



RESOLUCIÓN PA-16/2022, de 22 de marzo
Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia interpuesta por XXX por presunto incumplimiento de la sociedad mercantil local “Empresa de Suelo Isleña, S.A. (ESISA)” de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-20/2022).

ANTECEDENTES

Primero. El 11 de febrero de 2022, tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia planteada por la persona indicada contra la mercantil municipal “Empresa de Suelo Isleña, S.A. (ESISA)”, basada en los siguientes hechos:

“Incumplimiento de acuerdo de publicar, según ordenamiento jurídico el contenido de la auditoria de la mercantil publica ejercicio 2019-2020, después de tres ruegos de la formación política Plataforma 3R. Trae causa de la Resolución PA-36/2020 de 14 de febrero de esa institución”.

La denuncia se acompaña de copia del escrito suscrito (con fecha 30/09/2021) por la Delegada General del Área de Desarrollo Urbano y Presidenta del Consejo de Administración de la sociedad denunciada, remitido a la atención de la persona ahora denunciante en respuesta a las solicitudes presentadas (en fechas 6 y 20 de septiembre de 2021) reclamando la publicación de los resultados de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2020 de la mercantil.

Segundo. Con fecha 18 de febrero de 2022, este órgano de control puso en conocimiento de la persona denunciante que, en relación con la denuncia interpuesta, se procedía a iniciar la tramitación del procedimiento correspondiente.

Tercero. Con fecha 24 de febrero de 2022, el Consejo concedió a la mercantil denunciada 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 en relación con la denuncia presentada.

Cuarto. El 2 de marzo de 2022, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito procedente de la sociedad local denunciada efectuándose desde su Gerencia las siguientes alegaciones:



“Con fecha 18 de febrero ha tenido entrada en el registro general de esta empresa oficio de la misma fecha en relación con la denuncia efectuada ante ese organismo por un presunto incumplimiento de obligaciones de publicidad activa al no encontrarse publicado el contenido de la auditoría de cuentas realizada a esta empresa pública correspondiente a los ejercicios 2019 y 2020.

“Respecto a su contenido, tenemos que informar lo siguiente:

“1.- El contrato celebrado para la realización de la auditoría de cuentas de Esisa correspondiente a los ejercicios 2019, 2020 y 2021 es municipal, celebrado a instancias de la Intervención General, en virtud de lo previsto en el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, que establece:

'Artículo 36 Destinatarios de los informes.

'1. Los informes definitivos de control financiero serán remitidos por el órgano interventor al gestor directo de la actividad económico-financiera controlada y al Presidente de la Entidad Local, así como, a través de este último, al Pleno para su conocimiento. El análisis del informe constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria.

'También serán enviados a los órganos que prevé el artículo 5.2 cuando en dichos informes se aprecie la existencia de hechos que puedan dar lugar, indiciariamente, a las responsabilidades que en él se describen.

'2. La información contable de las entidades del sector público local y, en su caso, los informes de auditoría de cuentas anuales, deberán publicarse en las sedes electrónicas corporativas.

'Esta misma información deberá remitirse a la Intervención General de la Administración del Estado, para su integración en el registro de cuentas anuales del sector público regulado en el artículo 136 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con las instrucciones que se dicten al respecto.'

“Hemos trabajado con los auditores contratados por el Ayuntamiento en los ejercicios 2019 y 2020, sin que hasta la fecha hayamos recibido el informe definitivo ni de estos ni de la Intervención General del Ayuntamiento a pesar de haberse reclamado.



“2.- En su consecuencia, y sin perjuicio del organismo obligado a realizar la publicidad de los documentos en aplicación de la norma invocada, no es posible atender la solicitud planteada al no contar esta empresa con los documentos a los que se refiere la denuncia.

“Todo lo cual se informa a los efectos de tener con cumplimentado el trámite conferido”.

Junto al escrito de alegaciones se aporta copia de escritura pública notarial de otorgamiento de poderes en favor de la persona que suscribe las alegaciones para actuar en representación de la citada mercantil.

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.

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), garantizando especialmente que la información que se publica atiende al principio de «veracidad», de tal manera que la misma “ha de ser cierta y exacta, asegurando que procede de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia” [artículo 6 e) 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, la persona denunciante fundamenta su denuncia en un supuesto incumplimiento de obligaciones de publicidad activa por parte de la empresa pública local ESISA derivado de la ausencia de publicación electrónica del contenido de la Auditoría de cuentas realizada a dicha empresa correspondiente al ejercicio 2019-2020. Y en este sentido, apela a la Resolución PA-36/2020, de fecha 14/02/2020, dictada con anterioridad por este órgano de control a partir de una denuncia en la que ya se reclamaba (entre otra) esta misma información, como precedente inmediato en el que basar su pretensión.

