204-2016-00269 MO

Desde la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno Portavoz, Coordinación de la Junta de gobierno y Relaciones con el Pleno, se solicita informe a esta Asesoría Jurídica sobre el **PROYECTO INICIAL DE ORDENANZA DE TRANSPARENCIA DE LA CIUDAD DE MADRID.**

I
Consideraciones previas

Tal y como indica la Memoria Justificativa que se adjunta al expediente, la oportunidad de la aprobación de una Ordenanza de Transparencia en el Ayuntamiento de Madrid, viene dada por la necesidad de adaptarse a las obligaciones derivadas de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIP).

Desde una visión global, la Ordenanza que se propone es un ambicioso proyecto que, partiendo de los estándares mínimos de transparencia que exige la LTAIP, alcanza cuotas superiores, en un apreciable intento de llevar la transparencia y la ética pública en el ámbito de la ciudad de Madrid a sus más altas consecuencias.

Es de destacar igualmente el esfuerzo técnico y participativo que, según se desprende del expediente, se ha dado en la elaboración de esta propuesta, que además de contar con los informes preceptivos, ha sido expuesta a la ciudadanía y a distintos grupos de opinión.

El producto de todo ello es un texto muy analizado, a nivel interno y externo. No obstante, la materia que nos ocupa presenta puntos delicados. En primer lugar, por la delgada línea que separa el derecho a la información del derecho a la protección de datos personales. En segundo lugar, por las limitaciones propias del instrumento normativo en manos del ente local –la Ordenanza- acentuadas en este caso por la falta de regulación autonómica en la materia. Así, esta Asesoría debe señalar una serie de cuestiones sobre el texto propuesto, que proceden en la mayoría de los casos de alguno de esos dos puntos de fricción: el conflicto con la protección de datos personales, y las limitaciones propias de un instrumento normativo que no tiene rango de ley.

Pasamos a exponer dichas observaciones, advirtiéndose que el borrador analizado corresponde a la última versión propuesta por el órgano promotor, es decir, la que ya incorpora las modificaciones que se han tenido en cuenta de los informes preceptivos precedentes.

II
Observaciones al articulado

Artículo 2. Ámbito de aplicación:

La LTAIP recoge en su **art. 2** el ámbito de aplicación, que incluye a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstas en el mismo artículo. El **art. 2** de la Ordenanza, sin embargo, no incluye en su ámbito a las asociaciones creadas por cualquiera de los sujetos del art. 1. La **DA 5ª de la Ley 7/85 de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)** recoge la posibilidad de los entes locales de constituir asociaciones, por lo que entendemos que la Ordenanza no debería dejar de mencionar a estas entidades en su ámbito de aplicación.

La LTAIP incluye en su ámbito a las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones, técnica no demasiado concreta para definirlas, teniendo en cuenta la diversidad de normativa en la materia, estatal y autonómica. Por su parte, el **art. 2** de la Ordenanza incluye a "las fundaciones de iniciativa pública en las que participe mayoritariamente el Ayuntamiento de Madrid (...) ya sea en su dotación fundacional o en sus órganos de gobierno". Sugerimos que ya se acomode dicha definición de fundación de iniciativa pública a la que aporta el **art. 128 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público,** que incluye no sólo a las entidades que se constituyan, inicialmente, con una aportación pública mayoritaria, sino también a las que la reciban con posterioridad a su constitución.

Con la inclusión de las asociaciones y la extensión del concepto de fundación de iniciativa local, no quedaría fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la Ordenanza ninguna entidad que debiera estar incluida.

El **apartado 2** de este mismo artículo indica que "a los efectos de lo dispuesto en esta Ordenanza, se entiende por Administraciones Públicas (AAPP) las entidades mencionadas en el apartado 1 a) y b)". Esta mención - trasladada del art. 2 de la LTAIP-, sólo vuelve a ser utilizada por la propia Ordenanza en su **art. 9**. En el resto de artículos, cuando se quiere mencionar a sólo algunas de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación, se enumeran los apartados correspondientes. Nos parece preferible esta última opción también en el caso del art. 9 (que por tanto haría innecesaria la referencia a las AAPP del art. 2.2) ya que la referencia a las AAPP en una Ordenanza municipal puede crear confusión.

