



RESOLUCIÓN PA-200/2019, de 19 de septiembre Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia interpuesta por D. XXX, en representación de la XXX, por presunto incumplimiento del Ayuntamiento de Casabermeja (Málaga) de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-121/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 13 de abril de 2018 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia planteada por el representante de la XXX, contra el Ayuntamiento de Casabermeja (Málaga) referida a los siguientes hechos:

“En el BOP 53 de fecha 16 de marzo de 2018, Página 45, aparece el anuncio del AYUNTAMIENTO DE CASABERMEJA, Málaga, que se adjunta, donde se anuncia la apertura del trámite de información pública para posibles alegaciones, tras la admisión del proyecto de actuación para instalación de infraestructura de telecomunicaciones.



“Esta información no consta en la página web en la fecha en la que se inicia el período de información pública establecido por la legislación sectorial, lo que supone un incumplimiento del artículo 7 e) de la Ley 9/2013 [sic, debe entenderse 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. 53, de 16 de marzo de 2018, en el que se publica Edicto del Alcalde del Ayuntamiento de Casabermeja (Málaga), por el que se hace saber que “...admitido a trámite el proyecto de actuación para instalación de infraestructura de telecomunicaciones en polígono 10, parcela 326, del término municipal de Casabermeja, promovido por On Tower Telecom Infraestructuras, Sociedad Anónima”, “[s]e somete a información pública por el plazo de veinte días, a contar desde el día siguiente al de publicación del presente anuncio en este Boletín Oficial de la Provincia de Málaga”. Se añade que “[d]urante dicho plazo podrá ser examinado por cualquier interesado en las dependencias municipales para que se formulen las alegaciones que se estimen pertinentes”.

Se adjuntaba igualmente copia de una captura de pantalla de la página web del órgano denunciado (aparentemente, de fecha 5 de abril de 2018), en la que al consultar el Tablón de anuncios que se encuentra habilitado en la Sede Electrónica no se advierte referencia alguna al proyecto de actuación mencionado.

Segundo. Con fecha 30 de abril de 2018 el Consejo concedió al órgano 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 23 de mayo de 2018, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito del Ayuntamiento de Casabermeja al que se adjunta Certificado de Secretaría comprensivo del texto del Decreto de la Alcaldía número 2018-0334, de fecha 16/05/2018, por el que se da por evacuado el trámite de alegaciones anterior en los siguientes términos:

“...En fecha 16/03/2018 ha sido publicado en B.O.P. n.º 53 Anuncio de Información Pública del expediente n.º 190/2017 tramitado en este Ayuntamiento consistente en Proyecto de Actuación para instalación de infraestructura de telecomunicaciones en polígono 10, parcela 326 del término municipal de Casabermeja.

“Por error en la tramitación del expediente no ha sido publicada simultáneamente en el tablón de anuncios del portal de transparencia el citado trámite de información pública del expediente n.º 190/2017 tal como pone de manifiesto en



su escrito la *[asociación denunciante]*.

“La citada Ley, tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos.

“Considerando que no ha concluido la Resolución del expediente, en virtud de lo establecido en el art. 82 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, HE RESUELTO:

“PRIMERO: Dar trámite de audiencia a los interesados en el expediente por plazo de 20 días mediante publicación en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Casabermeja.

“SEGUNDO: Dar traslado de la presente Resolución a la *[asociación denunciante]*”.

[...]

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 Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, 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 artículo 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”*.

En el asunto que nos ocupa se denuncia 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. 53, de 16 de marzo de 2018, acerca del trámite de información pública convocado en relación con el proyecto de actuación objeto de la denuncia, puede constatarse cómo en el mismo se omite cualquier referencia a la posibilidad de consulta telemática de expediente, limitándose a indicar que *“[s]e somete a información pública por el plazo de veinte días, a contar desde el día siguiente al de la publicación del presente anuncio en este Boletín Oficial de la Provincia de Málaga”* y que *“[d]urante dicho plazo podrá ser examinado [...] en las dependencias municipales para que se formulen las alegaciones que se estimen pertinentes”*. Por lo que en estos términos, efectivamente, se prescinde de cualquier referencia a que la documentación integrante del mismo se encuentra accesible en la sede electrónica, portal o página web del órgano denunciado.

Así las cosas, se ha de pronunciar la presente Resolución sobre si las condiciones del sometimiento a información pública del proyecto de actuación que nos ocupa dan adecuada respuesta a las obligaciones impuestas por el artículo 13.1 e) LTPA.

Tercero. Como es sabido, en virtud de dicho artículo, las administraciones públicas andaluzas están obligadas a publicar los documentos (todos) que, según prevea la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos al período 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 solo 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 órgano sólo exhiba los documentos de que se trate a quien acuda físicamente a la sede del órgano, 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 webs de los órganos concernidos.

