



RESOLUCIÓN PA-251/2019, 23 de diciembre Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia interpuesta por XXX, en representación de XXX, por presunto incumplimiento del Ayuntamiento de Jaén de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-78/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 19 de marzo 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 XXX, basada en los siguientes hechos:

“En el BOP nº 33 de fecha 15 de febrero, página 2414, aparece el anuncio del AYUNTAMIENTO DE LUPIÓN, (Jaén) [*que se adjunta*], en el que anuncia, el sometimiento a información pública el proyecto de ejecución de edificio en gran superficie minorista en el sector SURO-6, instada por Leroy Merlín, S.L.U., durante el plazo de 20 días hábiles.



“En el anuncio no se menciona que el documento esté en el portal de la transparencia, sede electrónica o página web del Ayuntamiento, ni tampoco se encuentra en la misma, 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 Jaén núm. 33, de 15 de febrero de 2018, en el que se publica Edicto de la 3ª. Teniente de Alcalde Delegada del Área, Patrimonio, Servicios Técnicos, Casco Histórico, Sanidad Desarrollo Local y Empleo del Ayuntamiento de Jaén, de fecha 7 de febrero de 2018, por el que “se acuerda someter a información pública el proyecto de ejecución de edificio en gran superficie minorista en el sector SURO-6, instada por Leroy Merlin S.L.U., durante el plazo de 20 días hábiles contados a partir del siguiente a la publicación en el BOP, pudiéndose formular alegaciones y sugerencias”. Se añade que “[d]urante el citado periodo de exposición pública podrá examinarse el documento en las dependencias del Servicio de Urbanismo [...] sito en Plaza de la Merced”.

Junto con la denuncia se afirma adjuntar una “captura de Pantalla de la web municipal” que, sin embargo, no figura entre la documentación presentada.

Segundo. Al advertirse por el Consejo una incongruencia referida al órgano contra el que se dirige la denuncia -la denunciante interpone la denuncia contra el Ayuntamiento de Lupión pero la actuación denunciada viene referida al Ayuntamiento de Jaén-, mediante escrito de fecha 30 de abril de 2018 se concedió a la asociación denunciante trámite de subsanación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para que subsanara dicha deficiencia, informándole de que si no lo hacía se la tendría por desistida en su denuncia.

Tercero. Con fecha 14 de mayo de 2018 tiene entrada en el Consejo escrito de la asociación denunciante subsanando de conformidad la incidencia anterior, al poner de manifiesto que “efectivamente la denuncia se interpone contra el Ayuntamiento de JAÉN”.

Cuarto. Mediante escrito de 25 de mayo 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.



Quinto. El 20 de junio de 2018, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito del Ayuntamiento de Jaén en el que el Jefe de Servicio de Urbanismo efectúa las siguientes alegaciones:

“[...], por el presente le comunico que con fecha 15 de febrero de 2018, se publicó EDICTO sometiendo a información pública el proyecto de ejecución de edificio 'Leroy Merlin, S.L.U.', entendiéndose que con dicha publicación se daba cumplimiento a lo determinado en la Ley de Comercio Interior de Andalucía, que es lo que marca el procedimiento para este tipo de instalaciones.

“Lo que le comunico a los efectos procedentes sin perjuicio de adoptar las medidas que se indique desde ese Consejo de Transparencia y Protección de Datos”.

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 (aprobados 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, 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 solo 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 presente caso, el supuesto de hecho sobre el que versa la denuncia se refiere a que el Ayuntamiento denunciado, según manifiesta la asociación denunciante, ha incumplido la obligación prevista en el art. 13.1 e) LTPA [art. 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 el cual han de publicarse telemáticamente *“los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”*, con ocasión de la práctica de dicho trámite en el procedimiento de autorización del “proyecto de ejecución de edificio en gran superficie minorista en el sector SURO-6, instada por Leroy Merlin S.L.U.”.

Por otra parte, una vez consultado el anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén núm. 33, de 15 de febrero de 2018, en relación con el expediente objeto de denuncia, puede constatarse cómo en el mismo se indica que durante el periodo de exposición pública el proyecto en cuestión podrá examinarse en el Servicio de Urbanismo del Ayuntamiento; lo que denota que no existe alusión alguna a que esa misma documentación -más allá de su posible consulta de forma presencial y en horario de oficina- esté accesible igualmente de modo telemático en la sede electrónica, portal o página web del órgano denunciado.

Cuarto. En virtud del art. 13.1 e) LTPA, las administraciones públicas andaluzas están obligadas a publicar los documentos (todos) que, según prevea la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos al periodo de información pública durante su tramitación.

Como reiteradamente viene manifestando el Consejo en sus resoluciones, 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.

Quinto. En lo que respecta al presunto incumplimiento reclamado por la denunciante, referente a la falta de publicación electrónica de la documentación correspondiente durante el trámite de información pública practicado en el procedimiento de autorización del proyecto de ejecución descrito en el Antecedente Primero, ha de tenerse presente que a dicho procedimiento le es aplicable el régimen de autorizaciones de grandes superficies minoristas establecido en el texto refundido de la Ley de Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo. En concreto, su artículo 40.2 prescribe, respecto de las solicitudes de licencia municipal de obras de gran superficie minorista, lo siguiente: *“Si la solicitud no reuniera los requisitos necesarios, se requerirá a las personas interesadas para que subsanen. Una vez subsanada, en su caso, la solicitud, el Ayuntamiento procederá al trámite de información pública en el «Boletín Oficial» de su provincia”*. Por su parte, el apartado 5 de este mismo artículo 40 añade: *“El Ayuntamiento deberá instar, de la Consejería competente en materia de comercio interior, informe autonómico previo sobre la solicitud de licencia municipal de obras de gran superficie minorista, para lo cual remitirá la memoria de idoneidad, junto con la solicitud de la persona promotora y las alegaciones que, en su caso, se hubiesen producido durante el trámite de información pública...”*.