Artículo 3. Otros sujetos obligados:

En este precepto se ha eliminado acertadamente la mención a la obligación de publicidad activa para "las personas físicas y jurídicas distintas que presten servicios públicos de titularidad municipal, o ejerzan potestades administrativas, y los adjudicatarios de contratos del sector público municipal", ya que estas entidades sólo vienen obligadas a suministrar información a la entidad a la que se encuentren vinculadas (art. 4 LTAIP), sin obligaciones en materia de publicidad activa. Por el contrario, las entidades privadas que perciben determinadas ayudas o subvenciones, sólo están obligadas a publicidad activa, sin estar implicadas en el ámbito del derecho a la información. Sin embargo, la rúbrica de este precepto - probablemente coherente con la versión anterior- es la de "otros sujetos obligados en materia de publicidad activa y acceso a la información pública". Sugerimos que, de modo similar a lo que hay la LTAIP, se desdoble en dos artículos diferentes la referencia a estos dos tipos de entidades, para que no surjan dudas sobre las obligaciones –diferentes- que atañen a cada uno de ellos.

La LTAIP recoge, entre los sujetos obligados a publicidad activa, a "las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros (...)". El precepto correlativo de la Ordenanza baja el intervalo a la cifra de 30.000 euros. Ello supone que, al albur de la disposición municipal, asumirían obligaciones de publicidad activa entidades que, según la ley, no están sujetas. Desde nuestro punto de vista, una Ordenanza no puede ampliar el marco subjetivo previsto legalmente. Una cosa es que la Corporación Municipal decida autoobligarse a un régimen más estricto en cuanto al cumplimiento de las obligaciones marcadas por la norma legal, y otra que

atribuya obligaciones a otras entidades, que ni siquiera forman parte del concepto de Administración Pública.

En cualquier caso, de mantenerse la extensión de la obligación de publicidad activa a estas entidades, podría incluírselas entre las entidades a las que, según el **art. 7.6 de la Ordenanza**, es necesario ayudar en su obligación de publicidad, poniendo a su disposición los medios municipales para realizar dicha labor. De esta manera, se estaría neutralizando -al menos en su aplicación práctica- la obligación que se les impone vía Ordenanza municipal.

Artículos 4, 5 y 6. Principios y límites:

El **art. 4** se refiere a los principios básicos en aplicación de la Ordenanza. El apartado a) condiciona la accesibilidad de la información pública a la aplicación de los límites que, en su caso, vengan establecidos en una norma con rango de ley. Se indica que "la interpretación será restrictiva". Entendemos que la aplicabilidad de esos posibles límites debe ser, en cada momento, la que proceda, sin que quepa decir que su interpretación deba ser restrictiva. En todo caso, y si se quiere utilizar terminología propia de los Criterios emitidos por el Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno (CTBG), y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), sería preferible señalar que la "interpretación no será extensiva".

Los **arts. 5 y 6** contienen la referencia a los márgenes que deben tenerse en cuenta en materia de transparencia, derivados de las exigencias de la protección de datos de carácter personal (**art. 5**) y la de otro tipo de intereses recogidos en el art. 14 de la LTAIP (**art. 6**).

Se trata ésta de una materia de suma importancia que representa la difícil conciliación entre ambos ámbitos. El **Criterio interpretativo del CTBG y la AEPD de 24-6-2015 (CI/002/2015)**, describe las fases a tener en cuenta por los órganos implicados, de sumo interés por su carácter práctico. Recuerda dicho Criterio que debe analizarse primero si la información publicada o a la que se quiere acceder contiene datos de carácter personal. Si es así, debe concretarse si son datos especialmente protegidos de conformidad con el art. 7 de la **Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre de Protección de datos (LOPD)**, para proceder en la forma indicada en dicha norma. Si no lo son, y son meramente identificativos en lo

relacionado con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano, con carácter general primará el acceso o la publicación (salvo que, en el caso concreto, prevalezca la protección de datos personales u otros límites). Si son datos de carácter personal no simplemente -o no exclusivamente- identificativos en lo relacionado con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, deberá efectuarse la ponderación que exige el art. 15 LOPD (interés público en la publicación *versus* derecho a la protección de datos). Finalmente, se valorará si procede aplicar los límites del art. 14. Tal aplicación esquemática y secuencial de estos límites debe ser conocida y seguida por los órganos municipales que, a resultas de la Ordenanza, tendrán responsabilidades en materia de transparencia, con la finalidad de no eludir ninguna de las obligaciones derivadas de la misma, pero sin conculcar la normativa en materia de protección de datos.

