



RESOLUCIÓN PA-106/2020, de 27 de abril Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia presentada por XXX, representada por XXX, por presunto incumplimiento del Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-253/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 24 de junio de 2018 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia planteada por la asociación indicada contra el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), basada en los siguientes hechos:

“En el BOP de Málaga número 96 de fecha 21 de Mayo de 2018 página 125, aparece el anuncio del Ayuntamiento de Fuengirola, [...], por el que se somete al trámite de información pública del estudio de detalle, tramitado por la entidad Urbana El Higuierón, SLU, sobre una parcela denominada BA-13 del API-01 del vigente PGOU (antiguo UR-6).

“Esta información no consta en la página web en la fecha en la que se inicia el periodo de información pública establecido por la legislación sectorial, lo que supone un incumplimiento del artículo 7.e) de la Ley 19/2013 y del artículo 13.1.e) de la Ley 1/2014 de Andalucía”.



Acompañaba a su denuncia copia del Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 96, de 21 de mayo de 2018, en el que se publica anuncio de la Oficina Municipal de Urbanismo del Consistorio denunciado por el que la Concejala Delegada de Urbanismo hace público que “[l]a Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuengirola, en sesión celebrada el día 20 de abril de 2018, acordó la aprobación inicial del estudio de detalle, tramitado por la entidad Urbania El Higuierón, SLU, sobre una parcela denominada BA-13 del API-01 del vigente PGOU (antiguo UR-6)”. Además, se añade que “[e]n la tramitación del citado expediente es preceptiva la publicación del presente anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia y en un periódico de mayor difusión, disponiéndose de un plazo de 20 días contados a partir del día siguiente al de la última fecha de publicación del presente anuncio en el BOP o en un periódico de mayor difusión, para presentar las alegaciones y reclamaciones que se estimen pertinentes”. Finalmente, se señala que “[d]urante este período podrá examinarse el expediente en la Oficina Municipal de Urbanismo de Fuengirola, sita en la plaza de España, s/n 4ª planta., en horario de 9:00 a 14:00, de lunes a jueves”.

Junto con el formulario de la denuncia se adjunta, igualmente, copia de una captura de pantalla parcial correspondiente a la Sede Electrónica del citado ente local (no se aprecia la fecha en que ha sido tomada) en la que puede advertirse publicado el texto del anuncio de aprobación inicial y sometimiento a información pública del estudio de detalle objeto de denuncia descrito en el párrafo anterior.

Segundo. Mediante escrito de fecha 4 de julio de 2018, el Consejo concedió al Ayuntamiento denunciado un plazo de 15 días al objeto de que formulara las alegaciones que estimara oportunas, así como para que aportara los documentos y justificaciones que considerara pertinentes.

Tercero. El 8 de agosto de 2018, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito del Ayuntamiento de Fuengirola remitiendo Resolución de la Concejala Delegada de Urbanismo, de fecha 1 de agosto de 2018, en la que se efectúan las siguientes alegaciones en relación con los hechos denunciados:

“Que sobre el particular y de conformidad al art. 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se ha procedido a la inclusión en la sede electrónica de este Ayuntamiento de la documentación relativa al expediente de referencia y que puede ser consultado en el siguiente enlace: [Se *indica enlace web*].

“Lo que pongo en su conocimiento a los efectos oportunos, haciéndole saber que el período de exposición pública se verá ampliado de acuerdo a la anterior publicación”.



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 artículo 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 artículo 48.1 g) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, la LTPA), en conexión con el artículo 23 del mismo texto legal.

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 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 artículo 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).

Pero no sólo constituye una obligación para las entidades sujetas al cumplimiento de la legislación en materia de transparencia. Pues, según establece el artículo 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 se denuncia, en relación con la aprobación inicial del estudio de detalle descrito en el Antecedente Primero, el incumplimiento de lo previsto en el artículo 13.1 e) LTPA y el artículo 7 e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG), según los cuales han de publicarse “los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”.



Por otra parte, una vez consultado el anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 96, de 21 de mayo de 2018, en relación con la aprobación inicial y sometimiento a información pública del citado instrumento urbanístico, puede constatarse cómo se omite cualquier referencia a la posibilidad de consulta telemática del expediente, limitándose a indicar que “[d]urante este período podrá examinarse el expediente en la Oficina Municipal de Urbanismo de Fuengirola, [...], en horario de 9:00 a 14:00, de lunes a jueves”; lo que se traduce en que el acceso a la documentación que integra el mismo sólo puede llevarse a cabo de forma presencial en las propias dependencias de la entidad y en horario de oficina, sin que exista referencia alguna a que la documentación esté accesible igualmente a través de la sede electrónica, portal o página web de la entidad denunciada.