En relación con la denuncia formulada, y en virtud de lo establecido en el artículo 43.1 c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el procedimiento para la aprobación de Proyectos de Actuación prevé la concesión de un trámite de información pública una vez admitido a trámite el correspondiente proyecto; *“El procedimiento para la aprobación por el municipio de los Proyectos de Actuación se ajustará a los siguientes trámites: [...] c) [a]dmitido a trámite, información pública por plazo de veinte días, mediante anuncio en el “Boletín Oficial” de la provincia, con llamamiento a los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito del proyecto ...”*.

Esta exigencia legal es la que activa 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 mencionado artículo 13.1 e) LTPA.

Cuarto. En el escrito de alegaciones presentado ante este Consejo, el consistorio denunciado, a través de su Alcalde, reconoce los hechos denunciados admitiendo que “[p]or error en la tramitación del expediente no ha sido publicada simultáneamente en el tablón de anuncios del portal de transparencia el citado trámite de información pública del expediente”. Y afirma que, con el objeto de subsanar dicha incidencia, acordó “[d]ar trámite de audiencia a los interesados en el expediente por plazo de 20 días mediante publicación en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Casabermeja”, al considerar “que no ha concluido la Resolución del expediente, en virtud de lo establecido en el art. 82 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común”.

Consultada la página web de dicho ente local (fecha de acceso, 16/09/2019), este Consejo ha podido comprobar cómo en el Portal de Transparencia municipal, al que se accede desde la pestaña correspondiente a “Ayuntamiento” > “Sede Electrónica”, se encuentra publicada dentro del apartado relativo a “7. Urbanismo, Obras Públicas y Medio Ambiente” > “7.4 Obras Públicas e Infraestructuras”, la documentación correspondiente al proyecto de actuación objeto de denuncia, comprensiva de la memoria descriptiva de la actuación,



planos, el presupuesto estimativo de la obra así como la documentación administrativa. Asimismo, resulta accesible un anuncio del Alcalde del órgano denunciado, fechado a 17/05/2018, del que se infiere, en consonancia con las alegaciones efectuadas por aquél ante el propio Consejo, que la publicación electrónica de dicha documentación no tuvo lugar hasta dicha fecha, una vez, según se indica, “se va a proceder a efectuar el trámite de audiencia a los interesados, de conformidad con el art. 82 de la Ley 39/2015 de 1 de Octubre, por un plazo de 20 días para que dentro del mismo puedan los interesados examinar el expediente y presentar, también dentro del mismo plazo, los escritos y documentos que estimen convenientes”.

Por lo tanto, tal y como se desprende de los hechos descritos y confirma el Alcalde del Ayuntamiento denunciado, la mencionada documentación no estuvo disponible telemáticamente con ocasión del trámite de información practicado a partir del anuncio publicado el 16/03/2018, sino que por contra, fue incorporada al Portal de transparencia municipal en un momento procedimental posterior, concretamente al practicar el trámite de audiencia previsto en el art. 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Trámite sustancialmente distinto al de información pública que de acuerdo con lo dispuesto por dicho artículo procede una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución del mismo, con el objeto de su puesta de manifiesto a los interesados y que, en lo que a la transparencia concierne, carece de virtualidad para cumplimentar la obligación de publicidad activa prevista en el art. 13.1 e) LTPA, la cual exige para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación la obligación de publicar en sus correspondientes portales o páginas web los documentos (todos) que, en virtud de la mencionada legislación, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación.

En este sentido, la conclusión que se infiere de las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento es que, efectivamente, la documentación correspondiente al proyecto de actuación que nos ocupa sólo fue publicada en el portal de transparencia del órgano denunciado una vez concluido el período de información pública antedicho, con ocasión del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, impidiendo de este modo que la documentación pudiera ser consultada libremente por el conjunto de la ciudadanía durante el trámite de información pública practicado con anterioridad con la posibilidad de efectuar alegaciones, por lo que en estos términos no se dio adecuado cumplimiento a lo requerido por el artículo 13.1 e) LTPA.



A la vista de lo anteriormente expuesto, este Consejo, en consonancia con lo denunciado en el presente caso, no puede sino concluir que el Ayuntamiento de Casabermeja debió haber publicado en formato electrónico los documentos relativos al proyecto de actuación repetidamente citado que debían ser sometidos al trámite de información pública durante el periodo correspondiente a la sustanciación de dicho trámite, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el referido artículo.

Quinto. Este Consejo ha podido comprobar, por otra parte, a través del anuncio publicado en el BOP de Málaga núm. 43, de 5 de septiembre de 2018, que el Proyecto de Actuación objeto de la denuncia fue aprobado definitivamente por acuerdo del Pleno de Ayuntamiento, en sesión celebrada el 26 de julio de 2018.

A este respecto, es finalidad del Consejo velar porque 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 éste 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 proyecto de actuación referido.

Por consiguiente, este Consejo ha de requerir al órgano denunciado 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.

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 órgano 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.



Sexto. 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 órgano denunciado.

En primer lugar, 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 solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”*. Esto se traduce en que el órgano 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, así como 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 Casabermeja (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 período 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