Según se desprende de los Criterios interpretativos y de la propia LTAIP, ambos tipos de límites (arts. 14 y 15) son de aplicación tanto a los casos de publicación activa como a los de acceso a la información. Sugerimos que en el **art. 5** se indique expresamente que en las solicitudes de acceso es de aplicación el art. 15 LTAIP en su totalidad, pues el apartado 3 sólo habla de la aplicación del art. 15.1 para las solicitudes de acceso.

Sugerimos que cuando el **art.** 5 habla de la aplicación de los criterios establecidos en el art. 15.3 de la LTAIP "o cualquier otro que adopten conjuntamente el CTBG y la AEPD", se sustituya la conjunción disyuntiva "o" por la copulativa "y". Finalmente, consideramos conveniente que el **art. 6** hable de la interpretación "no extensiva" de los límites, frente a la interpretación "restrictiva", al hilo de lo ya comentado sobre el art. 4.

Art. 7. Estándares básicos de publicidad activa:

El **apartado 6** recoge la obligación del AM de "facilitar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa a las entidades sin ánimo de lucro que ...". Sugerimos que la redacción se acomode a lo dispuesto en el art. 5.3 de la LTAIP, que no habla de una ayuda de carácter genérico, sino de la mera puesta a disposición de medios electrónicos de la Administración concedente de la ayuda; ello con el objeto de evitar que este tipo de entidades se amparase en la amplia

mención de la Ordenanza para solicitar ayudas de otro tipo –por ejemplo económicas- a las que, en puridad, el AM no viene obligado.

En el caso de que se siga la sugerencia efectuada en la observación al artículo 3, debería incluirse entre estas entidades con derecho a ayuda, a las comprendidas en el intervalo entre 30.000 y 100.000 euros anuales de ayuda.

Artículos 8 a 15. Información objeto de publicación activa:

A lo largo de los **artículos 8 a 15**, y dentro del **capítulo III**, la Ordenanza relaciona una serie de información que debe ser objeto de publicidad activa, distribuyéndola en información de tipo institucional y organizativa (**art. 8**), de relevancia jurídica (**art. 9**), económica, presupuestaria y estadística (**art. 10**), de gestión de recursos humanos (**art. 11**), atención y participación ciudadana (**art. 12**), medioambiental (**art. 13**), urbanística (**art. 14**), y de movilidad (**art. 15**). La Ordenanza municipal amplía considerablemente los mínimos de publicación exigidos por la norma estatal, tal y como ya anuncia su propia Exposición de Motivos. Todo ello redunda, sin duda, en una mejora de la transparencia de la actividad pública en el ámbito de la ciudad de Madrid. No obstante, esta ampliación, como decíamos en la consideración inicial, debe ser analizada a la luz de los límites aplicables. Sin perjuicio de algunas menciones particulares a preceptos concretos, vamos a realizar primero una consideración general para su valoración, en su caso, por el órgano promotor.

El principal límite es, como ya hemos indicado repetidamente, la normativa sobre protección de datos de carácter personal. La idoneidad y legalidad de la Ordenanza en cuanto a la materia ampliada dependerá, en parte, de la no conculcación de dicha normativa. Deben sentarse una serie de premisas básicas:

En primer lugar, debemos partir de la base de que **no basta la mera presencia de un dato personal para que entre en juego el derecho fundamental a la protección de datos personales.** Lo que marca la diferencia es que haya **tratamiento de datos personales**. A ése ámbito, y no a otro, se dedica la LOPD, que en su art. 1 señala: "la presente Ley orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e

intimidad personal y familiar". Por tanto, debe tenerse en cuenta que para que entre en juego el derecho fundamental a la protección de datos personales es necesario que los datos de carácter personal se hallen registrados en un soporte físico que los haga susceptible de tratamiento (art. 2.1 LOPD). La propia norma define el concepto de "tratamiento de datos personales" en su art. 3.1.c) como "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias".

Sentado esto, hay que señalar que la publicación de información que contenga datos personales a través de boletines oficiales o de sitios webs en internet **es considerada "tratamiento de datos personales"**.[1] La Ordenanza que se nos propone indica en su **art. 7.2**, como estándar básico de la publicidad activa, que toda la información "estará disponible preferentemente en el Portal de Gobierno Abierto del Ayuntamiento o en las sedes electrónicas, portales o páginas web de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ordenanza". Por tanto, y conforme a las conclusiones expuestas, toda la materia objeto de publicidad activa que recoge la Ordenanza, cuando implique datos personales, va a suponer su tratamiento, en el sentido de la LOPD.

