

Expediente N° 189/2020
Resolución N.º 77/2021

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

COMISIÓN EJECUTIVA

Presidente: D. Ricardo García Macho

Vocales:

D^a. Emilia Bolinches Ribera

D. Lorenzo Cotino Hueso

D. Carlos Flores Juberías

D^a. Sofía García Solís

En Valencia, a 16 de abril de 2021

Reclamante: D. [REDACTED].

Sujeto contra el que se formula la reclamación: Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática.

VISTA la reclamación número **189/2020**, interpuesta por D. [REDACTED], formulada contra la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, y siendo ponente el Presidente del Consejo Don Ricardo García Macho, se adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES

Primero. - Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, D. [REDACTED] presentó una reclamación el 8 de octubre de 2020, con número de registro GVRTE/2020/1483211, dirigida ante el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En ella reclamaba contra una presunta falta de respuesta de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática a una denuncia de incumplimiento de principios de buen gobierno por parte de la presidenta del Consejo de Administración de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunitat Valenciana (en adelante EPSAR), presentada el 4 de febrero de 2020, con número de registro 16001/2020/546.

En dicha denuncia se exponía lo siguiente:

“Conociendo que es objeto de la ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana y de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno garantizar que el ejercicio del gobierno se realice con sujeción a principios éticos y que es de aplicación el buen gobierno a la presidencia del consejo de administración de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunitat Valenciana (EPSAR), entidad del sector público instrumental de la Generalitat según art. 2.3 de la ley 1/2015 de la Generalitat, de hacienda pública, del sector instrumental y de subvenciones.

Considerando que las personas sujetas a las citadas leyes, entre otros principios de actuación y conducta, deben guardar la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo del ejercicio de sus competencias.

Considerando que deben velar por el estricto cumplimiento de la legalidad, la transparencia en la gestión de los asuntos públicos y la garantía de un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones. Sin menoscabo de otras responsabilidades que pudieran concurrir, en especial las contempladas en la ley del estatuto Básico del Empleado Público, que establece como deberes de los empleados públicos y código de conducta, entre otros, la observancia del ordenamiento

jurídico, la transparencia, la confidencialidad y como principios éticos, el respeto del ordenamiento jurídico y mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo. Me veo en la obligación de poner en su conocimiento los siguientes hechos:

En relación a la confidencialidad: El 27/11/2019, a las 21:58 horas, el medio de comunicación digital ELDIARIO publica el artículo titulado "Mollà fulmina al gerente de la Epsar, gestor de las 460 depuradoras públicas valencianas, tras cuatro años perpetuando el modelo del PP", https://www.eldiario.es/cv/Molla~Epsar-depuradoras-publicas-valencianas_0_968004027.html. ANEXO I.

Este artículo se publica 13 horas antes del inicio del consejo de Administración de EPSAR, previsto en primera convocatoria para el día 28/11/2019, a las 11:30 h.

ANEXO II.

El punto quinto del orden del día de la convocatoria del Consejo es "Aprovació, si s'escau, de la proposta de la presidenta de cessaments i nomenaments". Es obvio que en su literal no hay referencia alguna sobre cuál es la propuesta de la consellera, ni qué personas pueden verse afectadas por los posibles ceses o nombramientos. En la documentación remitida a los consejeros por parte de la secretaria del consejo de administración, fecha 27/11/2019, a las 10:24 horas, desarrollando los puntos del orden del día, no se incluye documentación alguna en referencia al punto quinto "...se adjuntan sendos archivos correspondientes a la convocatoria del Consejo de Administración referida en el punto primero y, a la documentación correspondiente a los puntos 1 a 4 del orden del día...". ANEXO III.