Por tanto, la obligación de evacuar este periodo de información pública prevista en la normativa sectorial mencionada, convierte en una exigencia de publicidad activa la publicación en sede electrónica, portal o página web del Ayuntamiento, de la documentación correspondiente al proyecto de ejecución de edificio en gran superficie minorista denunciado que debe someterse a dicho trámite, de conformidad con lo establecido en el reiterado artículo 13.1 e) LTPA.

Sexto. En el escrito de alegaciones presentado ante este Consejo, el Ayuntamiento de Jaén ha puesto de manifiesto que “el 15 de febrero de 2018 [fecha del BOP de Jaén donde se inserta el anuncio objeto de la denuncia], se publicó EDICTO sometiendo a información pública el proyecto de ejecución [...] entendiendo que con dicha publicación se daba cumplimiento a lo determinado en la Ley de Comercio Interior de Andalucía, que es lo que marca el procedimiento para este tipo de instalaciones”.



Sin embargo, este argumento no puede ser aceptado en lo que concierne a la legislación reguladora de la transparencia, en la medida en que lo que se denuncia ante este Consejo no radica en el deficiente cumplimiento por parte de aquél de las obligaciones de publicidad ordinaria que pudieran resultarle exigibles durante la tramitación del proyecto citado en aplicación de la normativa aplicable -como puede ser que el Ayuntamiento deba publicar el trámite de información pública “en el «*Boletín Oficial*» de su provincia”-, sino al incumplimiento de lo previsto en el ya referido art. 13.1 e) LTPA. Precepto que establece que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación están obligados a 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, de modo que dicha documentación pueda ser consultada libremente por parte de la ciudadanía a través de aquéllos. Y respecto a este particular, las alegaciones efectuadas por el Consistorio denunciado solo permiten inferir la publicación telemática del Edicto que informaba de la apertura del correspondiente periodo de información pública en relación con el citado proyecto, pero no de la documentación asociada al mencionado trámite.

A mayor abundamiento, consultada por este órgano de control tanto la página web como el portal de transparencia municipal (fecha de acceso: 17/12/2019), se ha podido comprobar que en este último -en el enlace relativo a “[i]Información Jurídica y Patrimonial” > “Documentos sometidos a información pública”-, resulta accesible un archivo denominado “[p]royectos de naves para actividades en Centro Comercial Jaén Plaza”, publicado en fecha 01/08/2018. Pues bien, en dicho archivo figura un escrito de la Teniente Alcalde, de fecha 31/07/2018, remitiendo el repetido Edicto para su publicación en el portal de transparencia, si bien es cierto que, atendiendo a las fechas indicadas, se constata que esta publicación se produjo una vez superado ampliamente el periodo de exposición pública sustanciado tras la publicación de dicho Edicto en el BOP de fecha 15/02/2018.

En cualquier caso, y por todo lo expuesto, al no haberse podido localizar publicación alguna en relación con el expediente denunciado -más allá del propio anuncio de información pública cuya publicación se realizó fuera del plazo previsto-, ni encontrar evidencias que acrediten que la documentación estuviera disponible telemáticamente en la sede electrónica, portal o página web del Ayuntamiento durante el periodo que se estableció para el trámite de información pública, este Consejo no puede entender satisfecha la obligación de publicidad activa prevista en el artículo 13.1 e) LTPA, por lo que cabría requerir al Ayuntamiento denunciado su adecuado cumplimiento.



Séptimo. Por otra parte, desde este Consejo se ha podido constatar que en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 210, de 30 de octubre de 2018, se ha publicado Anuncio de 24/09/2018 del Ayuntamiento de Jaén por el que se aprueba la licencia para el referido proyecto. Esta circunstancia evidencia claramente que el procedimiento respectivo ya se encuentra concluido, habiendo finalizado con la aprobación de la licencia correspondiente tras la cumplimentación de los trámites legales preceptivos y, en particular, de la evacuación de un trámite de información pública -circunstancia que se hace constar en el propio anuncio publicado-.

En estos términos, en tanto en cuanto no cabe requerir al Ayuntamiento controlado la subsanación del incumplimiento que se ha detectado en el procedimiento, puesto que el expediente ya fue aprobado, el requerimiento que se efectúa por parte de este órgano de control debe circunscribirse al cumplimiento futuro de la obligación de publicidad activa que ha sido omitida para actos similares al que es objeto de denuncia. Ello sin perjuicio de que la denunciante, como cualquier otra persona, pueda ejercer el derecho de acceso a la información pública contenida en el expediente que nos ocupa, en virtud de lo previsto en el art. 24 LTPA.

Efectivamente, 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 denunciado la subsanación del incumplimiento que se haya detectado, en virtud del art. 23 LTPA. Por consiguiente, una vez constatado que dicha publicación no ha respetado lo previsto en el art. 13.1 e) LTPA, este Consejo debe proceder a requerir a éste a que en las sucesivas actuaciones cumpla lo establecido al respecto en la LTPA, siendo oportuno recordar 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 periodo de hasta tres años.

Asimismo, 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 la presente Resolución para dichas publicaciones.



Octavo. 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; 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, resulta pertinente recordar que, 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 Jaén 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