

Expedient núm. 126/2018

Informe núm. 8/2018

CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

COMISSIÓ EXECUTIVA

Presidenta suplent: Sra. Emilia Bolinches Ribera

Vocals: Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

València, 3 d'octubre de 2018

Informe de resposta a la consulta formulada per la Sra. directora general de Transparència i Participació, per mitjà de l'escrit presentat el 6 d'agost de 2016, davant el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, i després de la corresponent deliberació, la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern:

ANTECEDENTS

1r. L'article 42.1 n) de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de Transparència, Bon Govern i Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana, estableix que la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern té encomanades, entre altres funcions, la de n) Informar preceptivament dels projectes normatius de la Generalitat en matèria de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

2n. Per aquest motiu, i amb data de 6 d'agost de 2018, la Sra. directora general de Transparència i Participació de la Generalitat Valenciana va instar la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern a l'emissió d'un informe relatiu a l'avantprojecte de llei, de la Generalitat, de govern obert de la Comunitat Valenciana, i es procedeix a la remissió d'una còpia d'aquesta.

3r. En resposta a aquesta petició i després d'haver procedit a la seua deliberació en la reunió plenària de 3 d'octubre de 2018, la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern emet el següent:

INFORME

1r. Com a qüestió general, aquest Consell va acordar mantindre en aquest informe el mateix criteri d'autocontenció seguit en ocasions anteriors, i, en conseqüència, limitar el seu abast a aquelles disposicions de l'avantprojecte que, de manera directa, afectaren la seua estructura, funcionament i

activitat, especialment en relació amb el dret d'accés a la informació, i obviar tota referència a altres aspectes d'aquest que foren indiferents per al seu funcionament, per més que els integrants del Consell pogueren tindre sobre aquest tema opinions més o menys coincidents.

Així mateix, aquest Consell va acordar seguir en la conformació d'aquest informe el mateix criteri de consens que ha presidit la seua actuació fins ara, i es limita a incloure-hi només aquelles posicions que gaudiren del consens de tots els seus membres, i passar per alt aquelles altres que no demanaren la unanimitat mencionada.

2n. En relació amb l'article 2 (principis generals), aquest Consell considera oportuna la inclusió, en l'ordre que es considere més adequat, de dos principis més.

D'una banda el “principi de transparència en el disseny”, en funció del qual el disseny, el desenvolupament i la gestió dels sistemes d'informació es durà a terme tenint en compte el dret d'accés efectiu de la ciutadania a la informació pública, incorporar les obligacions de transparència dins del cicle de vida documental i permetre, a més, la traçabilitat dels documents fins a la font d'origen.

I, d'una altra banda, el “principi de màxima transparència”, en virtut del qual la informació pública en poder dels subjectes compresos dins de l'àmbit d'aplicació serà accessible, llevat que siga procedent l'aplicació sempre restrictiva d'algun dels límits o excepcions establits en una norma amb rang de llei, la interpretació de la qual no serà extensiva.

3r. En relació amb l'article 8 (criteris generals), aquest Consell considera oportuna la inclusió d'un o dos punts addicionals als set ja inclosos, en els quals s'establisca que en aplicació dels principis de transparència i privacitat per defecte i en el disseny, es preveuran les mesures tècniques necessàries per a realitzar la taxonomia, categorització, estructuració o etiquetatge de la informació i dades a fi que la informació i dades difoses activament puguen ser eventualment ocultades, anonimitzades o desindexades quan siga necessari traslladar-les a tercers a l'efecte de satisfer peticions d'accés a la informació pública sense posar en perill el dret a la privacitat dels afectats.

Referent a això, la llei hauria d'assegurar també que tota la informació objecte de publicitat activa quede indexada a l'efecte dels cercadors d'Internet, que són el mètode més habitual d'accés a aquestes per part de la ciutadania. Naturalment sense perjudici que es puguen aplicar mesures proporcionals i raonades per a evitar que s'accedisca a la informació pública a través de cercadors habituals de continguts d'Internet.

4t. En relació amb l'article 24 (dret d'accés a la informació pública), aquest Consell considera que seria convenient la introducció de sengles concrecions del dret d'accés en la línia del que és el criteri ja establert en les resolucions d'aquest, i que es fera menció expressa als dos supòsits que ha reconegut la normativa comunitària referent al dret d'accés: els casos en què aquesta siga sol·licitada per periodistes i per investigadors.

