



RESOLUCIÓN PA-71/2022, de 23 de octubre

Artículos: 2, 3, 6, 7, 9, 15, 23, 24 y 48 LTPA

Asunto: Denuncia interpuesta por XXX contra el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) por presunto incumplimiento de obligaciones de publicidad activa

Denuncia: 70/2022

Normativa y abreviaturas: Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA); Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP)

ANTECEDENTES

Único. El 25 de septiembre de 2022, tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia presentada por la persona indicada contra el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), basada en los siguientes hechos:

“EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SC56/2018, DENOMINADA OBRAS DE PLAZA DEL REY EN LA CIUDAD DE SAN FERNANDO HA SUFRIDO UN MODIFICADO DE OBRAS Y DONDE LA EE.LL EN CIERNES HA IGNORADO SU OBLIGACIÓN LEGAL DE PUBLICAR LOS INFORMES AL RESPECTO E INCLUSIVE LAS ALEGACIONES DEL PROPIO CONTRATISTA, EN UN PLAZO MÁXIMO DE 5 DIAS, COMO DETERMINA EL ART. 207.3 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, E INCLUSIVE REDUNDANTE CON LA CLAUSULA DECIMOCUARTA DEL PROPIO CONTRATO DE LA ADJUDICACIÓN”.

La persona denunciante estima, asimismo, como otro tipo de información de transparencia incumplida la siguiente:

“IDEM A LA SITUACIÓN ANTERIOR REFERIDA AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SC 07/2021 REFERIDA A LAS OBRAS EDUSI DE LA MAGDALENA. OBSERVE QUE ES UNA CONSTANTE DE ESA ENTIDAD DE IGNORAR ESTA OBLIGACIÓN LEGAL DE PUBLICACIÓN, SEGÚN DERECHO POSITIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”.

Finalmente, añade lo que seguidamente se indica:

SE RUEGA ACCESO A LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA, COMO FUENTE INDUBITADA DE COMPROBACIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIÓN LEGAL SECTORIAL DE PUBLICACIÓN, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE SE DENUNCIAN”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



Primero. La competencia para la resolución de la denuncia interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.3 b) de los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (aprobado por Decreto 434/2015, de 29 de septiembre), y en el art. 48.1 g) LTPA, en conexión con el art. 23 del mismo texto legal.

Debe destacarse a su vez que, en virtud del art. 16.5 del citado Decreto 434/2015, *“[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad”*, con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Segundo. Como establece el art. 2 b) LTPA, la publicidad activa consiste en *“la obligación de las personas y entidades a las que hacen referencia los artículos 3 y 5 de hacer pública por propia iniciativa, en los términos previstos en la presente ley, la información pública de relevancia que garantice la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública”*. Exigencia de publicidad activa que comporta que la información *“estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas web”* de los sujetos obligados al cumplimiento de la ley (art. 9.4 LTPA), y que tal publicación se realice *“de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada”* (art. 9.1 LTPA), garantizando especialmente que la información que se publica atiende al principio de «veracidad», de tal manera que la misma *“ha de ser cierta y exacta, asegurando que procede de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia”* [art. 6 e) LTPA].

Pero no solo constituye una obligación para las entidades sujetas al cumplimiento de la legislación en materia de transparencia, pues, según establece el art. 7 a) LTPA, la publicidad activa constituye igualmente un *“derecho de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen [...] de forma periódica y actualizada la información veraz cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”*.

Tercero. En el asunto que nos ocupa, el supuesto de hecho sobre el que versa la denuncia presentada viene determinado por el presunto incumplimiento de publicidad activa que representa para la persona denunciante que, con ocasión de los modificados de obra realizados a sendos contratos públicos, no se haya dado adecuado cumplimiento a las obligaciones de publicación impuestas por el art. 207.3 LCSP. Concretamente, la persona denunciante señala que *“la EE.LL en ciernes ha ignorado su obligación legal de publicar los informes al respecto e inclusive las alegaciones del propio contratista, en un plazo máximo de 5 días, como determina el art. 207.3 de la ley de contratos del sector público, e inclusive redundante con la cláusula decimocuarta del propio contrato de adjudicación”*. Incidencia que, según entiende, se repite en el *“expediente de contratación pública SC 07/2021 referida a las obras EDUSI de la Magdalena. Observe que es una constante de esa entidad de ignorar esta obligación legal de publicación, según derecho positivo en materia de contratación pública”*.