Sentadas estas premisas, debemos acudir al **art. 6 de la LOPD** que indica lo siguiente: "el tratamiento de los datos de carácter personales requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la **ley** disponga otra cosa". En opinión de esta Asesoría, dicho precepto debe marcar los límites de la Ordenanza en el siguiente sentido:

En las materias que, según la LTAIP deben publicarse, aun cuando contuvieran datos de carácter personal, se produce la salvedad que prevé el citado art. 6 –la previsión por ley- de manera que su publicación y tratamiento es válida aunque no concurra el consentimiento del afectado, y con aplicación del resto de condiciones de la Ordenanza. La duda surge cuando se trata de la publicación activa de materias no previstas en la LTAIP, ni en ninguna otra norma con rango de ley.

[1] La sentencia de la Audiencia Nacional de 17-3-2007 señala que "un sitio web exige siempre, cualquiera que sea su finalidad, una organización o estructura que permita el acceso a la información en él contenida por terceros. Cumpliría así la primera de las exigencias de un fichero, la estructural u organizativa".

Decíamos al inicio que, en el caso del Ayuntamiento de Madrid, contamos con la limitación añadida de la no existencia de una ley autonómica que haya regulado esta materia, y que pudiera suponer –como ya ha ocurrido en otras CCAA- la ampliación de dichos límites vía legal. Así, el **informe del CTBG de 27-10-2015,** en respuesta a la consulta del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia de incluir entre las obligaciones de publicidad activa determinada información no exigida por la Ley estatal, **admite tal posibilidad sobre la base de que viene exigida expresamente por una Ley regional** (la Ley 12/2014 de Murcia). Considera el Criterio interpretativo que "la Región de Murcia ha sometido a publicidad activa en materia de recursos humanos no sólo los contenidos informativos "básicos" o mínimos de la LTAIBG, sino también otros contenidos adicionales de publicación por encima de los estándares mínimos fijados legalmente", y se considera factible porque "constituye el cumplimiento estricto de una decisión de las autoridades de la misma consagrada a nivel legislativo".

Además, entendemos que la publicación activa es más exigente, en cuanto a la aplicación de límites, que el derecho de acceso a la información, habida cuenta del tratamiento de datos que implica el primer supuesto. Así, el CTBG y la AEPD, en respuesta a la **solicitud 1/2015 de la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración**, valoran la posibilidad de acceder a determinada información (en materia de retribuciones de personal identificado nominalmente) y sientan criterios de ponderación que son aplicables a los supuestos de acceso a la información pública mediante solicitud, pero "no son directamente extrapolables al supuesto de publicidad activa de la información, dado que en ese caso, podrían diferir de los que se han mencionado en este dictamen, habida cuenta de la generalización que se produciría en el acceso a datos". En definitiva, y como conclusión a esta consideración general sobre los artículos analizados, entendemos que en los supuestos de publicación activa -y en tanto en cuanto no se tenga la posible cobertura que otorgaría una ley autonómica que amplíe los límites de la LTAIP- se debe ser especialmente cauteloso cuando dicha publicación contenga datos personales, optándose por la publicación disociada, salvo que se cuente con el consentimiento de los afectados.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los artículos que regulan la materia objeto de publicidad activa extienden dichas obligaciones a los sujetos comprendidos en el art. 2.1, por lo que quedan también obligados

fundaciones, sociedades mercantiles y consorcios. La LTAIP también extiende a estas entidades obligaciones de publicidad activa, pero como la Ordenanza recoge más materias, se estarían ampliando obligaciones de publicidad para determinadas entidades sin que lo haya previsto la ley. En el caso de las sociedades mercantiles sería conveniente hacer una previsión similar a la que hace para estas sociedades la **DA 7ª**, que las exceptúa de las obligaciones en materia de reutilización de la información, si la información puede afectar a sus intereses comerciales y económicos.

Respecto a la mención que hace el **art. 10**, que extiende la obligación, no ya a los sujetos del art. 2.1, sino a todos los incluidos en el ámbito de aplicación de la Ordenanza, recordamos que dichas obligaciones de publicidad activa no podrían alcanzar a las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, que según la LTAIP sólo están obligadas a suministrar información a la Administración a la que se encuentren vinculadas. Aunque esta cuestión ya se ha aclarado en la nueva versión del art. 3, sugerimos que se aclare también en este artículo.

