

Expediente N° 56/2016
Informe N.º 8

CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

En Valencia, a 6 de octubre de 2016

ASUNTO: Informe preceptivo del Proyecto de Decreto __/____, de __ de ____ del Consell, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana en materia de transparencia y se regula el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Antecedentes

El artículo 42.1 n) de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana dispone que la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno “tiene encomendadas las siguientes funciones: [...] n) Informar preceptivamente los proyectos normativos de la Generalitat en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.”

El 28 de abril de 2016 la Consellería de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, remitió a este Consejo el texto de Decreto con la solicitud de informe para su elaboración.

Por acuerdo de 29 de septiembre de 2016 la Consellería acuerda continuar el procedimiento de tramitación del proyecto de Decreto al no haberse emitido dicho informe. Se señala en dicho escrito que en razón del artículo 83.2 Ley 30/1992 el informe será evacuado en 10 días y que la Ley 2/2015 no entiende que este informe sea determinante.

La Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Gobierno Valenciano (modificada en este extremo por la Ley 1/2012, de 26 de febrero) dispone su artículo 49 bis d) que “Durante la tramitación del procedimiento, se recabarán todos aquellos informes que se consideren necesarios, así como las autorizaciones y dictámenes previos que sean preceptivos en relación con el objeto del reglamento.”

No es intención de este Consejo determinar en estos momentos las consecuencias de la falta de emisión de un informe calificado por la Ley como “preceptivo” en la elaboración de un reglamento que ha sido solicitado y no ha sido evacuado por el órgano –cuestión ésta sobre la que puede consultarse la STS 23/01/2013, recurso 589/2011. Tampoco pretende este

Consejo discutir la oportunidad de proceder a la promulgación del Decreto que regulará – entre otros asuntos, pero de manera principalísima– el régimen de funcionamiento del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno sin contar con la opinión del mismo. Asimismo y en cualquier caso, puede incluso cuestionarse si el informe que ahora se emite podría considerarse extemporáneo, dado que puede pensarse que en el procedimiento de elaboración normativa del que se trata “el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor” (art. 83.2 de la Ley 30/1992).

Ello no obstante si procede al menos aducir consideraciones en torno a **la imposibilidad de emisión del informe completo**, a saber.

La negativa situación estructural, organizativa y funcional de este Consejo merma de manera preocupante el potencial de este órgano para desempeñar en tiempo y forma sus muy numerosas funciones y hace nominales una buena parte de sus muy numerosas funciones. Se trata de la autoridad independiente en materia de control de la transparencia con más funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico español, lo cual contrasta con su deficiente diseño y estructura. Además se halla todavía en estos momentos dando sus primeros pasos, lo que le obliga a sentar criterios procedimentales y sustantivos que otros órganos quizás ya tengan determinados, con la lógica merma en su capacidad de acción. En este sentido, baste recordar la Memoria presentada a Les Corts Valencianes en mayo del presente año señalando algunos de estos elementos. Estas disfunciones, generadas por la actual situación normativa, e incluso agravadas por la política de la Consellería de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, llevan a la muy lamentable imposibilidad material de efectuar el informe preceptivo sobre el reglamento en las debidas condiciones. Y –como a continuación se expondrá- consideramos que el proyecto de decreto en modo alguno remediará esta situación sino que aboca a su cristalización cuando no a su intensificación.

Se trata de un reglamento con 92 artículos y siete disposiciones adicionales, de una extensión bien considerable (22.000 palabras) que, lamentablemente, es imposible analizar con la minuciosidad que se merece tanto por la importancia de la norma como la propia dignidad de este Consejo en la situación actual del mismo. Dicho informe requeriría un trabajo en profundidad, con fundamentación, comentarios y propuestas alternativas al texto que en las presentes circunstancias no puede llevar a cabo este Consejo.

Así las cosas, este Consejo ha decidido limitar su informe a una serie de observaciones generales y críticas por lo que hace a las disposiciones de los cuatro primeros títulos, y a unas **consideraciones especialmente críticas y más precisas respecto al contenido del título V del proyecto de Reglamento**, que regula al propio Consejo. (Se ha seguido la última versión conocida del texto del Decreto, que es la que figura en GVA Oberta). Es por ello que este órgano emite el siguiente

INFORME

1º.- El Decreto tiene una extensión desmesurada, teniendo en cuenta además que el Título II de la ley sobre el Buen Gobierno ha sido ya desarrollado por Decreto del Consell 56/2016, de 6 de mayo. En efecto, el proyecto de Decreto, que es un reglamento ejecutivo, va más allá en su desarrollo de lo que permite tal tipo de reglamentos. La función de éstos es el desarrollo de una ley, por lo que su capacidad de crear ex novo se encuentra muy restringida. Sin embargo, este Decreto crea ex novo más allá de su mandato, por lo cual desde un punto de vista de técnica legislativa tiene como consecuencia la utilización de una mala praxis, al suplantar la labor de les Corts, e ir más allá de lo que corresponde a un reglamento ejecutivo. En este sentido desarrolla cuestiones que no corresponden a un reglamento ejecutivo, como por ejemplo ocurre en los artículos 2, 6 o 38 del proyecto de Decreto. Existen otros preceptos en los que tampoco se respetan los límites establecidos entre la ley y el reglamento, límites que han sido incluso determinados por la jurisprudencia, por lo que se está vulnerando el principio democrático, e incluso incurriendo en posibles ilegalidades. No podemos ir más allá, ni desarrollar esta y otras cuestiones debido a nuestra situación actual, como se ha apuntado más arriba.