Així mateix, considera que la referència al “dret d'accés a la informació pública” hauria d'estar més explicitada, amb al·lusions expresses a (1) el dret a ser informat de l'existència o no de la informació o documents sol·licitats; (2) de la destinació donada a la informació sol·licitada si aquesta no estiguera en poder de l'Administració o de la causa de la seua inexistència o, si escau, de les accions realitzades en la seua cerca, i (3) d'igual manera, i també en raó de la interpretació de la normativa aplicable,

s'entén oportú reconèixer el dret, si escau, a conèixer les raons per les quals la informació es facilita en una forma o format diferent de l'elegit.

5é. En relació amb l'article 26 (protecció de dades personals), atés que constitueix una mala tècnica legislativa utilitzar l'articulat d'una llei per a simplement assenyalar la vigència d'una altra del mateix rang, es recomana la supressió d'aquest article. O, si aquesta no es considerara convenient, la inclusió en l'article d'una al·lusió al Reglament europeu de protecció de dades o de la Llei orgànica de protecció de dades en vies d'aprovació.

6é. En relació amb l'article 28 (sol·licitud i tramitació d'accés a la informació pública), apartat 3, aquest Consell considera que, sense perjudici del manteniment de la clàusula en virtut de la qual no és necessari motivar la sol·licitud d'accés a la informació pública, seria convenient explicitar una mica més les conseqüències d'una motivació persuasiva d'aquesta sol·licitud, atés que és clara la jurisprudència del TJUE i del TEDH, i establir el criteri d'aquest i altres consells de transparència. Es considera que facilitar informació sobre el subjecte sol·licitant, sobre les finalitats de la sol·licitud i sobre la rellevància de la informació sol·licitada, pot ser molt important i, fins i tot, determinant per a considerar favorablement l'interès del reclamant quan aquest resulta ser explicitat i és convincent, i de manera més crítica l'absència d'aquest. Així, convindria explicitar que pot ser rellevant per a l'estimació d'una sol·licitud d'accés a la informació que s'hi incloga elements de judici sobre si el sol·licitant té singular importància en el control social de l'acció pública; sobre si la informació que sol·licita pot tindre rellevància i interès públic; o sobre quin serà el tractament d'aquesta que tinga previst i la seua possible connexió amb interessos que no siguin només particulars.

En relació amb aquest mateix article 28 (sol·licitud i tramitació d'accés a la informació pública), aquest Consell considera convenient afegir-hi un apartat addicional, en virtut del qual en els casos en què el subjecte obligat tinga dubtes raonables que siga procedent facilitar la informació sol·licitada en raó de la possible afectació del dret de protecció de dades, sol·licitarà un informe referent al delegat de protecció de dades, sempre que el subjecte obligat dispose d'aquest en virtut de la normativa aplicable en la matèria.

Així mateix, també es jutja oportú assenyalar que respecte de la informació sol·licitada a través de plantilles o altres mitjans electrònics sense identificació suficient, es podrà facilitar la que ja estiga publicada o respecte de la qual no concórrega cap causa d'inadmissió de l'article 18 o cap límit dels articles 14 o 15 de la Llei 19/2013.

7é. En relació amb l'article 30 (causes d'inadmissió), apartat 2, aquest Consell -guiat per l'experiència acumulada fins ara i tenint ben present la doctrina establida per aquest i altres consells en nombroses resolucions-, entén que seria desitjable que en l'apartat c) la norma especificara no solament que els informes, preceptius o facultatius, no podran ser considerats com a informació de caràcter auxiliar o de suport, sinó que quan la informació auxiliar o de suport fora determinant per a la presa de decisions per part del subjecte obligat no incorrerà en causa d'inadmissió.

Així mateix, convindria detallar els casos en què una reclamació és susceptible de ser considerada abusiva, aspecte aquest ja recollit convenientment en el Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desplegament de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat. En qualsevol cas, es podria afegir-hi una lletra d, del tenor següent:

“Podrà considerar-se abusiva una sol·licitud quan es justifique suficientment la desproporcionada càrrega de treball, gestió, temps i dedicació de mitjans humans, materials o econòmics que ocasionaria la seua atenció, o aquesta poguera impedir o dificultar greument l'eficaç funcionament del mateix òrgan administratiu en el compliment de les seues finalitats; tot això en relació amb les finalitats que es persegueixen amb l'accés a la informació requerida”.