Desde su nombramiento como Consellera d'Agricultura, Desenvolupament Rural, Emergència Climàtica i Transició Ecològica, la Honorable Sra. MIREIA MOLLA HERRERA, DOCV 17/06/2019, ostenta la titularidad de la presidencia de EPSAR en virtud del art. 17 de la ley 2/92, de 26 de marzo, de saneamiento de las aguas residuales de la comunitat valenciana. A la vista de los hechos expuestos y de los fundamentos de derecho considerados, podría haberse producido una infracción por parte de la presidencia de EPSAR que podría llegar a considerarse muy grave, art. 29.1.d) ley 19/2013, como consecuencia de la revelación a un medio de comunicación, ELDIARIO, para su publicación de información a la que ha tenido acceso por razón de su cargo, en concreto el punto quinto del orden del día, con anterioridad a la celebración del consejo. Esta información sólo podía ser conocida por la presidenta, al tratarse de una propuesta suya sobre la que no se había incluido información alguna en la documentación remitida por correo electrónico a los miembros del consejo de administración.

En relación a la observancia del ordenamiento jurídico, la transparencia y el trato igual sin discriminación:

- La convocatoria para una reunión ordinaria del consejo, que en primera convocatoria debería realizarse a las 11:30 horas del día 28/11/19, es remitida por la secretaria del consejo el día 27/11/19 a las 10:24 horas (25 horas antes del inicio de su celebración).

El consejo se inició pasadas las 11:30 horas, por lo que no se respetó el plazo legal de 48 horas que marca art. 11 del decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana "La convocatoria se hará por iniciativa de su Presidente o a petición de un tercio de sus componentes, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, excepto en casos de urgencia, acompañándose el orden del día".

Parece ser a la vista del certificado de la secretaria del consejo, ANEXO III, que desde el gabinete de la consellera se remite a algunos miembros del consejo, no a todos, la convocatoria del consejo de administración con anterioridad a la remisión formal que realiza la secretaria del consejo el día 27/11/19 a las 10:24 horas. Este extremo no puedo confirmarlo ya que no recibí el supuesto correo, privándome de una información relevante a la que tengo derecho, al igual que el resto de los consejeros "El Gerente asistirá, con voz pero sin voto, a las sesiones del Consejo de Administración...", art. 19 del decreto 170/1992, de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana.

- El consejo, de carácter ordinario, es convocado antes de que el Consell haya nombrado a la totalidad de los miembros que integran el consejo de administración de EPSAR.

Los nombramientos le corresponden al Consell, que tras deliberación de la propuesta de la consellera de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, emite, si así lo

considera oportuno el correspondiente acuerdo que deberá ser publicado en el DOCV, siendo efectivo el nombramiento al día siguiente de su publicación.

Las fechas en que han sido publicados en el DOCV los distintos nombramientos son: Presidenta (17/06/2019), Vicepresidenta (22/07/2019), 5 vocales en representación de la administración de la Generalitat (29/10/2019), 5 vocales en representación de la administración local y del estado (18/12/2019). ANEXO IV.

Por tanto, el consejo no puede considerarse válidamente constituido hasta el 19 de diciembre de 2019, esto es, 21 días después de la celebración del consejo de 28 de noviembre. La inobservancia del ordenamiento jurídico al convocar sin el plazo fijado reglamentariamente, y sin estar todavía nombrados por el Consell la totalidad de los miembros del consejo de administración, máximo órgano de gobierno de la EPSAR, para tratar asuntos que no han sido calificados de carácter urgente, podría incumplir con lo preceptuado en la ley 19/2013 y en la ley 2/2015 en cuanto al respeto al ordenamiento jurídico, la transparencia en la gestión de los asuntos públicos y la garantía de un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de las funciones por parte de la presidencia de EPSAR, constituyendo una infracción que podría ser tipificada como muy grave como consecuencia de la adopción de acuerdos que pudieran ser manifiestamente ilegales con perjuicio a la administración o a los ciudadanos. Por otra parte, también se podría haber vulnerado la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que en su art. 47.e considera actos nulos de pleno derecho a los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Sin perjuicio de responsabilidades de otro orden en las que se pudiera haber incurrido”.

Segundo.- En fecha 13 de octubre de 2020, la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno remitió al gabinete de la Consellera de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática escrito por el que se otorgaba, previamente a la resolución de la reclamación presentada por D. [REDACTED] trámite de audiencia por un plazo de quince días, para que pudiera facilitar la información y formular las alegaciones que considerase oportunas.