Dicho esto, se ha de pronunciar la presente Resolución sobre si las condiciones del sometimiento a información pública del precitado proyecto urbanístico dan adecuada respuesta a las obligaciones impuestas por el artículo 13.1 e) LTPA.

Cuarto. Como es sabido, en virtud de lo dispuesto en este artículo, las administraciones públicas andaluzas están obligadas a publicar los documentos (todos) que, según prevea la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación.

El Consejo viene manifestando reiteradamente en sus resoluciones que esta exigencia de publicidad supone un significativo paso adelante en cuanto a transparencia de la actuación pública en el proceso de aprobación de las disposiciones y actuaciones administrativas que favorece —qué duda cabe— no sólo un mayor alcance, difusión y conocimiento por la ciudadanía de esas actuaciones, sino también la participación efectiva de ésta en la toma de decisiones, y supone un claro avance en el acceso a la información respecto a la normativa anterior, que hacía escasa, o casi nula, la posibilidad de participación de los ciudadanos, e incluso dificultaba el mero conocimiento de la información. Es muy notable, como resulta obvio, la diferencia que entraña que el Ayuntamiento sólo exhiba los documentos de que se trate a quien acuda físicamente a la sede de la Corporación, y en las horas que éste decida, a que pueda ser accesible, según prevé el art. 9 LTPA, a través de las correspondientes sedes electrónicas, portales o páginas web de las entidades concernidas.

Pues bien, en relación con la aprobación inicial del Estudio de Detalle sobre la “parcela denominada BA-13 del API-01 del vigente PGOU (antiguo UR-6)” que resulta objeto de denuncia, el artículo 32.1 2ª de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, prevé que “[l]a aprobación inicial del instrumento de planeamiento obligará al sometimiento de éste a información pública por plazo no inferior a un mes, ni a veinte días si se trata de Estudios de Detalle...”.



Por consiguiente, de acuerdo con lo expuesto, el procedimiento legal previsto para la aprobación del instrumento urbanístico referido incluye la realización de un trámite de información pública. Sería pues esta exigencia legal la que activaría a su vez la obligación de llevar a cabo la publicación de los documentos que conforman dicho trámite en el portal, sede electrónica o página web del Ayuntamiento, según lo dispuesto en el artículo 13.1 e) LTPA anteriormente mencionado.

Quinto. En la Resolución de la Concejala Delegada de Urbanismo, de fecha 1 de agosto de 2018, que ha sido remitida a este Consejo por el Consistorio denunciado en trámite de alegaciones, se viene a reconocer de modo implícito los hechos denunciados poniéndose de manifiesto que, al amparo de la facultad prevista en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la “[r]evocación de actos y rectificación de errores”, “se ha procedido a la inclusión en la sede electrónica de este Ayuntamiento de la documentación relativa al expediente de referencia y que puede ser consultado en el siguiente enlace: [Se indica enlace web]”, para añadir a continuación, finalmente, que “el período de exposición pública se verá ampliado de acuerdo a la anterior publicación”.

Pues bien, a pesar de la declaración anterior que denota un claro propósito por parte del citado ente local de subsanar las deficiencias advertidas en el cumplimiento de la obligación de publicidad activa denunciada, desde este Consejo, tras consultar las distintas áreas de la página web, de la sede electrónica —en particular, el enlace indicado— y del portal de transparencia del referido Ayuntamiento (fecha del último acceso: 20/04/2020), no se ha podido tener acceso a ningún tipo de información que permita concluir que la documentación que debía ser sometida a un periodo de información pública durante su tramitación en relación con el expediente citado, se encontrara accesible durante dicho periodo a través de la sede electrónica, portal o página web de la referida entidad. Igualmente, tampoco ha resultado posible constatar —a la vez que tampoco la entidad denunciada ha aportado ningún elemento de prueba que así lo acredite—, que la voluntad de subsanación esgrimida por el ente local se materializara finalmente en la convocatoria de un nuevo periodo de información pública durante el cual hubiera resultado posible consultar la documentación relativa al citado expediente que debía someterse a dicho trámite, una vez que el sustanciado inicialmente tras la publicación del anuncio oficial publicado en el BOP en fecha 21/05/2018 se encontraba ampliamente concluido.

En cualquier caso, en relación con este último aspecto conviene recordar que la virtualidad de la obligación de publicidad activa prevista el artículo 13.1 e) LTPA, que es la que resulta objeto denuncia en el presente caso, pasa necesariamente por que la documentación que deba someterse a exposición pública pueda ser consultada libremente por parte de la ciudadanía durante la sustanciación íntegra del periodo establecido para ello, resultando



insuficiente su cumplimentación por el hecho de que pudiera procederse a la publicación electrónica de la misma con posterioridad, al margen de dicho periodo, sin articular un periodo de información pública adicional en el que quede garantizada dicha consulta con la posibilidad de formular alegaciones.