8é. En relació amb l'article 31 (resolució), concretament amb l'anomenat “silenci positiu” que ha distingit la legislació valenciana, aquest Consell considera que seria útil afegir al ja establert en els tres primers apartats de l'article el contingut d'altres apartats més a fi de reflectir el que és ja un criteri reiteradament aplicat per aquest i altres consells de transparència. A saber: que el sol·licitant d'informació a qui el subjecte obligat no conteste en termini, podrà optar entre *a)* Fer valdre el silenci positiu i sol·licitar la informació davant el subjecte obligat. Denegada expressament aquesta sol·licitud o transcorregut el mes sense haver obtingut resposta, podrà reclamar davant el Consell de Transparència o davant la jurisdicció ordinària; o *b)* Reclamar directament davant el Consell de Transparència o davant la jurisdicció ordinària, atés que el transcurs del termini per a resoldre sense que hi haja resolució expressa pel subjecte obligat deixa expedit el camí per a la presentació d'una reclamació davant el Consell de Transparència.

9é. En relació amb l'article 34 (procediments davant el Consell de Transparència. Procediment ordinari), aquest Consell entén que l'exigència recollida per l'avantprojecte en l'apartat cinqué, en el sentit que:

“Les resolucions de les reclamacions adoptades pel Consell de Transparència es comunicaran al Síndic de Greuges i es publicaran en el portal del Consell de Transparència, després de la dissociació prèvia de les dades de caràcter personal i una vegada s'hagen notificat a les persones interessades. Així mateix, s'indicaran les resolucions estimatòries i les desestimàries, així com les complides per l'Administració, les incomplides i les impugnades davant la jurisdicció contenciosa administrativa. Les resolucions estaran ordenades temàticament i cronològicament perquè siguen fàcils de localitzar, i s'indicaran de forma particular aquelles que establisquen criteris generals per a la interpretació de la llei o per a la resolució de futures reclamacions”.

resulta objectable, almenys, en dos aspectes:

D'una banda, constitueix un tràmit burocràtic costós i innecessari remetre al Síndic de Greuges el contingut d'unes resolucions que estaran publicades abans fins i tot que la comunicació esmentada arribe a les seues mans, i que estaran a la seua disposició -com a la de la resta dels ciutadans- en el portal del Consell.

I, d'una altra banda, és problemàtic haver d'“etiquetar” les resolucions com a “estimatòries” o “desestimàries”, així com “complides” per l'Administració, o “incomplides”. El primer, perquè són molts més els sentits que una resolució pot tindre -n'hi ha d'inadmissió, de pèrdua sobrevinguda d'objecte, d'estimació parcial...- i, el segon, perquè no sempre és pacífica la determinació del compliment o no d'aquestes, i són freqüents les reclamacions dels actors en fase d'execució. D'una altra banda, les referides etiquetes aporten poc al coneixement del contingut de les resolucions, per la qual cosa s'advoca la seua supressió.

10. En relació amb l'article 35 (procediment de mediació), apartat 3, aquest Consell valora positivament que l'avantprojecte introduísca la possibilitat d'iniciar un procediment de mediació entre

les parts, per considerar que d'aquest es podria derivar una ràpida i satisfactòria resolució dels conflictes plantejats. Però en canvi preveu amb preocupació que la norma establisca que la persona medidora serà designada pel Consell de Transparència, entre els seus membres".

La mediació, com qualsevol altra professió, requereix -a més de dedicació- formació, capacitat i disposició, i no cal esperar que els membres del Consell -per definició, juristes- disposen d'aquesta. Encomanar als membres del Consell tasques de mediació equival a menysvalorar la complexa tasca medidora, i equiparar-la a un simple intercanvi de postures, passant per alt l'elevat nivell de professionalitat que requereix per a ser reeixida. Si es manté -com aquest Consell vol- l'aposta per la mediació, s'hauria de confiar aquesta a un o diversos professionals externs, o integrats en l'Oficina de Suport del Consell.

Així mateix, i en qualsevol cas, aquest Consell amb la seua conformació i dedicació actual, de cap manera podria fer front a sol·licituds de mediació que s'haurien de desenvolupar només quan s'elegisca el nou Consell amb dedicació exclusiva.