En su escrito de contestación de 19 de octubre de 2020, recibido en el Consejo el mismo día, la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática remitió copia del escrito de fecha 11 de marzo de 2020, registrado de salida el 13 de marzo con número 2020/254, firmado por el director del gabinete de la consellera, mediante el cual se daba respuesta a la denuncia de 4 de febrero de 2020, con número de registro 16001/2020/546, presentada por el señor [REDACTED]

En dicho escrito de respuesta se notificaba al reclamante lo siguiente:

“Estimado Señor,

Hemos recibido al gabinete de la consellera, su escrito, en el cual denuncia presuntos incumplimientos de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana y algunos incumplimientos de procedimiento relativos a la convocatoria de la reunión ordinaria del Consejo de EPSAR celebrada el 27 de noviembre de 2019.

En primer lugar, informarle de que en relación con las posibles inobservancias procedimentales, no es competencia de esta conselleria resolver sobre las mismas ya que la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas prevé los mecanismos de impugnación correspondientes y ante quién pueden presentarse, por lo que a la misma nos remitimos. Por lo que respecta a la presunta infracción en materia de transparencia, relativa a la confidencialidad, y en vista de la documentación que nos aporta, no entendemos que los mismos sean causa de sanción ni las pruebas aportadas puedan considerarse como tales.”

Efectuada la deliberación del asunto en la sesión de fecha 16 de abril de 2021 de esta Comisión Ejecutiva, y sin que haya podido cumplirse el plazo oportuno de resolución debido a las carencias estructurales de este órgano se adopta la presente resolución bajo los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. - La Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana dispone en su artículo 39 que el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno tiene como finalidad garantizar los derechos de acceso a la información, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Y, entre las competencias que le encomienda el artículo 42.1 se encuentran la de *“b) Requerir, a iniciativa propia o como consecuencia de denuncia o reclamación, la subsanación de incumplimientos de las obligaciones contenidas en esta Ley”*.

Por su parte, el art.43.1 del Código de Buen Gobierno de la Generalitat (Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo) establece que el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno podrá recibir quejas sobre posibles incumplimientos de los principios o conductas reguladas en este Código. La tramitación y respuesta a una queja podrá dar lugar a instar procedimientos u otras acciones que sean oportunas según la normativa vigente.

Segundo.- Asimismo, la persona destinataria de la queja objeto del presente recurso –la presidenta de EPSAR–, se halla sujeta a las exigencias de la citada Ley 2/2015 en virtud de lo dispuesto en su art. 27.2, que establece que el Código de Buen Gobierno (en lo sucesivo CBG) se aplicará a las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Título II de la Ley, concretando su artículo 25 que *“quedan comprendidas en su ámbito subjetivo las personas que desempeñen cargos directivos como presidentes, directores generales, directores gerentes, consejeros delegados y funciones ejecutivas asimilables en las organizaciones del sector público instrumental de la Generalitat así como cualquier persona que haya suscrito un contrato laboral especial de alta dirección”*.

Tercero. - Tampoco plantea dudas el encaje, conforme al artículo 43.1 del Decreto 56/2016 que aprueba el Código de Buen Gobierno, de la petición cursada por Don [REDACTED] si bien habrá que desgranar el contenido de la misma para determinar no solo la competencia de este Consejo sobre determinados aspectos procedimentales, sino también el grado de incumplimiento alegado por el denunciante.

En primer lugar, expone en su escrito el denunciante la existencia de una serie de posibles irregularidades en la convocatoria y celebración del Consejo de Administración de la Entidad Pública de Saneamiento de la Comunitat Valenciana (EPSAR) de 28 de noviembre de 2020, así como una supuesta filtración de determinada información a un medio de comunicación con anterioridad a la reunión del Consejo de Administración, entendiéndose además el denunciante que el mencionado Consejo no estaba válidamente constituido cuando se celebró la reunión porque todavía no estaban nombrados por el Consell la totalidad de los miembros del consejo de administración, publicándose en el DOGV de 18 de diciembre de 2019, con efectos a partir del día siguiente al de su publicación, el Acuerdo de 13 de diciembre de 2019 del Consell por el cual se procede al nombramiento de 5 de los vocales en representación de la administración local y del estado, por lo que en consecuencia, considera el denunciante que el consejo no puede considerarse válidamente constituido hasta el 19 de diciembre de 2019, esto es, 21 días después de la celebración del consejo de 28 de noviembre.