Pues bien, una vez analizados los términos de la denuncia, se constata que los hechos denunciados están



relacionados con la obligación que impone el art. 207.3 LCSP a los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, a publicar en su Perfil de Contratante —junto con un anuncio de modificación— las alegaciones del contratista y todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a la aprobación de la misma, incluyendo aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.

A este respecto, debe aclararse que tal y como el propio Preámbulo de la LCSP reconoce en su apartado V, el Perfil de Contratante se configura como *“un instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad...”*. De tal modo que los órganos de contratación de las distintas entidades tienen la obligación de publicar telemáticamente su actividad contractual a través del citado instrumento, de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del art. 63 LCSP: *“Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos”*. Estableciéndose, en consecuencia, en el propio art. 63 y en otros preceptos de la LCSP —como el citado art. 207.3 cuando de una modificación se trata— el contenido mínimo exigido que deberá facilitarse en el correspondiente Perfil para poder entender satisfecha la susodicha obligación de publicidad electrónica en materia contractual.

De esta manera, se advierte que la ausencia de publicación de la información que reclama la persona denunciante no constituye incumplimiento alguno de las obligaciones de publicidad activa establecidas en el Título II LTPA, en tanto en cuanto la única exigencia prevista en la LTPA que guarda relación con la misma es la prevista en el art. 15 a) LTPA, que se limita a imponer a los sujetos obligados el deber de facilitar en sus portales o páginas web información concerniente a la propia existencia y alcance de *“las modificaciones y prórrogas”* que hayan podido sufrir los contratos que conciertan.

Así las cosas, resulta evidente que la exigencia de publicar las alegaciones del contratista y los informes que hubieren recaído con carácter previo a la aprobación de estas modificaciones contractuales —como pretende la persona denunciante— desborda ciertamente el alcance de la información de publicidad activa que delimita el precitado artículo.

En este sentido, debe recordarse que es finalidad del Consejo velar por que se cumplan las previsiones establecidas en el marco normativo regulador de la transparencia y, por lo que hace al control de la observancia de las exigencias de publicidad activa impuestas en el Título II LTPA, su art. 23 establece que *“el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía podrá efectuar, por iniciativa propia o como consecuencia de denuncia, requerimientos para la subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse de las obligaciones establecidas en este título”*. Esta previsión legal determina, y así lo viene reiterando este órgano de control en sus resoluciones, que *“este Consejo no está llamado a supervisar todas y cada una de las concretas exigencias de publicidad telemática que pueda imponer la correspondiente normativa sectorial, sino únicamente aquellas que sean reconducibles al sistema de publicidad activa contenido en el Título II LTPA, [...]”* [vid Resolución PA 28/2018, de 21 de marzo (FJ 4º), entre otras].



Como es obvio, lo anterior no impide que la persona denunciante —al igual que cualquier otra persona—, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública previsto en el art. 24 LTPA, pueda solicitar toda suerte de información que en relación con la información denunciada obre en poder del Ayuntamiento de San Fernando. Solicitud que en el caso de ser inobservada o inadecuadamente atendida por el Consistorio podría legitimar la interposición de una reclamación ante este órgano de control al amparo de lo que establece el citado artículo.

En cualquier caso, al recaer los hechos denunciados sobre unas presuntas actuaciones que en ningún caso vienen referidas a obligación alguna de publicidad activa en los términos ya expuestos, no cabe admitir a trámite la presente denuncia, por lo que procede su inadmisión y declarar el archivo de la misma.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Único. Se declara el archivo de la denuncia presentada por XXX contra el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), por no acreditarse el incumplimiento de obligaciones de publicidad activa.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso potestativo de reposición ante este Consejo, en el plazo de un mes, o interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, que por turno corresponda, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30.4, 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en los artículos 8.3 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Jesús Jiménez López

Esta resolución consta firmada electrónicamente