2º.- Este Consejo considera que el proyecto de Decreto es especialmente criticable en lo tocante al Título V. “Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, puesto que los problemas de funcionamiento señalados en la Memoria presentada por este órgano se verían incluso agravados con la entrada en vigor del mismo. De ahí que el presente informe se vaya a centrar de manera más pormenorizada en el articulado de este Título.

3º.- Por lo que hace a las “Disposiciones generales”, que integran el Capítulo I, los artículos 76 a 79 no aportan apenas nada e incluso serían prescindibles. En general puede señalarse un defecto de técnica legislativa, como lo es utilizar una disposición normativa a efectos puramente enunciatorios o descriptivos, sin brindarle efectos jurídicos de ningún tipo. En buena medida los preceptos no aportan nada a lo prescrito por la Ley 2/2015.

En todo caso, la dicción del artículo 78.3 resulta especialmente criticable. Si bien la referencia a que el Consejo de Transparencia “ejercerá sus funciones con objetividad, profesionalidad y sometimiento al ordenamiento jurídico” es inobjetable, la referencia subsiguiente a que “sus actos no podrán estar motivados por criterios de oportunidad o conveniencia” resulta, en cambio, problemática.” En este punto el Decreto parece tener en mente exclusivamente una parte de dichas funciones (las que podríamos considerar “cuasijurisdiccionales”), olvidando todas aquéllas –también atribuidas a este órgano- que tienen que ver con la promoción de la transparencia, y que necesariamente estarán motivadas por cuestiones de oportunidad o conveniencia, –no, obviamente, la del propio órgano sino la de la sociedad en su conjunto–, por lo que el Consejo hará bien en ponderar la oportunidad de

sus decisiones a la luz de las consecuencias que de ellas se vayan a derivar. Ello resulta especialmente evidente cuando se le formulen consultas o se le solicite la emisión de informes sobre el contenido de normas jurídicas en proceso de adopción, como sucede en el presente caso. Amén de que en todo lo tocante a su funcionamiento interno el Consejo adoptara decisiones, siempre dentro de la legalidad, pero en base a criterios de oportunidad y conveniencia. Se recomienda suprimir esta última referencia.

4º.- La regulación del artículo 80 relativa a los medios económicos y materiales es muy insuficiente. Considerar que los recursos del Consejo han de estar “en función de las reclamaciones tramitadas y de la actividad desarrollada” supone precisamente desconocer la incapacidad actual de desarrollar adecuadamente sus funciones. Los recursos han de estar en función de las actividades que el Consejo “debe desarrollar” (es decir las funciones encomendadas por la Ley) para permitir desarrollarlas adecuadamente. La opción por la que opta el proyecto de Reglamento implicará un círculo vicioso de un Consejo incapaz de acometer sus funciones y cada vez menos dotado, y por ello cada vez más incapaz de acometerlas adecuadamente.

5º.- En cuanto a la estructura orgánica (artículos 82 y ss.) la mayoría de la regulación contenida en el Decreto es prescindible.

La afirmación contenida en el Artículo 82.3 en el sentido de que la Presidencia del Consejo de Transparencia ostenta su representación legal e institucional no es objetable. Sí que lo es, en cambio, la de que el Consejo ejerce sus funciones “a través de la presidencia”, toda vez que el Consejo ejerce sus competencias a través de sus varios órganos –esto es: la Comisión Ejecutiva, la Presidencia y la Comisión Consultiva, más la Oficina de Apoyo– cada cual actuando dentro de sus respectivas competencias, pero sin que el desempeño de las tareas de representación que lógicamente corresponden al Presidente pueda ser confundido con el ejercicio mismo de las competencias del Consejo en sí. Se recomienda suprimir esa concreta referencia.

