

Expedient número 185/2020

Resolució número 69/2020

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

COMISSIÓ EXECUTIVA

President:

Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

Sra. Sofía García Solís

València, 9 d'abril de 2021

Reclamant: Sr. [REDACTED]

Subjecte contra el qual es formula la reclamació: Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica.

VISTA la reclamació número 1 **85/2020**, interposada pel Sr. [REDACTED], formulada contra la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica, i sent ponent el president del Consell el Sr. Ricardo García Macho, s'adopta la següent

RESOLUCIÓ

ANTECEDENTS

Primer. - Segons es dedueix de la documentació que hi ha en l'expedient, el Sr. [REDACTED] va presentar per via telemàtica el 29 de setembre de 2020, amb número de registre GVRTE/2020/1424653, dirigida davant el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern. En aquesta reclamava contra una presumpta falta de resposta de la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica a una denúncia d'incompliment de principis de bon govern per part del gerent de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana (d'ara en avant, EPSAR), presentada el 12 de febrer de 2020 davant el Gabinet de la Consellera, amb número de registre 16001/2020/693.

Segon. – El 7 d'octubre de 2020 aquest Consell va remetre al reclamant un requeriment, rebut per [REDACTED] el mateix dia 7, en el qual se li sol·licitava, per a poder procedir a l'estudi de la reclamació, que aportara còpia de la sol·licitud presentada el 12 de febrer de 2020, amb número de registre 16001/2020/693, concedint un termini de deu dies hàbils per a l'esmena i remissió de la documentació relacionada.

El reclamant va atendre aquest requeriment aportant el document sol·licitat el dia 7 d'octubre de 2020.

Els termes d'aquest escrit de denúncia eren els següents:

"- El 30/12/2019 vaig retirar de les oficines de CORREUS, BUROFAX Notificació fi de contracte amb peu de signatura de "El gerent de l'EPSAR [REDACTED].", datat el 23 de desembre de 2019.

El Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 8725/24.01.2020, publica la Resolució de 10 de gener de 2020, de la consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtic i Transició Ecològica i presidenta del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament de la Comunitat Valenciana, per la qual es dona publicitat al cessament i nomenament de gerent de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana en la qual conformement amb el que es disposa en l'article 8.14, dels Estatuts de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana, EPSAR, el Consell d'Administració ha pres els següents acords:

Ordenar el cessament [REDACTED] com a gerent en la sessió celebrada en data 28 de novembre de 2019 amb efectes des del dia 29 de novembre de 2019.

Nomenar [REDACTED] gerent, en la sessió celebrada en data 18 de desembre de 2019 amb efectes des del dia 19 de desembre de 2019.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

- Entre les facultats del Consell d'Administració de l'EPSAR hi ha la de "Nomenar i fer cessar el gerent, a proposta del president del Consell d'Administració", article 8.14 Decret 170/1992, de 16 d'octubre, del Govern Valencià, pel qual aprova l'Estatut de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana.

- El Decret 95/2016, de 29 de juliol, del Consell, de regulació, limitació i transparència del règim del personal directiu del sector pública instrumental de la Generalitat és aplicable al gerent de l'EPSAR, articles 1 i 2. L'article 3.2 diu "La designació i cessament del personal que exercisca la màxima responsabilitat dels ens es realitzarà d'acord amb els seus reglaments o estatuts i, a falta d'aquestes normes, pel seu consell de direcció o òrgan col·legiat superior de govern o administració. Aquestes designacions i cessaments es realitzaran per la persona que exercisca la màxima responsabilitat, prèvia autorització del consell de direcció o òrgan col·legiat superior de govern o administració de l'ens, de conformitat amb la normativa de desenvolupament del Règim Jurídic del Sector Públic que resulte d'aplicació, i es publicaran en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana en el termini de 20 dies".