Entiende por ello el denunciante que se produce una *inobservancia del ordenamiento jurídico* al convocar sin el plazo fijado reglamentariamente, y sin estar todavía nombrados por el Consell la totalidad de los miembros del consejo de administración, máximo órgano de gobierno de la EPSAR, para tratar asuntos que no han sido calificados de carácter urgente, y que ello *“podría incumplir con lo preceptuado en la ley 19/2013 y en la ley 2/2015 en cuanto al respeto al ordenamiento jurídico, la transparencia en la gestión de los asuntos públicos y la garantía de un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de las funciones por parte de la presidencia de EPSAR, constituyendo una infracción que podría ser tipificada como muy grave como consecuencia de la adopción de acuerdos que pudieran ser manifiestamente ilegales con perjuicio a la administración o a los ciudadanos”*.

Como ya manifestó este Consejo en su resolución del expediente 185/2020, claramente relacionado con el que ahora se debate, que los cargos directivos del sector público instrumental de la Generalitat deben observar en todo momento lo establecido en el ordenamiento jurídico, y actuar conforme a lo dispuesto en el mismo es algo fuera de toda duda, pero que el incumplimiento de tal obligación esté tipificado en las leyes de transparencia como una infracción muy grave, no está tan claro.

El Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat, establece en su preámbulo que las personas sujetas a este Código ejercerán sus funciones de acuerdo con los principios fijados en la Constitución española, el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana y el resto del ordenamiento jurídico, y que en sus actuaciones se guiarán por los valores democráticos y sociales, los principios de integridad y ejemplaridad, la sobriedad en sus actuaciones y el compromiso con el impulso del gobierno abierto y la buena administración.

En cuanto al régimen sancionador en materia de buen gobierno, el artículo 42 del mencionado decreto establece que en esta materia es aplicable el régimen sancionador contenido en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, dedicado al buen gobierno, así como lo que dispone el título III de la Ley 2/2015, de 2 de abril.

Pues bien, dentro del título II de la Ley 19/2013, el artículo 26, al regular los principios de buen gobierno, dispone que “las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas”, y adecuarán su actividad a una serie de principios generales y principios de actuación.

Y por su parte, la Ley 2/2015 valenciana, regula como hemos dicho en su título III el régimen sancionador, distinguiendo, dentro de las infracciones, las de carácter disciplinario del artículo 31, imputables a las autoridades, directivos y el personal al servicio de las entidades previstas en el artículo 2, y que serían las aplicables en este caso, si bien en ninguna de ellas se contempla como infracción “la inobservancia de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico como principio de buen gobierno”, por lo que dicha infracción no se encuentra tipificada en la Ley de transparencia, y en virtud del principio de tipicidad propio de la potestad sancionadora, según el cual “*sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley*” (artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), no puede ser sancionada conforme a la legislación de transparencia.

Cuarto.- Por otra parte, y en relación con la *posible vulneración de la Ley 39/2015, de 1 de octubre*, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que alega el denunciante, este Consejo considera, de conformidad con lo manifestado por el gabinete de la Consellera de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, que se trata de posibles irregularidades procedimentales sobre las cuáles este Consejo no tiene competencia para pronunciarse, debiendo remitirnos a lo previsto en la mencionada Ley 39/2015, de 1 de octubre, que recoge un sistema de recursos administrativos aplicables, en su caso, con carácter previo a la vía contencioso administrativa, para el caso de que, como dice, de que se hayan dictado, conforme al art. 47.e), actos nulos de pleno derecho, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

En virtud de lo expuesto, consideramos que debe inadmitirse la denuncia presentada por tratarse en todo caso de posibles irregularidades procedimentales e incumplimientos sobre los que el Consejo de Transparencia carece de competencia para resolver.

RESOLUCIÓN

En atención a los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos, la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, acuerda

Inadmitir la denuncia presentada por Don [REDACTED] el día 8 de octubre de 2020, por presunto incumplimiento de principios de buen gobierno por parte de la presidenta de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunitat Valenciana.

Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

Ricardo García Macho