



RESOLUCIÓN PA-220/2019, de 19 de noviembre Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia presentada por XXX, en representación de XXX, por presunto incumplimiento del Ayuntamiento de Málaga de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-165/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 12 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 XXX, representante de XXX, basada en los siguientes hechos:

“En el BOP de Málaga número 83 de fecha 02 de Mayo de 2018 página 80, aparece el anuncio del Ayuntamiento de Málaga, [*que se adjunta*], por el que se somete al trámite de información pública el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de aprobación inicial de estudio de detalle en calle Eugenio Sellés 13 Ed-Le.11 'Villa Luisa' del PGOU 2011, promovido por Promociones Alfa 94 SL y Omega 93 Gestión y Servicios PL 10-17.



“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 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. 83, de 2 de mayo de 2018, en el que se anuncia por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Málaga (en adelante, la Gerencia Municipal) el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de dicho Consistorio de “aprobación inicial de estudio de detalle en calle Eugenio Sellés 13 ED-LE.11 'Villa Luisa' del PGOU 2011, promovido por Promociones Alfa 94 SL y Omega 93 Gestión y Servicios PL 10-17”, así como la apertura de un período de información pública durante 20 días, “...encontrándose el expediente a disposición del público en el Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística de la citada Gerencia, de lunes a viernes, en horario de 9:30 a 13:30 horas...”.

Se adjuntaba, igualmente, copia de dos pantallas de la página web municipal (no se aprecia las fechas de captura), en las que no se distingue ningún tipo de información relacionada con la actuación urbanística que es objeto de denuncia.

Segundo. El 25 de junio 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 julio de 2018, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito de la Gerencia Municipal en el que se efectúan, en relación con los hechos denunciados, las siguientes alegaciones:

“Primera: Según informe elaborado por el Servicio Jurídico-Administrativo del Departamento de Planeamiento y Gestión [*adjunto se remite*], simultáneamente a la apertura del plazo de información pública del expediente, fecha 23 de marzo de 2018 se remitió al Servicio de Técnicas Aplicadas a la Información, la siguiente documentación a efectos de su publicación en la página web de este organismo:

“- Tabla descriptiva de las actuaciones

“- Anuncio de información pública de fecha 19 de marzo de 2018.

“- Resumen ejecutivo de Estudio de Detalle, fechado 26 de enero de 2017.



“Segunda: Según informe elaborado por el Jefe de Negociado de Técnicas Aplicadas a la Información y una vez consultados los archivos obrantes en dicho Negociado, la información solicitada fue publicada el día 9 de abril de 2018, bajo el epígrafe: Estudio de Detalle C/ Eugenio Sellés, n.º 13 (pp10/17), pudiéndose consultar desde ese día a través de la Sección: 'Transparencia'; apartado: 'información de relevancia jurídica'; título: 'Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación' . [*Indica enlace web*]

El escrito de alegaciones se acompaña de sendos informes emitidos por distintas unidades administrativas de la Gerencia Municipal -concretamente por el Negociado de Técnicas Aplicadas a la Información del Departamento de Gestión Económica y Recursos Humanos así como por el Servicio Jurídico Administrativo de Planeamiento del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística- que sirven de fundamento a las manifestaciones que se recogen en el escrito de alegaciones.

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 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”*.

El Consejo manifiesta 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 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 web de los órganos concernidos.

En relación con la denuncia formulada, relativa a la aprobación inicial del estudio de detalle anteriormente descrito, el artículo 32.1. 2ª de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), determina 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...”*; además, el artículo 36.1 de la mencionada norma dicta que *“[l]a innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento se podrá llevar a cabo mediante su revisión o modificación. Cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento deberá ser establecida por la misma clase de instrumento, observando iguales determinaciones y procedimiento regulados para su aprobación, publicidad y publicación, y teniendo idénticos efectos...”*.



Por consiguiente, de acuerdo con lo expuesto, el procedimiento legal previsto para la aprobación del estudio de detalle objeto de denuncia incluye la realización de un trámite de información pública. Es, 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.

Una vez consultado el anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 83, de 02/05/2018, puede constatarse cómo del mismo se desprende que la documentación que se encuentra sometida a información pública durante el plazo de veinte días sólo podrá examinarse, para la formulación de alegaciones, en las dependencias de la propia Gerencia Municipal -concretamente "en el Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística", de lunes a viernes y en horario de oficina; omitiéndose cualquier referencia a que la documentación respectiva se encuentre 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 tras la aprobación inicial del estudio de detalle precitado dan adecuada respuesta a las obligaciones impuestas por el artículo 13.1 e) LTPA.