- La Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les Administracions públiques estableix sobre l'eficàcia dels actes, article 39, "1. Els actes de les Administracions públiques subjectes al Dret Administratiu es presumiran vàlids i produiran efectes des de la data en què es dicten, llevat que en aquests es dispose una altra cosa. 2. L'eficàcia quedarà demorada quan així ho exigisca el contingut de l'acte o estiga supeditada a la seua notificació, publicació o aprovació superior".

- La jerarquia normativa està garantida per la Constitució Espanyola, article 9.3, "La Constitució garanteix el principi de legalitat, la jerarquia normativa...".

A la vista d'aquestes consideracions, l'efectivitat del cessament [REDACTED] com a gerent de l'EPSAR i l'inici en la gerència [REDACTED] seria en tots dos casos a partir de l'endemà de la publicació en el DOCV 24/01/2020 de la Resolució de 10 de gener de 2020, de la consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtica i Transició Ecològica i presidenta del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament de la Comunitat Valenciana, això és, el 25 de gener de 2020, ja que aquest decret no pot contradir normes de rang superior: llei 39/2015 i decret 95/2016.

Per tant, l'acompliment del càrrec de gerent per part [REDACTED] amb anterioritat al 25/01/2020 és una greu il·legalitat que pot comportar responsabilitats personals pels actes i les resolucions administratives, laborals, tributàries, etc. en les quals poguera haver actuat, sense deixar de costat la possible comissió d'un delictes d'usurpació de funcions públiques, a més d'un possible incompliment, tipificat com a infracció molt greu, del que es preceptua en la Llei 19/2013 i la Llei 2/2015, quant a l'obligació dels càrrecs directius del sector públic instrumental de la Generalitat d'observar el que es disposa en l'ordenament jurídic com a principi de bon govern. A més d'un possible incompliment dels procediments per a garantir la publicitat i concurrència enunciades en l'article 13.2 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós del Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat públic, ja que la vacant no es va publicar i, per consegüent, no es va promoure la concurrència d'altres candidats per a ocupar el lloc vacant.

- Sense entrar en altres actes o resolucions, la notificació de fi de contracte [REDACTED], signada per [REDACTED] el 23 de desembre de 2019, en qualitat de gerent de EPSAR, sense ser encara efectiu el seu nomenament ni el meu cessament, ha suposat cap a la meua persona un greu perjudici laboral i econòmic per la pèrdua dels salaris i remuneracions a les quals legalment tenia dret fins al mateix dia en què es fa efectiu el meu cessament amb la seua publicació en

el DOGV. Sense perjudici del recurs d'alçada, encara pendent de resoldre, contra la nul·litat de l'acord adoptat pel consell d'administració de l'EPSAR de 28 de novembre de 2019 en el qual presumiblement s'adopta el meu cessament, en incórrer-se en un greu defecte de manera que podria comportar la nul·litat de la designació del gerent de la EPSAR. Així, l'article 47 de la llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques assenyala que: "Els actes de les Administracions Públiques són nuls de ple dret en els casos següents: ...e) Els dictats prescindint total i absolutament del procediment legalment establert o de les normes que contenen les regles essencials per a la formació de la voluntat dels òrgans col·legiats." Cal tindre present que en data 18 de desembre de 2019, dia del nomenament [REDACTED], NO estava vàlidament constituït el Consell d'Administració, ja que el nomenament de 5 dels seus membres es va produir per Acord del Consell publicat en el DOGV de data 18 de desembre de 2019, assenyalant que "aquest acord tindrà efectes des de l'endemà de la publicació en el DOGV", és a dir, a partir del 19 de desembre de 2019. Així mateix, es desconeix si es va complir el termini mínim de 48 hores exigida per a la convocatòria de la sessió, així com les altres normes aplicables a la convocatòria i acords. Sense perjudici de responsabilitats d'un altre ordre en les quals es poguera haver incorregut."

Tercer. - En data 13 d'octubre de 2020, la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern va remetre al Gabinet de la Hble. Consellera de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica un escrit pel qual s'atorgava tràmit d'audiència per un termini de quinze dies, perquè poguera formular les al·legacions que considerara oportunes, així com aportar qualsevol informació sobre la reclamació que considerara rellevant; escrit que va ser rebut pel Gabinet de la Consellera aqueix mateix dia, sense que fins ara s'haja obtingut resposta.

