden hacer para limitarlo o corregirlo, más allá de lo establecido en la norma que, como vemos, se incumple sin demasiados problemas. Pero todas ellas pasan por asumir que las puertas giratorias no son un buen negocio.

En definitiva, terminaremos o al menos limitaremos las puertas giratorias cuando avancemos hacia una mayor neutralidad y profesionalidad del sector público y hacia una economía más abierta, moderna y competitiva. De ahí la necesidad de un enfoque integral del fenómeno que abarque no solo la regulación de los conflictos de intereses sino aspectos del gobierno corporativo, responsabilidad corporativa, neutralidad institucional, profesionalización de las Administraciones Públicas y hasta cambios culturales, por no mencionar las consideraciones de tipo ético que siempre subyacen en estas cuestiones. ■

Elisa de la Nuez es abogada del Estado; secretaria general de la Fundación Hay Derecho.

NOTAS

¹ Es el caso del actual secretario general del Banco Santander que ocupó el puesto de Subsecretario del Ministerio de la Presidencia procedente del banco (puesto que ejerció durante la etapa de la reestructuración bancaria), y después volvió a la empresa sin período de enfriamiento. Lo cual lo permite expresamente la Ley cuando se trata de volver a la misma entidad donde se desempeñaban los servicios, condición de que la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste antes del paso al sector público.

² 1.2. A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:

- a) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado.
- b) Los subsecretarios y asimilados; los secretarios generales; los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.
- c) Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados.
- d) Los presidentes, los vicepresidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los presidentes y directores de las Agencias Estatales, los presidentes y directores de las Autoridades Portuarias y el presidente y el secretario general del Consejo Económico y Social.
- e) El presidente, el vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el presidente, vicepresidente y los vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el presidente, los consejeros y el secretario general del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión.
- f) Los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.
- g) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores

Generales y asimilados.

3. No tendrá la consideración de alto cargo quien sea nombrado por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en ese momento la condición de alto cargo.

³ Por ejemplo, en cuanto a ex altos cargos del último Gobierno de Rajoy la Oficina de Conflicto de Intereses autorizó la compatibilidad de, entre otros, Jaime García Legaz (expresidente de Aena y exsecretario de estado de Comercio), Agustín Conde (exsecretario de estado de Defensa), Miguel Ferre (ex secretario de estado de Hacienda) o la ex vicepresidenta Soraya Sáenz de Santamaría. En definitiva, según una investigación realizada por el diario.es, la Oficina de Conflicto de Intereses ha concedido en total 525 autorizaciones a 295 ex altos cargos, frente a 11 denegaciones. Hay que tener en cuenta también que hay altos cargos que tienen más de una autorización para el desempeño de una actividad. Por ejemplo, recientemente destacan el anteriormente citado Jaime García Legaz con 5 autorizaciones y el exministro Catalá con 4.

⁴ https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2017/04/Estudio-sobre-Puestas-Giratorias_Vconsolidada-2.pdf