11. En relació amb l'article 43 (naturalesa i actuació), apartat 1, i tot i sent conscient que la qüestió ha sigut ja plantejada, estudiada i rebutjada en ocasions anteriors pel Consell, aquest Consell no pot menys que reiterar la idoneïtat que la llei li atorgara la condició d'autoritat administrativa independent, al mateix temps que adverteix que la seua identificació com a "autoritat de garantia" remet a una figura que com a tal no té una translació a l'ordenament jurídic, i es constitueix, per tant, una mera descripció de les seues tasques, però no una determinació de la seua naturalesa.

En relació amb aquest mateix article 43 (criteris generals), apartat 3, en el qual s'estableix:

"El Consell de Transparència s'ha de regir pel que disposa la normativa sobre transparència i accés a la informació pública, per la regulació dels òrgans col·legiats, del procediment administratiu i dels recursos administratius, i pel seu reglament d'organització i funcionament, sense perjudici de les directrius i acords que pugui aprovar en virtut de la seua potestat d'autoorganització".

Aquest Consell entén que estem davant una redacció confusa i, en els termes en què està redactada, completament irrellevant. Si el que el legislador vol fer és identificar les normes a les quals està subjecte aquest Consell, hauria de referir-se a aquestes identificant-les amb precisió, cosa que, d'una altra banda, és innecessària, ja que la vigència de les normes està determinada per aquestes mateixes, i no per la referència d'unes altres. Però, fins i tot, en el cas que així fora, l'enumeració hauria de gaudir d'una exhaustivitat que no està en la norma hui en dia.

També en relació amb aquest article, aquest Consell estima que la redacció donada a l'apartat cinquè, pel que fa a la conformació i al rang de la seua oficina tècnica, posseeix una naturalesa més pròpia del reglament que de la llei, i recomana el seu trasllat a aquest.

12. En relació amb l'article 45 (composició i estatut personal), aquest Consell no es pronunciarà al voltant de la nova estructura que a aquest dota l'apartat primer d'aquest avantprojecte per la qual passarà de cinc a tres membres, perquè és sabedor que altres autoritats de control -tant en l'àmbit autonòmic com en l'estatal i en l'europeu- tenen diverses estructures que van des d'òrgans unipersonals fins a col·legiats de diversa dimensió i pressupostos, amb diversos tipus de dedicació i oficines de suport de diversa entitat i que el seu funcionament ha sigut possible amb totes aquestes. Així doncs, els uns i els altres poden ser més o menys eficients. No obstant això, aquest Consell detecta que amb la

composició proposada de tres membres difícilment es pot complir el principi establert d'equilibri entre dones i homes segons la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març.

Sí que considera, en canvi, desitjable que la referència inclosa en l'apartat segon en el sentit que els seus membres haurien de ser elegits "entre persones expertes de competència o reconegut prestigi en els àmbits del dret públic o de l'Administració pública i que tinguen més de deu anys d'experiència professional" hauria d'estar complementada amb la referència prèvia al fet que aquests siguin "juristes". La mera referència al fet que es tracte de persones "expertes" i "amb experiència" deixa oberta la porta a la designació per a formar part del Consell de càrrecs de lliure designació o funcionaris de l'Administració -o fins i tot treballadors ocasionals que acumularan ja anys en el lloc- que no tingueren la deguda formació jurídica, exigència aquesta que es considera totalment necessària en un òrgan que ha de resoldre controvèrsies íntegrament jurídiques. La referència a la necessitat que siguin "juristes", entesa com a sinònim de disposar d'una formació acadèmica en dret, obviaria -en combinació amb les restants exigències- aquest perill.

Així mateix, sembla oportú especificar a qui correspondria la presentació de candidatures per a formar part del Consell, aspecte aquest que s'obvia en el text de l'avantprojecte, i que es podria resoldre amb la simple referència al fet que serien els grups parlamentaris els que haurien de procedir a la formalització de les candidatures oportunes.

De nou en relació amb l'article 45 (composició i estatut personal), i pel que fa a l'elecció de la persona que ostente la Presidència del Consell, aquest Consell entén que la redacció de l'apartat 2 és equívoca, en afirmar-se: "Una vegada elegides pel Ple de les Corts, el president de la Generalitat efectuarà per decret el seu nomenament, així com el de la persona que ocupe la Presidència en els termes establerts en l'apartat quart d'aquest article", sembla donar a entendre que els dos nomenaments -els dels consellers/conselleres i el de la Presidència- es realitzaran en un acte únic, quan en realitat el nomenament de la persona que ostente la Presidència només és possible després de la seua elecció, i aquesta requereix necessàriament l'elecció prèvia i nomenament dels consellers i conselleres. Un punt i a part que aclarisca que seran necessaris dos decrets de nomenament -un per als consellers i conselleres i un altre, quan se n'haja procedit a l'elecció, per a la Presidència- seria suficient.