Efectuada la deliberació de l'assumpte en la sessió de data 9 d'abril de 2021 de la Comissió Executiva, i sense que hagen pogut complir-se els terminis de resolució, a causa de les manques estructurals d'aquest òrgan, s'adopta la present resolució sota els següents

FONAMENTS JURÍDICS

Primer. - La Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, de Transparència, Bon Govern i Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana disposa en el seu article 39 que el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern té com a finalitat garantir els drets d'accés a la informació, vetllar pel compliment de les obligacions de publicitat i garantir i promoure l'observança de les disposicions de bon govern. I, entre les competències que li encomana l'article 42.1 es troben la de "b) Requerir, a iniciativa pròpia o a conseqüència de denúncia o reclamació, l'esmena d'incompliments de les obligacions contingudes en aquesta Llei".

Per part seua, l'article 43.1 del Codi de Bon Govern de la Generalitat (Decret 56/2016, del Consell, de 6 de maig) estableix que el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern podrà rebre queixes sobre possibles incompliments dels principis o conductes regulades en aquest Codi. La tramitació i resposta a una queixa podrà donar lloc a instar procediments o altres accions que siguen oportunes segons la normativa vigent.

Segon.- Així mateix, la persona destinatària de la queixa objecte del present recurs –el gerent de l'EPSAR–, es troba subjecta a les exigències de la dita Llei 2/2015 en virtut del que es disposa en el seu article 27.2, que estableix que el Codi de Bon Govern (en endavant, CBG) s'aplicarà a les persones compreses en l'àmbit d'aplicació del títol II de la Llei, concretant el seu article 25 que "queden compreses en el seu àmbit subjectiu les persones que exercisquen càrrecs directius com a presidents, directors generals, directors gerents, consellers delegats i funcions executives assimilables en les organitzacions del sector públic instrumental de la Generalitat així com qualsevol persona que haja subscrit un contracte laboral especial d'alta direcció".

Tercer. - Tampoc planteja dubtes l'encaix, conformement amb l'article 43.1 del Decret 56/2016 que aprova el Codi de Bon Govern, de la petició cursada per [REDACTED], si bé caldrà desgranar el contingut de la mateixa per a determinar no sols la competència d'aquest Consell sobre determinats aspectes procedimentals, sinó també el grau d'incompliment al·legat pel denunciant.

En primer lloc, del que s'ha exposat pel denunciant es dedueix que el Consell d'Administració de l'EPSAR, en sessió celebrada el 28/11/2019 acorda el cessament [REDACTED] com a gerent de l'entitat amb efectes des de l'endemà (29/11/2019), i nomena nou gerent a [REDACTED], en sessió celebrada el 18/12/2019, amb efectes des del dia 19/12/2019.

Posteriorment, el denunciant rep un escrit de data 23/12/2019, signat pel nou gerent en el qual li comuniquen la finalització del seu contracte. Escrit notificat el dia 30/12/2019.

Si bé no és fins al 24/01/2020 quan es publica en el DOGV núm. 8725 la Resolució de 10/01/2020, de la consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtica i Transició Ecològica i presidenta del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament de la Comunitat Valenciana, per la qual es dóna publicitat al cessament i nomenament de gerent de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana.

Quant al cessament i al nou nomenament de gerent, considera el denunciant que l'efectivitat del lloc de gerent de l'EPSAR hauria d'haver-se produït, en tots dos casos (cessament i nomenament), a partir de l'endemà de la publicació en el DOGV de l'esmentada resolució, això és, el 25/01/2020, i que per tant l'acompliment del càrrec pel nou gerent amb anterioritat a aquesta data és una **greu il·legalitat que no sols pot comportar responsabilitats personals pels actes i les resolucions en les quals poguera haver actuat sinó que pot incórrer en la possible comissió d'un delictes d'usurpació de funcions públiques.**