Cuarto. En el escrito de alegaciones presentado por el órgano denunciado a través de la Gerencia Municipal se ha trasladado a este Consejo, a partir de sendos informes emitidos por el Negociado de Técnicas Aplicadas a la Información del Departamento de Gestión Económica y Recursos Humanos así como por el Servicio Jurídico Administrativo de Planeamiento del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística, en cuanto unidades administrativas integradas en la estructura organizativa que conforma la misma, que tanto el "[a]nuncio de información pública de fecha 19 de marzo de 2018" como el "Resumen ejecutivo de Estudio de Detalle, fechado 26 de enero de 2017" han sido "publicados el 9 de abril de 2018 bajo el epígrafe: Estudio de Detalle C/ Eugenio Sellés, n.º 13. (pp10/17)".

Por lo tanto, según confirma la Gerencia Municipal, la documentación que resultó accesible a la ciudadanía durante el trámite de información pública quedó limitada al anuncio de apertura de dicho trámite y al resumen ejecutivo del proyecto del estudio de detalle en cuestión. Extremo que por otra parte ha podido corroborar este Consejo tras consultar el propio portal de la Gerencia (última fecha de acceso: 06/11/2019), donde únicamente se han podido localizar publicados, en consonancia con lo expuesto en el escrito de alegaciones, ambos documentos -concretamente en el enlace relativo a "Anuncios de Planeamiento", figura un archivo denominado "Estudio de Detalle c/ Eugenio Sellés, n.º 13 (pp10/17)",



donde sólo resulta accesible el anuncio precitado y el resumen ejecutivo (al que se denomina "Anexo Ejecutivo")-.

Sin embargo, es parecer de este Consejo [y así lo sostuvimos en nuestra Resolución PA-33/2018 (FJ 3º), en relación con un PGOU] que la simple publicación en la página web municipal del mencionado resumen ejecutivo, aun resultando exigible de conformidad con el artículo 39.4 LOUA, debe calificarse por sí sola como insuficiente para dar por satisfecha la exigencia de publicidad activa impuesta por el art. 13.1 e) LTPA -el cual exige, como ya se ha expuesto, la publicación de todos los documentos que conforman el trámite de información pública en el portal, sede electrónica o página web del órgano denunciado-, pues a partir de la interpretación literal de dicho artículo de la LOUA se puede fácilmente colegir que no sólo el resumen ejecutivo debe publicarse telemáticamente, sino también el resto de documentos que deben ser sometidos junto al mismo al repetido trámite.

Efectivamente, el art. 39.4 LOUA dispone que *"[e]n el trámite de información pública de los procedimientos de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico y sus innovaciones, la documentación expuesta al público deberá incluir el resumen ejecutivo regulado en el artículo 19.3."*, lo que pone de relieve, en relación con lo dispuesto en el art. 13.1 e) LTPA, que la publicación telemática de la documentación que se somete a dicho trámite no puede quedar circunscrita únicamente a este documento -en virtud de lo dispuesto en el art. 7.1 b) LOUA, un estudio de detalle es un instrumento de planeamiento, concretamente de desarrollo de un instrumento de planeamiento general-.

Y en este sentido, el art. 19 LOUA resulta ciertamente clarificador en torno a identificar cuál es la documentación que debe someterse a exposición pública y, por ende, a publicación electrónica -artículo al que, por otra parte, la propia web de la Gerencia Municipal hace referencia de forma expresa al informar acerca del procedimiento habilitado para la tramitación administrativa de los estudios de detalle en la pestaña relativa a "Planeamiento y Desarrollo Urbanístico" (fecha de consulta: 10/10/2019), precisando que la documentación técnica que se aporte junto con la solicitud deberá incorporar el "contenido recogido en el Art. 19 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía..."-, al establecer que:

"1. Los instrumentos de planeamiento deberán formalizarse como mínimo en los siguientes documentos:

a) Memoria, que incluirá los contenidos de carácter informativo y de diagnóstico descriptivo y justificativo adecuados al objeto de la ordenación y a los requisitos exigidos en cada caso por esta Ley. [...]



b) Normas Urbanísticas, que deberán contener las determinaciones de ordenación y de previsión de programación y gestión, con el grado de desarrollo propio de los objetivos y finalidades del instrumento de planeamiento. [...]

c) Planos y demás documentación gráfica, que deberán definir, sobre base cartográfica idónea, con la precisión y escala adecuadas para su correcta comprensión, la información urbanística y territorial y las determinaciones de ordenación que contengan.