En relació amb la Presidència, aquest Consell entén que la possibilitat de reelecció com a conseller o consellera que preveu l'avantprojecte en l'apartat tercer d'aquest article no s'hauria d'estendre al càrrec de president/a. En suma, que podria ser reelegit per a un segon mandat com a conseller o consellera, però no com a president/a del Consell. Així mateix, aquest Consell considera rellevant afegir-hi que si s'optara per un òrgan unipersonal, tampoc hauria de ser possible la renovació de la Presidència.

13. En relació amb l'article 46 (estructura i funcionament), aquest Consell entén que amb la simplificació de la seua estructura que es produirà com a conseqüència del que disposa l'article anterior, passant el nombre de membres de cinc a tres, és totalment innecessari dotar l'òrgan d'una Vicepresidència, a més que menysvaloraria el conseller o consellera que ocupara una simple vocalia. Com és lògic, en el cas que la Presidència no poguera actuar en algun moment bastaria amb aplicar les normes generals dels òrgans col·legiats per a suplir momentàniament aquesta en les seues funcions.

Així mateix, i **en relació amb el que es disposa en l'apartat 2**, segons el qual: "El Consell de Transparència ha d'elaborar el seu reglament orgànic i funcional, que caldrà elevar al Consell perquè l'aprove, les modificacions d'aquest es poden efectuar a iniciativa del Consell de Transparència. Abans

de l'aprovació del decret pel Consell, haurà de remetre el projecte a les Corts perquè es pronuncie sobre la proposta i, si escau, pugui formular recomanacions en relació amb el text”, aquest Consell considera que no sembla procedent donar a una institució el rang de Corts, cosa que sense embuts no passa de ser un simple tràmit d'audiència respecte d'una disposició reglamentària l'aprovació final de la qual correspon al Consell, ja que seria inaudít que aquelles formularen observacions de calat i aquest les ignorara. Per això es recomana suprimir la clàusula, i deixar l'aprovació del reglament en mans, sense més, de l'executiu valencià.

14. En relació amb l'article 49 (pressupost), igual que s'ha assenyalat respecte de l'article 43, es considera que la regulació proposada no resoldrà els problemes actuals que en aquesta matèria afecten el Consell.

15. En relació amb la disposició addicional primera (aplicació als règims especials del dret d'accés a la informació pública), pel qual s'estableix: “aquelles matèries que tinguen previst un règim jurídic específic d'accés a la informació es regiran per la seua normativa específica i, supletòriament, per aquesta llei i per la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern”, aquest Consell valora molt positivament la inclusió d'una clàusula que recull criteris ja posats de manifest per aquest i altres consells de transparència en les seues resolucions, i aclareix una qüestió que ha generat no poca conflictivitat. Però per aquest mateix motiu, entén que la rellevància -i sobretot, la naturalesa- d'aquesta clàusula justificaria que el seu abordatge no quedara relegat a una mera disposició addicional, sinó que s'incloguera plenament en l'articulat de la norma, i proposar-se com a ubicació idònia bé l'apartat de disposicions preliminars (títol I), bé el capítol 1 del títol II.

16. Finalment, i en relació amb la disposició transitòria primera (mandat dels membres del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern), aquest Consell valora positivament la intenció de l'avantprojecte de permetre que els actuals membres del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern: “continuen en el seu actual règim jurídic fins a la conclusió del seu període de mandat i del nomenament dels nous membres del consell de transparència”, per entendre de vital importància per al futur de la institució que aquesta pugui concloure de manera plena la labor d'establiment, consolidació i fixació de criteris que els seus membres s'han posat com a principal objectiu d'aquest primer mandat, per a la qual cosa es requereix l'efectiva conclusió d'aquest en el període inicialment previst per la llei.

Sobre això, aquest Consell considera també pertinent reproduir ací els dubtes respecte de la plausibilitat de desenvolupar l'activitat de mediació que se li encomana en l'article 35 amb l'actual configuració del Consell, i advoca per posposar la instauració d'aquest mecanisme a la seua futura renovació.

És tot el que s'ha d'informar.

**LA PRESIDENTA (SUPLENT) DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA
INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN**

Emilia Bolinches Ribera