6º.- Lo relativo a las indemnizaciones (art. 85, pero especificadas y cuantificadas en el anexo), simplemente es altamente insatisfactoria, sino ridícula la cifra referida en el apartado de “Asistencias” (€120 por asistencia). Dado que se trata de la única retribución dineraria que los miembros del Consejo van a recibir por el desarrollo de sus tareas, sería menester que en su determinación se tuviera en cuenta no solo la duración temporal de las reuniones de la Comisión Ejecutiva del Consejo –que, de ordinario, oscilan entre las cuatro y las cinco horas– sino sobre todo la complejidad del trabajo preparatorio de cada uno de los expedientes que se abordan en las mismas. La mencionada cifra no parece tener en cuenta la realidad de funcionamiento de un Consejo cuyos miembros realizan la mayor parte de su actividad al margen de sus reuniones deliberativas, que únicamente son la culminación de una labor de análisis, estudio, redacción y propuesta de resoluciones, informes y además muy compleja. A mayor abundamiento, sucede asimismo que la retribución propuesta resulta llamativamente baja en comparación con la percibida por los miembros de los Consejos de otras

Comunidades Autónomas, por lo que este Consejo entiende que debería en este punto seguirse modelos de indemnizaciones de otros órganos autonómicos que funcionan sin dedicación o exclusividad, sino sobre la base de dietas específicamente reguladas, como es el caso del Comité Económico y Social, por ejemplo. Y, en cualquier caso, habría de fijarse una indemnización que sea al menos congruente con el grado de formación, experiencia, prestigio, profesionalidad y dedicación requeridas por la Ley a sus miembros. En nuestra comunicación relativa al presupuesto de 2017, respecto de la cual nunca hemos tenido respuesta alguna, este Consejo hizo diversas consideraciones sobre el particular.

7º.- El contenido del Artículo 86.2, que se ocupa de la distribución de asuntos “entre sus comisiones” está ya detallado en la Ley, siendo redundante. En todo caso, el Proyecto de Decreto debería especificar con claridad que las atribuciones conferidas al Consejo en los tres apartados de este artículo lo son de manera precisa a su Comisión Ejecutiva.

8º.- El artículo 87 sobre las funciones de la Comisión Ejecutiva con sus 17 párrafos evidencia la imposibilidad material de acometerlas todas con el diseño actual de la institución.

Especial crítica merece este artículo 87 en su apartado e). En primer término, este precepto introduce la facultad de que un sujeto obligado consulte a este órgano incluso respecto de una concreta solicitud de acceso a la información en fase de tramitación. Se prevé que se dé traslado a este Consejo del expediente y documentos para que señalemos lo que debe resolver a través de la “consulta”. Es de todo punto inadmisibles. Este sistema no está previsto en la ley, por lo que se vulnera el principio democrático e incurre en ilegalidad, además de que subvierte la naturaleza de este Consejo que no ha de suplantar la actividad de los sujetos obligados en la aplicación de la legislación de transparencia. Los sujetos obligados resuelven y si su resolución es discutible por las partes, los afectados podrán acudir a este órgano.

También es muy criticable el plazo introducido en el apdo. l) para la elaboración de informes a los proyectos normativos. Ahí se prescriben plazos de 20 o 10 días por urgencia. De nuevo, resulta absolutamente inasumible para un órgano colegiado, cuyos miembros carecen de dedicación exclusiva, residen en las tres provincias de la Comunitat, desplazándose en su caso desde sus ciudades de origen para discutir cada asunto, y cuya Oficina de Apoyo no cuenta con especialistas en materia de transparencia y opera sin apenas medios materiales o humanos a su disposición.

9º.- Respecto al Artículo 89.1, relativo al “Mandato y cese de los miembros de la Comisión Ejecutiva”, es más que cuestionable que el Decreto pueda introducir la imposibilidad de reelección de miembros del Consejo, por cuanto la ley no lo establece. La prohibición de que los miembros actuales o futuros del Consejo sean reelegidos en sus cargos implica un límite a la capacidad decisoria futura del órgano llamado a materializar dicha elección (en nuestro caso Les Corts), que en ningún caso sería justificado llevar a cabo a través de una norma emanada del Consell, y menos aun so pretexto del desarrollo de la ley misma. Adicionalmente, y yendo más allá de esta objeción respecto de su legalidad, este

Consejo alberga serias dudas respecto de la conveniencia de un sistema que obligue a reemplazar en su totalidad y en un único acto a todos los miembros del Consejo. En efecto: la prohibición de la reelección, combinada con la elegibilidad simultánea –que no escalonada– de todos los miembros del Consejo se traduciría de facto en una renovación total del Consejo, en la que los nuevos miembros se verían imposibilitados de beneficiarse de la experiencia adquirida por los salientes, lo que redundaría en una momentánea pérdida de efectividad de la institución, abocada a reinventarse, o arrancar de cero, cada cinco años. Lo mismo cabría decir de los miembros de la Comisión Consultiva, respecto de los que el artículo 90.1 prescribe idéntica exigencia.

De igual modo, es más que discutible que el decreto pueda introducir la expiración del mandato otorgado por *Les Corts* “por separación derivada del incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función o condena por delito doloso por sentencia firme” (letra d). Y más discutible si cabe aún nos parece que un mero decreto imponga el funcionamiento al respecto por les Corts para esta causa de “separación”. Esta causa debería ser introducida en su caso en la enésima reforma de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana

**El Presidente del Consejo de Transparencia, Acceso
a la Información Pública y Buen Gobierno**

Ricardo García Macho