

Expedient núm. 189/2020

Resolució núm. 77/2021

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

COMISSIÓ EXECUTIVA

President: Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sra. Emilia Bolinches Ribera

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

Sra. Sofía García Solís

A València, 16 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 **189/2020**, interposada pel Sr. [REDACTED], formulada contra la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica, i sent-ne ponent el president del Consell Sr. Ricardo García Macho, s'adopta la següent

RESOLUCIÓ

ANTECEDENTS

Primer. Segons es desprén de la documentació que es troba en l'expedient, el Sr. [REDACTED] va presentar una reclamació el 8 d'octubre de 2020, amb número de registre GVRTE/2020/1483211, 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 de la presidenta del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana (d'ara en avant EPSAR), presentada el 4 de febrer de 2020, amb número de registre 16001/2020/546.

En aquesta denúncia s'exposava el següent:

“Coneixent que és objecte de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, de transparència, bon govern i participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana, i de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, garantir que l'exercici del govern es realitze amb subjecció a principis ètics i que és aplicable el bon govern a la Presidència del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana (EPSAR), entitat del sector públic instrumental de la Generalitat segons l'article 2.3 de la Llei 1/2015, de la Generalitat, d'hisenda pública, del sector instrumental i de subvencions.

Considerant que les persones subjectes a les esmentades lleis, entre altres principis d'actuació i conducta, han de guardar la deguda reserva respecte als fets o informacions coneguts amb motiu de l'exercici de les seues competències.

Considerant que han de vetlar per l'estricta compliment de la legalitat, la transparència en la gestió dels assumptes públics i la garantia d'un tracte igual i sense discriminacions de cap tipus en l'exercici de les seues funcions. Sense menyscar altres responsabilitats que hi pogueren concórrer, especialment les previstes en la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, que estableix com a deures dels empleats públics i codi de conducta, entre altres, l'observança de l'ordenament jurídic, la transparència, la

confidencialitat i com a principis ètics, respectar l'ordenament jurídic i mantindre la deguda discreció sobre aquells assumptes que coneguen per raó del seu càrrec. Em veig en l'obligació de comunicar-los els fets següents:

Pel que fa a la confidencialitat: el 27/11/2019, a les 21.58 hores, el mitjà de comunicació digital ELDIARIO publica l'article titulat «Mollà fulmina el gerent de l'Epsar, gestor de les 460 depuradores públiques valencianes, després de quatre anys perpetuant el model del PP», https://www.eldiario.es/cv/Molla~Epsar-depuradoras-publicas-valencianas_0_968004027.html.

Aquest article es publica 13 hores abans de l'inici del Consell d'Administració d'EPSAR, previst en primera convocatòria per al dia 28/11/2019, a les 11.30 h.

ANNEX II

El punt cinqué de l'ordre del dia de la convocatòria del Consell és «Aprovació, si escau, de la proposta de la presidenta de cessaments i nomenaments». És obvi que literalment no hi ha cap referència sobre quina és la proposta de la consellera, ni quines persones poden resultar afectades pels possibles cessaments o nomenaments. En la documentació remesa als consellers per part de la secretària del Consell d'Administració, data 27/11/2019, a les 10.24 hores, que desenvolupa els punts de l'ordre del dia, no s'inclou cap documentació en referència al punt cinqué «...s'adjunten sengles arxius corresponents a la convocatòria del Consell d'Administració a què fa referència el punt primer i a la documentació corresponent als punts 1 a 4 de l'ordre del dia... ».

ANNEX III

Des del seu nomenament com a consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtica i Transició Ecològica, la Sra. MIREIA MOLLÀ HERRERA, DOCV 17/06/2019, té la titularitat de la Presidència d'EPSAR en virtut de l'article 17 de la Llei 2/1992, de 26 de març, de sanejament de les aigües residuals de la Comunitat Valenciana. En vista dels fets exposats i dels fonaments de dret considerats, podria haver-se produït una infracció per part de la Presidència d'EPSAR que podria arribar a considerar-se molt greu, article 29.1.d) de la Llei 19/2013, a conseqüència de la revelació a un mitjà de comunicació, ELDIARIO, per a la seua publicació, d'informació a què ha tingut accés per raó del seu càrrec, en concret el punt cinqué de l'ordre del dia, amb anterioritat a la celebració del consell. Aquesta informació només podia ser coneguda per la presidenta, en tractar-se d'una proposta seua sobre la qual no s'havia inclòs cap informació en la documentació remesa per correu electrònic als membres del Consell d'Administració.