En cuanto a la información de **relevancia jurídica (art. 9),** si se sigue la sugerencia que efectuamos sobre el art. 2.2, la referencia a las AAPP deberá sustituirse por la de "sujetos del art. 2.1 apartados a) y b)".

Indica este artículo 9 que "deberá publicarse, al menos, la siguiente información", citándose entre otras "las circulares, directrices e instrucciones de la Intervención General y de la Asesoría Jurídica". Según la dicción literal, parece desprenderse que se tendrá que publicar dicha información en todo caso. Y debe tenerse en cuenta que muchas directrices de los órganos citados se corresponden usualmente con ordenes de servicio relativas a la organización interna del personal, períodos vacacionales, distribución de despachos, etc., cuya publicación no es necesaria ni procedente. Sugerimos que se indique que deberá publicarse dicha información "en los términos anteriormente señalados", es decir, recogiendo el matiz que introduce el apartado 1 de dicho precepto, que siguiendo el art. 7.a) de la LTAIP, exige su publicación "en la medida en que supongan una interpretación del derecho o tengan efectos jurídicos".

En cuanto a la publicación de cualquier información que afecte a la materia de **contratación pública** (como el **art. 9.2º j) 4)** que exige la publicación de informes de la Asesoría Jurídica en materia de pliegos de cláusulas administrativas particulares, o el **art. 10.1.a)** que exige la publicación de las actas de las mesas de contratación), debemos recordar que se trata de una materia que conlleva una serie de especificidades, algunas de ellas relacionadas con el secreto de determinada información de los licitadores o del procedimiento hasta que se desarrollen determinadas fases. Si bien es cierto que por la vía de aplicación del art. 14 de la LTAIP y de los ats. 5 y 6 de la Ordenanza, podrían entenderse cubiertos dichos límites, consideramos que la especificidad de la materia exige una mención *ad hoc*, mencionando que en materia de contratación serán aplicables, además de los límites generales, los recogidos en la legislación básica de contratación pública.

Respecto a la publicación de las resoluciones judiciales firmes que afecten a los sujetos comprendidos en el art. 2.1, debe tenerse en cuenta que dichas resoluciones implicarán en la mayoría de los casos datos de carácter personal. En este punto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 232 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dado que además, la publicación en la página web y en el Portal de Gobierno Abierto implicaría tratamiento de datos, entendemos que deberán publicarse en todo caso disociados (o en su caso, previo consentimiento del afectado). Sugerimos que esta limitación, más clara y tajante, sustituya a la más genérica que hace la Ordenanza sobre "límites que imponga la protección de los datos de carácter personal".

Artículo 19. Acceso a la información pública:

El **apartado 2º** de este artículo no deja suficientemente claro, en nuestra opinión, a quién debe pedirse la información en el caso de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. A esta misma cuestión se refiere el **art. 22.4º**, que tampoco lo aclara. Al comenzar el apartado diciendo "en los supuestos en que la información solicitada deba requerirse a personas físicas o jurídicas...", puede entenderse que debe solicitarse a éstas. Sin embargo, el art. 17.1 de la LTAIP indica que en estos casos, "la solicitud se dirigirá a la Administración organismo o entidad (...) a la que se encuentren vinculadas". Sugerimos que este apartado aclare este extremo en esos términos.

Artículos 32 a 37. Registro de *lobbies:*

Estos preceptos contemplan la creación de un Registro de *lobbies* en el Ayuntamiento de Madrid, siendo ésta probablemente la materia más pionera en el contenido de la Ordenanza que se nos propone.

El **art. 9.2 CE** señala que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas (...) y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (...)". Aunque no hay una referencia expresa, el precepto permite la creación de grupos que faciliten la participación de los interesados en la toma de decisiones y en la regulación pública.

En el ámbito local, el **art. 28** del **RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF)** señala que "los grupos políticos podrán hacer uso de locales de la Corporación para celebrar reuniones o sesiones de trabajo con asociaciones para la defensa de los intereses colectivos, generales o sectoriales de la población".

Pero en puridad, y fuera de unas pocas menciones, en nuestro ordenamiento es prácticamente inexistente la regulación de los *lobbies*. No hay en España un registro de estas entidades, ni obligación de informar de sus actividades por quien realizan lobby ni por los poderes públicos a los que acceden; no hay tampoco órganos de monitoreo y control de la actividad. Por su parte -y pese a la solicitud de la mayor parte de los grupos parlamentarios- la LTAIP se aprobó sin mencionarlos, siendo éste, en opinión de muchos, uno de los aspectos más decepcionantes de dicha norma. Esa falta de regulación, junto con las malas prácticas, han hecho que la imagen del *lobbie* en España sea negativa.