Referent a això, manifestar que aquest Consell manca de competència per a determinar l'abast de possibles responsabilitats "que pogueren deduir-se" per actes o resolucions en les quals haguera participat, tenint en compte, a més, que la denúncia es fa de manera genèrica (*actes i resolucions administratives, laborals, tributàries, etc. en les quals poguera haver actuat*) i sense tindre un coneixement concret sobre quins són aqueixos actes o resolucions. I pel que fa a la possible comissió d'algun delictes, és evident que aquest Consell tampoc és competent per a pronunciar-se sobre això, i caldrà que el denunciant recórrega, si escau, a les instàncies competents per a determinar si de l'actuació que es denuncia existeixen indicis de delictes o no.

Quart.- D'altra banda, manifesta el denunciant que la comunicació de 23/12/2019 per la qual el nou gerent li notifica la finalització del seu contracte com a tal, s'ha produït sense que en aqueixa data fóra encara efectiu el seu nomenament com a gerent de l'EPSAR, ni el cessament del Sr. [REDACTED] al·legant que això li ha suposat un greu perjudici laboral i econòmic per la pèrdua dels salaris i remuneracions a les quals legalment tenia dret fins al mateix dia en què es fa efectiu el seu cessament mitjançant la publicació en el DOGV (24/01/2020).

Comunica en el seu escrit que ha interposat recurs d'alçada, encara pendent de resoldre, contra l'acord adoptat pel consell d'administració de l'EPSAR de 28/11/2019 en el qual presumiblement s'adopta el seu cessament, en entendre que el mateix incorre en un greu defecte de manera que podria comportar la nul·litat de la designació del gerent de l'EPSAR, sobre la base del que es disposa en l'article 47 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les Administracions públiques.

Afirma, a més, que el dia en què es procedeix al nomenament del nou gerent (18/12/2019), el Consell d'Administració NO estava vàlidament constituït, ja que el nomenament de 5 dels seus membres es va produir per Acord del Consell publicat en el DOGV de 18/12/2019, i amb efectes des de l'endemà al de la publicació en el DOGV, és a dir, a partir del 19/12/2019, i es desconeixia al mateix temps si es va complir el termini mínim de 48 hores exigit per a la convocatòria de la sessió, així com les altres normes aplicables a la convocatòria i acords.

Sense perjudici de responsabilitats d'un altre ordre en les quals es poguera haver incorregut.

De l'exposat en aquest apartat es desprén la denúncia de possibles *irregularitats en el procediment* de nomenament del nou gerent, sobre les quals aquest Consell tampoc té competència per a pronunciar-se, havent de remetre'ns al que es disposa en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les Administracions públiques, que regula no sols l'eficàcia dels actes administratius, sinó que també recull un sistema de recursos administratius que han de ser aplicables amb caràcter previ a la via contenciós administrativa.

Així, l'article 39 de la Llei 39/2015, sobre l'eficàcia dels actes administratius estableix que els mateixos *“es presumiran vàlids i produiran efectes des de la data en què es dicten, llevat que en aquests es dispose una altra cosa”*, i que *“l'eficàcia quedarà demorada quan així ho exigisca el contingut de l'acte o estiga supeditada a la seua notificació, publicació o aprovació superior”*.

Per tant, en aplicació d'aquest article, podria deduir-se que en els mateixos actes en els quals s'acorda el cessament d'un gerent i nomenar-ne un altre ja s'estableix la data a partir de la qual aquests actes produiran efectes, concretament un cessa amb efectes 29/11/2019 i el nou gerent ho és amb efectes des del dia 19/12/2019, per la qual cosa el dia 23/12/2019, que és quan es produeix la comunicació de la finalització del contracte, és possible que el nomenament del nou gerent ja fóra efectiu. No obstant això, si el denunciant considera que l'acte pel qual es nomena el nou gerent pateix d'algun vici pel qual puga ser declarat nul de ple dret, segons disposa en l'article 47 de la Llei 39/2015, pot, com així ha fet, interposar el recurs que procedisca.