Pel que fa a l'observança de l'ordenament jurídic, la transparència i el tracte igual sense discriminació:

- La convocatòria per a una reunió ordinària del consell, que en primera convocatòria hauria de realitzar-se a les 11.30 hores del dia 28/11/2019, és remesa per la secretària del Consell el dia 27/11/19 a les 10.24 hores (25 hores abans de l'inici de la seua celebració).

El Consell es va iniciar passades les 11.30 hores, per la qual cosa no es va respectar el termini legal de 48 hores que marca l'article 11 del Decret 170/1992, de 16 d'octubre, del Govern Valencià, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana «La convocatòria es farà per iniciativa del seu president o a petició d'un terç dels seus components, amb una antelació mínima de quaranta-huit hores, excepte en casos d'urgència, i anirà acompanyada de l'ordre del dia».

Sembla ser a la vista del certificat de la secretària del Consell, ANNEX III, que des del Gabinet de la Consellera es remet a alguns membres del consell, no a tots, la convocatòria del Consell d'Administració amb anterioritat a la remissió formal que realitza la secretària del Consell el dia 27/11/19 a les 10.24 hores. Aquest punt no puc confirmar-lo ja que no vaig rebre el suposat correu, privant-se'm d'una informació rellevant a la qual tinc dret, igual que la resta dels consellers «El gerent assistirà, amb veu però sense vot, a les sessions del Consell d'Administració...», article 19 del 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 Consell, de caràcter ordinari, és convocat abans que el Consell haja nomenat la totalitat dels membres que integren el Consell d'Administració d'EPSAR.

Els nomenaments corresponen al Consell, que després de deliberació de la proposta de la consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtica i Transició Ecològica, emet, si així ho considera oportú el corresponent acord, que haurà de ser publicat en el DOCV, sent efectiu el nomenament l'endemà de la seua publicació.

Les dates en què han sigut publicats en el DOCV els diferents nomenaments són: presidenta (17/06/2019), vicepresidenta (22/07/2019), cinc vocals en representació de l'Administració de la Generalitat (29/10/2019), cinc vocals en representació de l'Administració local i de l'Estat (18/12/2019). ANNEX IV

Per tant, el Consell no pot considerar-se vàlidament constituït fins al 19 de desembre de 2019, això és, 21 dies després de la celebració del Consell de 28 de novembre. La inobservança de l'ordenament jurídic en convocar sense el termini fixat reglamentàriament, i sense estar encara nomenats pel Consell la totalitat dels membres del Consell d'Administració, màxim òrgan de govern de l'EPSAR, per a tractar assumptes que no han sigut qualificats de caràcter urgent, podria incomplir allò establert en la Llei 19/2013 i en la Llei 2/2015 quant al respecte a l'ordenament jurídic, la transparència en la gestió dels assumptes públics i la garantia d'un tracte igual i sense discriminacions de cap tipus en l'exercici de les funcions per part de la Presidència d'EPSAR, i constituir una infracció que podria ser tipificada com a molt greu a conseqüència de l'adopció d'acords que pogueren ser manifestament il·legals amb perjudici a l'administració o als ciutadans. D'altra banda, també es podria haver vulnerat la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques que en l'article 47.e considera actes nuls de ple dret els dictats prescindint totalment 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. Sense perjudici de responsabilitats d'un altre ordre en les quals es poguera haver incorregut”.

Segon. 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 Consellera de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica un escrit pel qual s'atorgava, prèviament a la resolució de la reclamació presentada pel Sr. [REDACTED] tràmit d'audiència per un termini de quinze dies, perquè poguera facilitar la informació i formular les al·legacions que considerara oportunes.

En el seu escrit de contestació de 19 d'octubre de 2020, rebut en el Consell el mateix dia, la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica va remetre una còpia de l'escrit de data 11 de març de 2020, registrat d'eixida el 13 de març amb número 2020/254, signat pel director del Gabinet de la Consellera, mitjançant el qual es donava resposta a la denúncia de 4 de febrer de 2020, amb número de registre 16001/2020/546, presentada pel Sr. [REDACTED].

En aquest escrit de resposta es notificava al reclamant el següent:

“Benvolgut senyor,

Hem rebut en el Gabinet de la Consellera el seu escrit, en què denuncia presumptes incompliments de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana, i alguns incompliments de procediment relatius a la convocatòria de la reunió ordinària del Consell d'EPSAR celebrada el 27 de novembre de 2019.

En primer lloc, informar-lo que en relació amb les possibles inobservances procedimentals, no és competència d'aquesta conselleria resoldre sobre aquestes ja que la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques preveu els mecanismes d'impugnació corresponents i davant qui poden presentar-se, per la qual cosa a aquesta ens remetem. Pel que fa a la presumpta infracció en matèria de transparència, relativa a la confidencialitat, i vista la documentació que ens aporta, no entenem que aquests siguin causa de sanció ni les proves aportades puguen considerar-se com a tals.”