Por ello, es loable su introducción en la Ordenanza madrileña; no obstante, esa falta de "guía legislativa" a la que aludimos, hace que su tratamiento sea delicado. La regulación que hace la Ordenanza podría mejorar en algunos aspectos:

En primer lugar, debe definirse con total claridad lo que, a efectos de la Ordenanza se considera *lobbie*. El **art. 32** menciona a las "personas físicas y jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que actúan con el objetivo de hacer

valer sus intereses en la elaboración de la normativa municipal...". A la vista del **art. 34**, que no la vuelve a mencionar, surge la duda de si se incluye a la persona física. Siguiendo la doctrina más autorizada en la materia, es preferible acotar la definición que hacer una interpretación expansiva. Se propugna especialmente que se incluya sólo a los sujetos que realizan tal actividad de forma profesional. Así, quedaría excluida la actividad individual de influencia que pueda realizar una persona en su propio interés o por sus propias convicciones, que tal y como indica el "Estudio sobre los Lobbies (España y Europa)", de la Transparency International España, "se considera parte de la actividad normal de un ciudadano implicado en una democracia sana, y no algo que no debería ser regulado, limitado o controlado". Por tanto, partiendo de la definición que aporta la propia Ordenanza, podría añadirse ese matiz, que la circunscriba a casos en que dicha actividad se realiza por, o en nombre **de un grupo organizado** de carácter privado o no gubernamental.

En cuanto a las obligaciones de los *lobbies*, recogidas en el **art. 35,** debe intentar no confundirse el ámbito administrativo de regulación de estos grupos, con menciones que inciden en ámbitos ajenos, como el penal. Efectivamente; la validez jurídica de un *lobbie* parte de la base de que se realiza por profesionales que buscan influenciar a favor de sus objetivos, pero no prevaliéndose de su jerarquía sobre el funcionario o autoridad o de sus relaciones personales, porque en ese caso, estaríamos hablando del "tráfico de influencias". Y éste está contemplado como delito en el Código Penal (arts. 428 a 430).[2] Por tanto, no deberían incluirse como obligaciones en este art. 35 menciones que, en el ámbito de los *lobbies*, deben darse por hecho, como la de "no obtener la información de forma deshonesta, o incitar a los representantes legales a incumplir lo dispuesto en esta Ordenanza", y que si se dieran, entrarían en ámbitos ajenos al administrativo. Este mismo art. 35 hace una remisión a la **Disposición Final 4ª**, mención que entendemos debería hacerse a la **Disposición Final 5ª.**

Sería preferible eliminar la expresión del **art. 36**, que afirma que la inscripción en el Registro de los lobbies (...) "otorgará derecho" a los representantes de los lobbies para que puedan mantener reuniones y encuentros con los responsables locales, si tenemos en cuenta los artículos 9.2 CE y 28 ROF que hemos transcrito al principio; no es el Registro de lobbies el que otorga ese derecho. Similares

[2] Como indica el estudio de la Transparency International España: "el lobby presupone un cierto equilibrio en el campo de juego, y el tráfico de influencias todo lo contrario, consiste en un abuso de posición del que se sacan beneficios".

consideraciones pueden aplicarse a la mención del **art. 37,** que indica que "en el supuesto de que no pueda acreditarse la inscripción previa no podrá celebrarse la reunión o encuentro", especialmente tratándose de cargos electos, que según el art. 73.2 de la LRBRL, una vez que toman posesión de su cargo, "gozan de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la ley del Estado o de las CCAA".

Por último, teniendo en cuenta la ausencia de normativa a la que aludíamos al inicio de este apartado, y dado el carácter innovador de la Ordenanza, se echa en falta que en la Memoria Justificativa de la misma, incluso en su Exposición de Motivos, se introduzca una alusión más profunda a esta materia, aclarándose algunas cuestiones como el ámbito competencial que permite al AM abordar la regulación de este Registro; si dicho Registro va a tener la conceptuación de fichero a los efectos del artículo 3.b) de la LOPD; o en qué medida incide dicha normativa en toda esta materia.

