204-2016-1079 MO

Desde el **ÁREA DE GOBIERNO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, TRANSPARENCIA Y GOBIERNO ABIERTO**, se solicita informe a esta Asesoría Jurídica en relación a **DETERMINADAS ENMIENDAS AL TEXTO DE LA ORDENANZA DE TRANSPARENCIA DE LA CIUDAD DE MADRID, APROBADAS EN LA COMISIÓN DEL ÁREA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, TRANSPARENCIA Y GOBIERNO ABIERTO, EN SU SESIÓN DEL PASADO 24 DE JUNIO.**

I
Consideración previa

En fecha 14 de marzo de 2016, esta Asesoría Jurídica emitió informe sobre el Proyecto inicial de Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid (**nª referencia 204-2016-00269**), al corresponderle a esta Asesoría Jurídica el informe preceptivo de los proyectos de Ordenanza, con carácter previo a su aprobación inicial por la Junta de Gobierno (art. 57.1.b) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid).

La Comisión Permanente Ordinaria del Pleno ha introducido una serie de enmiendas al texto, que será sometido a continuación a aprobación por el Pleno de la Corporación, tal y como dispone el **art. 11.1.d) de la Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid.**

Esta Asesoría Jurídica entiende que no es materia de su competencia la emisión de informes sobre enmiendas a Ordenanzas aprobadas en el seno de una Comisión plenaria. La valoración de las mismas corresponde, en todo caso, al **órgano promotor de la Ordenanza**, y la decisión sobre su

inclusión definitiva en el texto final le corresponde al Pleno. Realizar en este punto de la tramitación un informe sobre las enmiendas planteadas, se traduce en una forma de asesorar al Pleno de la Corporación, asesoramiento que no se incluye entre las funciones de esta Asesoría Jurídica.

No obstante, sin perjuicio de que estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta de cara a futuras peticiones de informe, a la vista de la premura en el sometimiento del Proyecto al Pleno, se realizan algunas observaciones a las enmiendas planteadas, recordándose que en ningún caso éstas tienen carácter vinculante.

II
Enmiendas al Proyecto de Ordenanza de Transparencia.

La consulta se plantea en relación a las siguientes enmiendas:

1. **En el art. 10.1, añadir un apartado c):**

Esta enmienda supone la introducción de este párrafo en dicho precepto: **"del mismo modo se hará pública la información relativa a la justificación de cada subvención, incidiendo en los gastos de personal derivados, así como la presentación de facturas relacionadas, presentado de manera desasociada los datos de carácter personal que pudieran contener. Además se deberán hacer públicas las entidades que han tenido que hacer reintegros de subvenciones y su motivo".**

La **Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIP)**, indica que los sujetos obligados deben publicar, entre otras, "las subvenciones y ayudas públicas concedidas, con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios".

Por su parte, la **Ley 38/2003 General de Subvenciones** prevé como sistema nacional de publicidad de subvenciones, la Base de Datos nacional de Subvenciones (**art. 18**), señalándose el contenido que las entidades concedentes deben remitir a dicha Base de Datos.

Las cuestiones objeto de publicidad a que se refiere la enmienda no se encuentran incluidas en las normas citadas, suponiendo por tanto una ampliación de las obligaciones de publicidad activa para la Corporación municipal.

En el informe sobre el borrador de Ordenanza antes referenciada, esta Asesoría Jurídica reconocía que los preceptos destinados a publicidad activa en el borrador, suponían una importante superación de los mínimos exigidos por la normativa estatal, en un loable intento de mejorar la transparencia de la actividad pública en el ámbito de la ciudad de Madrid. Se ponía de manifiesto, sin embargo, que la superación de los límites contaba con dos condicionantes importantes: (i) la posible confrontación con la normativa sobre protección de datos personales, y (ii) las limitaciones propias del instrumento normativo en manos del ente local –la Ordenanza-.

El art. 6 **de la LOPD** indica que "el tratamiento de los datos de carácter personales requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la **ley** disponga otra cosa", precepto que, como ya expusimos en dicho informe, debe marcar los límites de la Ordenanza. Así, 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. Por el contrario, entendemos que la publicación de contenido no previsto en ninguna ley, siempre y cuando implique datos personales, debe realizarse con disociación de datos, salvo que se obtenga el consentimiento del afectado.

Y dicha disociación no procede solo –como parece restringir la versión del párrafo que se añade- con respecto a las facturas, sino también con

respecto a la publicación de los gastos. Y ello debería quedar claro en el precepto.