A este respecto, resulta preciso aclarar que en la citada Resolución PA-36/2020 (Fundamento Jurídico Quinto), el Consejo se limitó *“a poner de manifiesto que la obligación de publicar la información que reclama la denunciante no puede resultar exigible al Ayuntamiento denunciado en ningún caso [como pretendía entonces aquélla al dirigir la denuncia contra el Consistorio de San Fernando], en tanto en cuanto la referida empresa municipal [ESISA] constituye un sujeto obligado por sí mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 i) LTPA llamado a satisfacer sus propias exigencias de publicidad activa”*. Consideración previa que se dirigía exclusivamente a determinar el sujeto presuntamente obligado a cumplimentar la exigencia de publicidad activa denunciada y que, en los términos planteados, impedía a este Consejo efectuar un análisis posterior sobre el contenido sustantivo de la misma. Análisis que, sin embargo, tras presentarse ahora una nueva denuncia expresamente dirigida contra la citada empresa pública, sí procede abordar.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 b) LTPA —de modo similar a como contempla la obligación básica prevista en el art. 8.1 e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno— las personas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Ley (entre las que se encuentra la empresa pública denunciada) han de facilitar en su sede electrónica, portal o página web la información descrita en el mencionado artículo, esto es: *“Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellas se emitan”*.

Así pues, a la vista de los términos en que se expresa la disposición transcrita, resulta evidente que ha sido voluntad del legislador circunscribir la citada obligación de publicidad activa a los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización emitidos por los órganos de control de carácter externo (Tribunal de Cuentas y Cámara de Cuentas de Andalucía, en el caso andaluz) en relación con las cuentas anuales



que deban rendirse por los sujetos concernidos por dicha obligación, dejando al margen de la previsión legal cualesquiera otros informes que, aun pudiendo ser confeccionados en referencia a las mismas, sean emitidos por cualquier otro tipo de órgano u entidad de naturaleza pública (como pudiera ser la propia Intervención General de un Ayuntamiento) o privada.

Y en este sentido, la Gerencia de la sociedad mercantil denunciada ha venido a confirmar ante este Consejo, con ocasión de las alegaciones presentadas, que el informe de auditoría sobre el que versa la denuncia presentada responde a un encargo a auditores profesionales del ámbito privado con motivo de la celebración de un contrato municipal adjudicado por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), a instancias de la Intervención General, “para la realización de la auditoría de cuentas de ESISA correspondientes a los ejercicios 2019, 2020 y 2021”.

Así las cosas, en este contexto debe deducirse que los hechos denunciados resultan ajenos al ámbito de la publicidad activa que delimita el marco normativo regulador de la transparencia para los sujetos obligados, ya que no pueden subsumirse en un supuesto incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa definido por el Título II LTPA, y que comporta que la información que en dicho título se contiene estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas web de aquéllos.

Ciertamente, como ha quedado suficientemente expuesto, la ausencia de divulgación de la información a la que se refiere la denuncia no constituye incumplimiento alguno de las obligaciones de publicidad activa establecidas en el Título II LTPA —como pretende la persona denunciante— en tanto en cuanto la única exigencia prevista en la LTPA relacionada con la misma es la prevista en el citado art. 16 b) LTPA. Obligación que, sin duda, resulta desbordada por el alcance de la información que reclama la persona denunciante.

Así pues, ante la falta de acreditación del incumplimiento de alguna obligación de publicidad activa prevista en la normativa de transparencia, procede el archivo de la denuncia.

Cuarto. Por otra parte, debe advertirse que en nada contradice lo expresado con anterioridad lo dispuesto en el art. 36.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, cuando establece que: *“La información contable de las entidades del sector público local y, en su caso, los informes de auditoría de cuentas anuales, deberán publicarse en las sedes electrónicas corporativas”.*

En efecto, esta previsión reglamentaria —a la que también alude la Gerencia en sus alegaciones— no establece una obligación que pueda calificarse como de publicidad activa a los efectos de la normativa de transparencia: se trata de una obligación de publicación de información pública cuyo posible incumplimiento se regirá por lo establecido en la correspondiente normativa específica, careciendo este Consejo de competencias para verificar su posible incumplimiento. El Consejo únicamente podría tramitar denuncias a



este respecto en los supuestos en los que la normativa específica reconozca de modo expreso que la publicación tiene la consideración de obligación de publicidad activa, o bien pueda inferirse con claridad este carácter a la vista de la redacción de la norma.

De este modo la pretensión de la persona denunciante deberá hacerse valer dentro del oportuno procedimiento administrativo que prevea la normativa específica que resulte de aplicación para el caso de incumplimientos de la obligación; o, en caso de su denegación, a través de las vías impugnatorias que procedan en sede administrativa o jurisdiccional, donde aquella podrá tener, en su caso, satisfacción a sus demandas.

Ello no obsta para que cualquier persona, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 24 LTPA, pueda solicitar toda suerte de información que en relación con la información denunciada obre en poder de la citada sociedad municipal.

En cualquier caso, al recaer los hechos denunciados sobre unas presuntas actuaciones que en ningún caso vienen referidas a obligación alguna de publicidad activa en los términos ya expuestos, no cabe admitir a trámite la presente denuncia, por lo que procede su inadmisión y declarar el archivo de la misma.

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

RESOLUCIÓN

Único. Se declara el archivo de la denuncia presentada por XXX contra la sociedad mercantil local "Empresa de Suelo Isleña, S.A. (ESISA)", por no acreditarse el incumplimiento de obligaciones de publicidad activa.

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

Jesús Jiménez López

Esta resolución consta firmada electrónicamente