Cinqué. - Denúncia també el reclamant un *possible incompliment*, tipificat segons ell com a infracció molt greu, del preceptuat en la llei 19/2013 i la llei 2/2015 quant a l'*“obligació dels càrrecs directius del sector públic instrumental de la Generalitat d'observar el que es disposa en l'ordenament jurídic com a principi de bon govern.”*

Que els càrrecs directius del sector públic instrumental de la Generalitat han d'observar en tot moment el que s'estableix en l'ordenament jurídic, i actuar conforme al que es disposa en el mateix és alguna cosa fora de tot dubte, però que l'incompliment de tal obligació estiga tipificat en les lleis de transparència com una infracció molt greu, no és tan clar.

El Decret 56/2016, del Consell, de 6 de maig, pel qual s'aprova el Codi de Bon Govern de la Generalitat, estableix en el seu preàmbul que les persones subjectes a aquest Codi exerciran les seues funcions d'acord amb els principis fixats en la Constitució Espanyola, l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana i la resta de l'ordenament jurídic, i que en les seues actuacions es guiaran pels valors democràtics i socials, els principis d'integritat i exemplaritat, la sobrietat en les seues actuacions i el compromís amb l'impuls del govern obert i la bona administració.

Quant al règim sancionador en matèria de bon govern, l'article 42 de l'esmentat decret estableix que en aquesta matèria és aplicable el règim sancionador contingut en el títol II de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, dedicat al bon govern, així com el que disposa el títol III de la Llei 2/2015, de 2 d'abril.

Doncs bé, dins del títol II de la Llei 19/2013, l'article 26, en regular els principis de bon govern, disposa que *“les persones compreses en l'àmbit d'aplicació d'aquest títol observaran en l'exercici de les seues funcions el que es disposa en la Constitució Espanyola i en la resta de l'ordenament jurídic i promouran el respecte als drets fonamentals i a les llibertats públiques”*, i adequaran la seua activitat a una sèrie de principis generals i principis d'actuació.

I per part seua, la Llei 2/2015 valenciana regula com hem dit en el títol III el règim sancionador, distingint, dins de les infraccions, les de caràcter disciplinari de l'article 31, imputables a les autoritats, directius i el personal al servei de les entitats descrites en l'article 2, i que serien les aplicables en aquest cas, si bé en cap d'elles es contempla com a infracció *“la inobservança del que es disposa en l'ordenament jurídic com a principi de bon govern”*, per la qual cosa aquesta infracció no es troba tipificada en la Llei de transparència, i en virtut del principi de tipicitat propi de la potestat sancionadora, segons el qual *“només constitueixen infraccions administratives les vulneracions de l'ordenament jurídic previstes*

com a tals infraccions per una Llei” (article 27 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic), no pot ser sancionada conformement amb la legislació de transparència.

Sisé.- A més, continua al·legant el denunciant un *possible incompliment dels procediments per a garantir la publicitat i concurrència enunciades en l'article 13.2 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós del Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat públic*, ja que la vacant no es va publicar i, per consegüent, no es va promoure la concurrència d'altres candidats per a ocupar el lloc vacant, i respecte al qual reiterem la falta de competència del Consell de Transparència per a pronunciar-se sobre aquest.

En virtut del que s'ha exposat, considerem que ha d'inadmetre's la denúncia presentada per tractar-se en tot cas de possibles irregularitats procedimentals i incompliments sobre els quals el Consell de Transparència manca de competència per a resoldre.

RESOLUCIÓ

En atenció als antecedents i fonaments jurídics descrits, la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, acorda

Primer. – Inadmetre la denúncia presentada per [REDACTED] el dia 29 de setembre de 2020, per presumpte incompliment de principis de bon govern per part del gerent de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana.

Contra la present Resolució, que exhaureix la via administrativa, es podrà interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, en el termini de dos mesos comptats des de l'endemà de la notificació, de conformitat amb el que s'estableix en els articles 10 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

**EL PRESIDENT DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS
A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN**

Ricardo García Macho