Así pues, ante las circunstancias apuntadas, las alegaciones descritas y las comprobaciones realizadas, este órgano de control no puede dar por acreditado que la documentación correspondiente al proyecto urbanístico que motiva la denuncia estuviera disponible telemáticamente a través de la sede electrónica, portal o página web de la referida entidad, durante el periodo de información pública otorgado. En consecuencia, no puede entenderse satisfecha la obligación de publicidad activa prevista en el art. 13.1 e) LTPA, por lo que se ha de estimar la denuncia interpuesta y requerir al Ayuntamiento denunciado el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa relativas a la publicación telemática de la documentación sujeta a dicho trámite.

Sexto. Este Consejo ha podido comprobar, por otra parte, a través del anuncio publicado en el BOP de Málaga núm. 200, de fecha 17 de octubre de 2018, que el estudio de detalle objeto de la denuncia fue aprobado definitivamente por acuerdo del Pleno Corporativo del Ayuntamiento de Fuengirola, en sesión ordinaria celebrada el 26 de septiembre de 2018.

A este respecto, es finalidad del Consejo velar por que se cumplan las previsiones establecidas en el marco normativo regulador de la transparencia, y en este sentido, por lo que hace al control en materia de publicidad activa, está facultado para requerir al órgano controlado la subsanación del incumplimiento que se haya detectado en el procedimiento, a los efectos de que este pueda desarrollarse conforme a dicho marco normativo, si bien en el caso que nos ocupa no cabe requerir dicha subsanación por cuanto el procedimiento en cuestión ha terminado con la aprobación definitiva del estudio de detalle.

Por consiguiente, este órgano de control ha de requerir a la entidad denunciada a que en sucesivas actuaciones cumpla lo establecido en el art. 13.1 e) LTPA, llevando a cabo la publicación de los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación.

No obstante, considerando la posibilidad de que en la actualidad haya procedimientos en trámite y que pueda ser necesaria la adopción de medidas técnicas e informáticas, se concede un plazo de un mes para que el ente local concernido se ajuste a lo dictaminado en el presente requerimiento para dichas publicaciones.

Es oportuno señalar además que, conforme a lo previsto en el art. 52.1 a) LTPA, el incumplimiento de las obligaciones de publicidad previstas en el Título II LTPA, cuando se haya desatendido el requerimiento expreso de este Consejo, puede suponer una infracción muy grave, con las posibles sanciones previstas en el artículo 55.2 c) LTPA, que pueden alcanzar al



cese del cargo responsable y a no poder ser nombrado en cargos similares por un período de hasta tres años.

Séptimo. Finalmente, resulta oportuno realizar unas consideraciones respecto a las obligaciones derivadas de la publicidad activa para que se tenga en cuenta, *ad futurum*, por el Consistorio denunciado.

Como prevé el artículo 9.3 LTPA, en la publicidad activa *"[s]erán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en la normativa básica y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos"*. Esto se traduce en que el órgano o entidad responsable de cumplir las obligaciones de publicidad activa previstas en el Título II LTPA podrá retener, motivadamente, la información cuando considere que sean de aplicación alguno de los límites previstos en el artículo 14 LTAIBG; o proceder a la disociación de los datos que deban disponer de especial protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 LTAIBG y en la normativa sobre protección de datos personales.

Por otra parte, en virtud de lo preceptuado en el artículo 9.4 LTPA, la información objeto de publicidad activa deberá estar disponible en la sede electrónica, portal o página web, *"garantizando especialmente la accesibilidad universal y la no discriminación tecnológica, con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones..."*, así como que, según lo previsto en el artículo 6 k) LTPA, *"se fomentará que la información sea publicada en formatos que permitan su reutilización"*, por lo que se deberá tender a evitar proporcionar la información en archivos que necesiten para su utilización el empleo de programas sujetos a marca comercial.

En virtud de los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. Requerir expresamente al Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) para que, en lo sucesivo, y en los términos dispuestos en el siguiente apartado, lleve a cabo en sede electrónica, portal o página web la publicación de los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación, dando así cumplimiento al artículo 13.1 e) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.



Segundo. Este requerimiento ha de surtir efectos para la publicación de los sucesivos actos y disposiciones que se realicen a partir de un mes a contar desde la notificación de esta Resolución.

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

Manuel Medina Guerrero

Esta resolución consta firmada electrónicamente