Efectuada la deliberació de l'assumpte en la sessió de data 16 d'abril de 2021 d'aquesta Comissió Executiva i sense que haja pogut complir-se el termini oportú 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 l'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, vetlar 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 la seua part, 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 d'aquest recurs –la presidenta d'EPSAR– està subjecta a les exigències de l'esmentada 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 incloses en l'àmbit d'aplicació del títol II de la llei, i el seu article 25 concreta 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, d'acord amb l'article 43.1 del Decret 56/2016, que aprova el Codi de Bon Govern, de la petició cursada pel Sr. [REDACTED], si bé caldrà desgranar-ne el contingut per a determinar no sols la competència d'aquest Consell sobre determinats aspectes procedimentals, sinó també el grau d'incompliment al·legat pel denunciante.

En primer lloc, exposa en el seu escrit el denunciante l'existència d'una sèrie de possibles irregularitats en la convocatòria i celebració del Consell d'Administració de l'Entitat Pública de Sanejament de la Comunitat Valenciana (EPSAR) de 28 de novembre de 2020, així com una suposada filtració de determinada informació a un mitjà de comunicació amb anterioritat a la reunió del Consell d'Administració, entenent a més el denunciante que l'esmentat Consell no estava vàlidament constituït quan es va celebrar la reunió perquè encara no estaven nomenats pel Consell la totalitat dels membres del Consell d'Administració, i es va publicar en el DOGV de 18 de desembre de 2019, amb efectes a partir de l'endemà de la seua publicació, l'Acord de 13 de desembre de 2019 del Consell pel qual es procedeix al nomenament de cinc dels vocals en representació de l'Administració local i de l'Estat, per la qual cosa en conseqüència, considera el denunciante que el Consell no pot considerar-se vàlidament constituït fins al 19 de desembre de 2019, això és, 21 dies després de la celebració del Consell de 28 de novembre.

Entén per això el denunciante que es produeix una **inobservança de l'ordenament jurídic** en convocar sense el termini fixat reglamentàriament, i sense estar encara nomenats pel Consell la totalitat dels membres del Consell d'Administració, màxim òrgan de govern de l'EPSAR, per a tractar assumptes que no han sigut qualificats de caràcter urgent, i que això "podria incomplir allò establert en la Llei 19/2013 i en la Llei 2/2015, quant al respecte a l'ordenament jurídic, la transparència en la gestió dels assumptes públics i la garantia d'un tracte igual i sense discriminacions de cap tipus en l'exercici de les funcions per part de la presidència d'EPSAR, i constituir una infracció que podria ser tipificada com a molt greu a conseqüència de l'adopció d'acords que pogueren ser manifestament il·legals amb perjudici a l'administració o als ciutadans".

Com ja va manifestar aquest Consell en la seua resolució de l'expedient 185/2020, clarament relacionat amb el que ara es debat, 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 aquest és una cosa fora de tot dubte, però que l'incompliment d'aquesta 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 incloses 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 la seua part, la Llei 2/2015 valenciana, regula com hem dit en el seu títol III el règim sancionador, i distingeix, 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 previstes en l'article 2, i que serien les aplicables en aquest cas, si bé en cap d'elles es preveu 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 d'acord amb la legislació de transparència.

Quart. D'altra banda, i en relació amb la **possible vulneració de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre**, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, que al·lega el denunciador, aquest Consell considera, de conformitat amb allò manifestat pel Gabinet de la Consellera de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica, que es tracta de possibles irregularitats procedimentals sobre les quals aquest Consell no té competència per a pronunciar-se, i ens hem de remetre al que es preveu en l'esmentada Llei 39/2015, d'1 d'octubre, que recull un sistema de recursos administratius aplicables, si escau, amb caràcter previ a la via contenciosa administrativa, per al cas que, com diu, s'hagen dictat, d'acord amb l'article 47.e), actes nuls de ple dret, prescindint totalment 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.

En virtut del que s'ha exposat, considerem que s'ha d'inadmetre 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

Atenent els antecedents i fonaments jurídics descrits, la Comissió Executiva del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, acorda:

Inadmetre la denúncia presentada pel Sr. [REDACTED] el dia 8 d'octubre de 2020, per presumpte incompliment de principis de bon govern per part de la presidenta de l'Entitat Pública de Sanejament d'Aigües Residuals de la Comunitat Valenciana.



Contra aquesta resolució, que posa fi a 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 seua 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