2. Los instrumentos de planeamiento deberán incluir, además, cualesquiera otros documentos que vengan expresamente exigidos por la legislación sectorial aplicable, justificando el cumplimiento de ésta.

3. Los instrumentos de planeamiento deberán incluir un resumen ejecutivo que contenga los objetivos y finalidades de dichos instrumentos y de las determinaciones del Plan, que sea comprensible para la ciudadanía y facilite su participación en los procedimientos de elaboración, tramitación y aprobación de los mismos de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1, y que deberá expresar, en todo caso:

a) La delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración.

b) En su caso, los ámbitos en los que se suspenda la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.

4. Reglamentariamente se precisarán los documentos de los diferentes instrumentos de planeamiento y su contenido. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística contendrán, con carácter de recomendaciones, prescripciones técnicas para la elaboración de dichos documentos”.

Así las cosas, de acuerdo con los hechos formulados y las alegaciones presentadas por la Gerencia Municipal, debe inferirse que durante la sustanciación del período de exposición pública de la actuación urbanística denunciada no se encontraba disponible para su consulta en la sede electrónica del órgano denunciado la documentación integrante del expediente que debía someterse a exposición pública -al margen del resumen ejecutivo-, la cual sólo podía examinarse de forma presencial en dependencias de la propia Gerencia, imposibilitando de este modo su consulta telemática por parte de la ciudadanía durante dicho trámite con la posibilidad de formular alegaciones, lo que impide concluir que se haya dado adecuado cumplimiento por parte del Consistorio denunciado a la obligación de publicidad activa prevista en el artículo 13.1 e) LTPA.



Quinto. A la vista de lo anteriormente expuesto, este Consejo ha de manifestar, en consonancia con la denuncia interpuesta, que el Ayuntamiento de Málaga debió haber publicado de forma telemática los documentos que debían someterse al trámite de información pública relativos a la aprobación inicial del estudio de detalle objeto de denuncia.

Por otra parte, desde el Consejo no ha podido constatarse (última fecha de acceso: 11/11/2019) que el reiterado estudio de detalle haya sido definitivamente aprobado por la entidad denunciada, por lo que puede que aún no se haya formalizado la aprobación definitiva del mismo.

De ahí que este Consejo, con base en lo previsto en el art. 23 LTPA, deba requerir al órgano denunciado a que, salvo que no continúe vigente la tramitación del estudio de detalle en cuestión o se haya procedido al archivo de las actuaciones practicadas hasta el momento en relación con el mismo, proceda a la subsanación del trámite denunciado y conceda, antes de su aprobación definitiva, un plazo de información pública conforme a lo establecido en el mencionado art. 13.1 e) LTPA y, de este modo, puedan ser accesibles telemáticamente durante dicho plazo los documentos incluidos en el expediente respectivo.

En el caso de que el Ayuntamiento hubiera procedido ya a la aprobación definitiva de la actuación denunciada, este requerimiento deberá entenderse efectuado para que, en lo sucesivo, dicha entidad lleve 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; requerimiento que 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, en atención a la posibilidad de que en la actualidad haya procedimientos en trámite y que pueda ser necesaria la adopción de medidas técnicas e informáticas.

No resulta inoportuno recordar 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 conveniente realizar unas consideraciones respecto a las obligaciones derivadas de la publicidad activa para que se tenga en cuenta, *ad futurum*, por el órgano 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 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 Málaga para que lleve a cabo la publicación en sede electrónica, portal o página web los documentos sometidos a información pública relativos al instrumento urbanístico objeto de denuncia, de conformidad con lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Quinto, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de un mes, a este Consejo.

Segundo. Requerir expresamente a dicho Ayuntamiento para la publicación telemática de los documentos sometidos a trámite de información pública, conforme a la legislación sectorial vigente, para los sucesivos actos y disposiciones que se realicen a partir de un mes de 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