Artículos 38 a 44. Régimen sancionador:

Para conocer las posibilidades y límites de una Ordenanza que aborda la regulación de un régimen sancionador, debe analizarse la legislación sectorial, estatal o autonómica, que le sirva de marco; en este caso, básicamente, la LTAIP. Esta norma legal toca, fundamentalmente, dos grandes ámbitos: el de la **transparencia**, en su doble vertiente activa (información pública) y pasiva (derecho de acceso a la información) -que a su vez implica el derecho a la reutilización de la información por los ciudadanos- y el de los **principios de Buen Gobierno**, que según el Preámbulo de la propia Ley, supone "otorgar rango de Ley a los principios éticos y de actuaciones que deben regular la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados...". Respecto al régimen sancionador de estos dos grandes ámbitos, esta norma legal hace lo siguiente:

En cuanto a la **transparencia**, y con respecto a las obligaciones que derivan para los distintos sujetos con responsabilidad en la materia, la LTAIP se limita a incluir dos preceptos. El **art. 9.3** (para publicidad activa), que indica: "el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora", y el **art. 20.6** que indica: "el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver

en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora". Como vemos, no incluye un régimen sancionador como tal, sino que se limita a remitir al régimen disciplinario correspondiente, calificando la posible infracción, tanto en materia de transparencia activa como pasiva, como grave.

En lo que respecta a los principios y obligaciones relativos al **Buen Gobierno**, la LTAIP sí establece una serie de infracciones y sanciones para los responsables correspondientes, que según la Exposición de Motivos, "clarifican y refuerzan el régimen sancionador que les resulta de aplicación".

¿Qué hace la Ordenanza? Establece un régimen sancionador en dos planos: el de la reutilización de la información, y fundamentalmente (es el que más infracciones implica y en el que las sanciones son más importantes), el del incumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia por los órganos responsables. Y todo ello se enmarca, según su Memoria Justificativa, su Exposición de Motivos y su art. 38.2, en el Título XI de la LRBRL, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en el Título II de la LTAIP.

Dice el **art. 139 de la LRBRL** (del citado Título XI de la LRBRL): "para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios (...) y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e impones sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas". Este precepto puede ser aludido para la regulación de un régimen sancionador **respecto a la reutilización de la información por personas y entidades,** previéndose las correspondientes infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento de las condiciones en que debe ejercerse. Aquí sí nos movemos en el ámbito al que se refiere el art. 139 LRBRL, y podría entenderse que no hay normativa sectorial específica, ya que la Ley 37/2007 de Reutilización, contempla en su art. 11 el régimen sancionador en el ámbito de la Administración General del Estado.

No consideramos sin embargo que el segundo ámbito -**régimen disciplinario de miembros al servicio de la corporación local**- tenga encaje en este art. 139, y así lo apunta ya el Informe sobre la Ordenanza elaborado por la Dirección General de

Organización, Régimen Jurídico y Formación (DGORJ), incorporado al expediente, cuando estima necesario "que la memoria explique la relación que tiene el régimen sancionador contemplado en la ordenanza con la habilitación legal contenida en este artículo".

Sobre este otro ámbito debemos hacer dos consideraciones de calado. En primer lugar, y dado que sí hay normativa legal en la materia, es necesario que cada una de las infracciones que quiera recoger la Ordenanza tenga cobertura y apoyo –que encuentre correspondencia- en esa normativa legal. Así, el tipo infractor, los responsables, las sanciones correspondientes, y régimen de prescripción serán, precisamente, los que haya previsto la ley que en cada caso corresponda[3]. La extralimitación de la Ordenanza al diseñar un régimen sancionador propio existiendo normativa legal en la materia, es todavía más patente en el caso de algunas de las entidades a las que se extiende, como las sociedades mercantiles o las fundaciones. Éstas se regirán en este punto por su propia normativa laboral y convenios colectivos, sin que exista habilitación por parte de la Administración municipal para diseñar un régimen disciplinario o sancionador dirigido a sus responsables.

Por otro lado, en nuestra opinión, no es una Ordenanza municipal -que por esencia es una norma "ad extra"- el instrumento más idóneo para recoger, en su caso, un régimen disciplinario del personal al servicio de la Corporación municipal, sino que sería más adecuado articular todo esto a través de un Reglamento Orgánico municipal –norma "ad intra"-. En cualquier caso, y aunque ese instrumento sería a nuestro modo de ver más adecuado si se quiere recoger el catálogo de infracciones y sanciones en materia de transparencia, la necesidad de cobertura legal operaría de la misma forma.

