



RESOLUCIÓN PA-70/2018, de 27 de junio, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia presentada por XXX por presunto incumplimiento del Ayuntamiento de Almería en materia de publicidad activa regulada en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia núm. PA-132/2017).

ANTECEDENTES

Primero. El día 11 de julio de 2017 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia planteada por XXX, basada en los siguientes hechos:

“Que estando en fase de exposición pública por 30 días la memoria del servicio de alquiler de bicicletas, según Edicto del Tablón de Anuncios Electrónico y del Boletín Oficial de la Provincia (BOP N.º 109, de 9/06/2017, consultable en la web de la diputación de Almería – www.dipalme.org–) no se ha colgado la citada memoria en la web del Ayuntamiento de Almería, por lo que se estaría vulnerando el apartado d) o e) del artículo 13 de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía.

“Solicita: Que se exponga la citada memoria por parte de la Concejalía de Movilidad Urbana, inmediatamente, ya que el plazo de exposición pública expira el sábado 7



de julio en la web del Ayto de Almería, para que se tenga la oportunidad de leer y en su caso, poder efectuar alegaciones o aportaciones."

Segundo. El 14 de julio de 2017 el Consejo concedió al Ayuntamiento denunciado un plazo de 15 días al objeto de que formulara las alegaciones que estimara oportunas, así como aportara los documentos y justificaciones que considerara pertinentes, sin que hasta la fecha haya efectuado ninguna alegación al respecto.

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, LTPA), en conexión con el artículo 23 del mismo texto legal.

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."*

En el asunto que nos ocupa, la denuncia se refiere a que, en la tramitación de la "Memoria del Servicio de Alquiler de Bicicletas", "no se ha colgado la citada memoria en la web del Ayuntamiento de Almería, por lo que se estaría vulnerando el apartado d) o e) del artículo 13 de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía". El apartado d) del art. 13.1 LTPA impone a las Administraciones públicas andaluzas la publicación de *"[l]as memorias e informes que*



conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos con ocasión de la publicidad de los mismos”; por su parte, de acuerdo con la obligación prevista en el art. 13.1 e) LTPA, han de publicarse “los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”.

Como se ha reiterado en resoluciones anteriores de este Consejo, estas exigencias de publicidad activa -y el correlativo derecho subjetivo configurado por el legislador andaluz- constituyen una muestra clara de transparencia de la actuación pública en el proceso de aprobación de las actuaciones administrativas y disposiciones reglamentarias que favorece -qué duda cabe- la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, y supone un avance en el acceso a la información respecto a la normativa anterior. 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.

Tercero. En el Boletín Oficial de la Provincia de Almería núm. 109, de fecha 09/06/2017, se publica Edicto del Alcalde-Presidente Acctal. del Ayuntamiento de Almería, por el que se anuncia someter a trámite de información pública por plazo de treinta días naturales, una vez aprobada inicialmente por parte del Pleno de dicho Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el día 30 de mayo de 2017, la memoria elaborada por los miembros de la Comisión constituida mediante acuerdo de Pleno de fecha 9 de noviembre de 2016, para el estudio de los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de préstamo o alquiler de bicicleta en el término municipal de Almería. Puede constatarse cómo en el mencionado anuncio se indica que el expediente para poder efectuar alegaciones “estará de manifiesto y expuesto al público en las dependencias de la Delegación de Área de Movimiento Vecinal, Gestión de la Vía Pública y Movilidad Urbana del Ayuntamiento de Almería [...]”, de forma presencial, sin que exista referencia alguna a que la documentación esté accesible igualmente a través de la sede electrónica, portal o página web del órgano denunciado.

Consultada desde este Consejo la página web del Ayuntamiento de Almería (fecha de acceso, 28/06/2018), puede constatarse, al navegar por los distintos apartados de la misma y al realizar consultas a través de su buscador, cómo no existen actualmente referencias a que la memoria citada pudiera haberse consultado telemáticamente por parte de la ciudadanía durante su periodo de exposición pública.

Por su parte, el Ayuntamiento denunciado no ha efectuado alegación alguna que permita considerar que la documentación mencionada hubiera sido publicada en su sede



electrónica, portal o página web.

Cuarto. La denuncia presentada se refiere al incumplimiento de lo previsto en los apartados d) o e) del art. 13.1 e) LTPA.

La exigencia de publicidad activa prevista en el art. 13.1 d) LTPA se proyecta sobre el procedimiento de elaboración de las normas locales en la necesidad de llevar asimismo a los portales o páginas web “[/]as memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos con ocasión de la publicidad de los mismos”. Publicación que ha de realizarse al tiempo que se incorpora en la correspondiente sede electrónica la versión inicial de la norma respectiva, de acuerdo con lo que también preceptúa el segundo párrafo del art. 13. 1 c) LTPA.

No obstante, al carecer la memoria objeto de denuncia de dicho rango normativo, el incumplimiento denunciado que resulta plenamente aplicable a este supuesto es el previsto en el art. 13.1 e) LTPA, que se refiere a los casos en los que la legislación sectorial de que se trate imponga la obligación de acordar un período de información pública en el procedimiento en cuestión. Así es; debe notarse que el art. 97.1 c) del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contempla expresamente el trámite de información pública en relación con la memoria para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales tras su aprobación inicial, en los siguientes términos:

“1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

[...]

“c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y...”.

Y de conformidad con la lectura amplia del art. 13.1 e) LTPA que, en mérito de la transparencia, venimos asumiendo en nuestras decisiones, hemos argumentado expresamente que la normativa reguladora del régimen local debe considerarse “legislación sectorial” a los efectos de esta exigencia de publicidad activa (Resolución PA-25/2017, de 28 de junio, FJ 3º).

Por consiguiente, no cabe sino considerar que el órgano denunciado ha soslayado la exigencia derivada del 13.1 e) LTPA, pues se ha limitado exclusivamente a exponer al público en la sede de las dependencias municipales la memoria en cuestión, impidiéndose de este modo que la ciudadanía pudiera examinarla a través de la sede electrónica, portal o página web del Ayuntamiento.



Quinto. A la vista de lo anteriormente expuesto, este Consejo ha de compartir la apreciación de la persona denunciante de que el Ayuntamiento de Almería debió haber publicado de forma electrónica dicha memoria a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 13.1 e) LTPA, por lo que habría de requerirse a dicho Consistorio el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa relativas a la publicación en sede electrónica, portal o página web de la mencionada memoria.

No obstante, desde este Consejo se ha podido comprobar que la memoria fue definitivamente aprobada en la sesión ordinaria celebrada por el Pleno del Ayuntamiento de Almería el día 4 de septiembre de 2017, tal y como se constata en el acta ejecutiva de dicha sesión publicada en el apartado dedicado a "Secretaría General > Actas plenarias 2017" de la página web municipal del Consistorio denunciado (fecha de acceso: 28/06/2018).

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 no entra en el ámbito de sus atribuciones la función de requerir dicha subsanación sobre procedimientos que ya hayan terminado, como sucede en el presente caso, dada la aprobación definitiva de la memoria objeto de la denuncia.

Así, comoquiera que en el asunto examinado no cabe subsanar la falta de publicación telemática de la memoria citada, por cuanto ya ha sido aprobada definitivamente, el requerimiento que se realiza al Ayuntamiento de Almería está referido a aquellas actuaciones que tengan lugar en el futuro, de modo que 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.

En consecuencia, y 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.

Además, conviene recordar que, conforme 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 dos 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 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, 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, ha de tenerse presente 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 Almería para que, en lo sucesivo, 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.

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**

Consta la firma

Manuel Medina Guerrero