Desde nuestro punto de vista, el régimen sancionador en materia de transparencia está bien resuelto en la "**Ordenanza tipo de Transparencia, Acceso a la información y Reutilización**" elaborada por la Federación Española de Municipios y Provincias, documento que, sin ser en modo alguno vinculante, sí puede servir de guía en este punto. Así, los artículos 42 a 45 de la Ordenanza tipo se limitan a recoger un régimen sancionador circunscrito a los supuestos de

[3] Entre otras, la Ley 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General y el Reglamento Orgánico de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales; el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público; el Estatuto de los Trabajadores, y la propia LTAIP, que como ya hemos dicho, opta por remitirse a esa normativa disciplinaria ya establecida, indicando que la posible infracción en esta materia tendrá la calificación de grave.

reutilización por personas o entidades de la información publicada. Y en cuanto a las obligaciones en el ámbito de la transparencia del personal al servicio de la entidad local, no establece régimen sancionador alguno, sino que se limita a remitirse a la correspondiente "normativa de carácter disciplinario" y a los artículos correspondientes de la LTAIP (que a su vez, como ya hemos visto, se remiten a dicha normativa).

Si pese a las consideraciones realizadas la Ordenanza madrileña quiere recoger en su articulado este régimen, deberá encontrar y justificar, para cada una de las infracciones y sanciones que prevé, la necesaria cobertura legal, quedando además vinculada por la calificación, como infracción grave, que realiza la LTAIP.

Disposiciones Adicionales y Finales:

Sería preferible trasladar el contenido de algunas de las Disposiciones Adicionales al propio articulado, como el caso de la **DA 8ª**, que extiende la publicidad de las agendas "a todos los concejales".

La **DA 9ª** extiende el régimen de regalos existente para determinado personal en el ámbito de la Corporación municipal, a "todo el personal al servicio de las sociedades mercantiles" comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ordenanza. Dada la relación laboral del personal al servicio de estas entidades, su normativa específica y estatutaria, entendemos que la aplicabilidad de dicha previsión exigiría la asunción de la misma por el ámbito afectado.

La **DF 6ª** faculta al titular del Área de Gobierno competente en materia de transparencia, entre otras, para que "dicte las resoluciones complementarias necesarias para el desarrollo y cumplimiento de la misma". Sería conveniente no hablar de "desarrollo" de la Ordenanza, sino en todo caso de interpretación, porque tal mención sugiere régimen normativo, que como tal no corresponde al titular del Área. Y en línea con lo apuntado en el informe de la DGORJ, consideramos preferible que no sea la Ordenanza la que faculte o atribuya competencias a otros órganos.

En definitiva, se emite **informe favorable** a la tramitación de la Ordenanza que se nos propone, si bien recomendamos básicamente, y como conclusión a las observaciones expuestas, tres cuestiones:

- la especial cautela respecto a la publicación de material que contenga datos personales y cuya publicación no venga exigida por la LTAIP, casos para los que recomendamos la publicación disociada si no media consentimiento del afectado, y en tanto en cuanto una posible regulación autonómica amplíe el ámbito de publicación activa. Todo ello sin perjuicio de lo que pueda informar al respecto la AGED
- en materia de Registro de lobbies, las consideraciones efectuadas sobre los artículos 32 a 37
- el replanteamiento del régimen sancionador que se dirige al personal con obligaciones en materia de transparencia, recordando la total vinculación a la ley, pudiéndose optar por la opción más sencilla de hacer una remisión al régimen disciplinario recogido en la normativa correspondiente, o si se quiere incluir en la Ordenanza, encontrando cobertura legal para cada una de las infracciones y sanciones que se prevén

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, y el artículo 57.1.a) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

Madrid, 14 de marzo de 2016

La Letrada

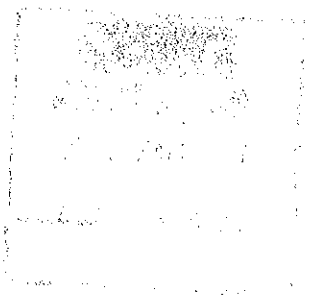
[redacted]

Fdo.: [redacted]

ASESORÍA JURÍDICA
SERVICIO CONSULTIVO
16 MAR. 2016
SALIDA

CONFORME

El Director General de la Asesoría Jurídica

[redacted]

Fdo.: Angel Luis Ortiz Gonzalez