Respecto a la "publicación de entidades que han tenido que hacer reintegro de subvenciones", debe tenerse en cuenta la **Resolución de la reclamación 167/2015 del Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno**, a la que se refiere el propio órgano de consulta. En dicha Resolución se considera que la información solicitada "no violenta el art. 20 de la Ley General de Subvenciones, puesto que no se pide información sobre los contenidos de las resoluciones que resuelven las subvenciones y ayudas, sino simplemente datos numéricos o estadísticos (...)". Por tanto, entendemos que, siguiendo esta Resolución, y de cara a no conculcar la normativa sobre protección de datos, sería preferible en todo caso publicar dicha información en términos estadísticos, dado que parece desprenderse que entrar en otros ámbitos sí podría conculcar la materia de protección de datos. No obstante, sería aconsejable elevar consulta a dicho organismo, para que se pronuncie sobre este caso concreto, dado que no queda definitivamente clara la posibilidad o no de publicación en este caso.

2. Enmienda sobre "Información relativa a la actividad inspectora":

Esta enmienda supone la introducción del siguiente artículo: **"el Ayuntamiento de Madrid y, en su caso, los sujetos comprendidos en el art. 2.1 que corresponda, publicarán como mínimo con periodicidad trimestral, indicando el emplazamiento y un extracto de su contenido, previa disociación de los datos personales en el caso de que no sea procedente su publicación, la información relativa a las inspecciones realizadas por la policía municipal y por otros cuerpos de funcionarios y servicios municipales, con funciones inspectoras sobre las materias de su competencia".**

En el artículo introducido no queda suficientemente concretado el contenido objeto de publicación. Se indica que se publicará "la información relativa a las inspecciones realizadas", pero el término "información" es

muy amplio y desconocemos qué material en particular debe ser objeto de publicación; se puede tratar desde memorias, estadísticas, o muestreo de inspecciones, hasta contenidos más concretos. Así que, en primer lugar, procedería concretar de manera indubitada en qué consiste la información que se pretende publicar.

El órgano de consulta presupone que se trata de la publicación de las "actas de inspección". En este caso debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que se trata de una materia cuya publicación activa no se incluye entre los supuestos que recoge la LTAIP, siendo por tanto extrapolables todos los argumentos esgrimidos en el análisis de la anterior enmienda, de manera que, en todo caso, la publicación deberá hacerse con disociación de datos o con previo consentimiento del afectado.

Debe tenerse en cuenta no obstante, para el caso de que se trate de personas jurídicas, que éstas no quedan incluidas en la protección que otorga la LOPD. Así, el **informe de la Agencia Española de Protección de Datos 248/2010** indica que "esta Agencia ha venido considerando que de dichos preceptos se deduce claramente que la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías en ella establecidas". Pero como añade el propio informe, ello "sin perjuicio de que los Tribunales puedan atender las reclamaciones de responsabilidad que pudieran exigirse en el caso de que el uso de información relativa a las empresas les cause algún perjuicio."

El **art. 53.2.b)** de la **Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas** (que entrará en vigor el próximo mes de octubre), reconoce como derecho del administrado "a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario". Así, la publicación de actas de inspección en los que se viera implicada una persona jurídica, podría dar lugar a la exigencia a la Administración de responsabilidad patrimonial, sobre la posible base de ver desvirtuado ese derecho, sobre todo en la publicación de actas de inspección que arrojen una información

negativa, antes de que haya sido definitivamente fijada tras el correspondiente procedimiento sancionador.

En conclusión, con respecto a la enmienda analizada, entendemos que (i) debería concretarse la información que debe ser objeto de publicación en este ámbito, (ii) de publicarse actas de inspección relativas a personas físicas, deberían publicarse en todo caso con datos disociados o previo consentimiento del afectado, y (iii), en el caso de que se trate de personas jurídicas, recomendamos la misma precaución de disociación de datos, para evitar, en su caso, futuras reclamaciones a la Administración.

3. Enmienda sobre información urbanística:

Como consecuencia de dicha enmienda, sería objeto de publicación “”**el estado de tramitación por fases de cada licencia, el estado de tramitación de cada acta de comprobación de la declaración responsable, el grado de tramitación de las denuncias de la policía municipal en materia urbanísticas y de espectáculos públicos”.**

Tampoco queda claro, en nuestra opinión, el alcance de la información que se pretende que sea objeto de publicación activa. No se sabe si se trata de una actualización periódica, si debe actualizarse cada vez que haya un cambio en la tramitación, o si se debe actualizar conforme al período genérico de tres meses que establece la ordenanza. Entendemos que la información de una materia “por fases”, o “grado de tramitación de denuncias” no encaja adecuadamente en la idea o concepto de “publicación activa”, pues la mecánica de publicación sería complicada, y además, no se describe en el precepto. Entendemos que esta materia tendría en todo caso mejor encaje en el ámbito de “acceso a la información”, en el sentido de dar opción a conocer, en su caso, el estado de tramitación de una actuación de este tipo en un momento determinado, acceso que en cada caso deberá seguir las previsiones, requisitos y límites que sean de aplicación.

Sobre este particular debe señalarse que el artículo 62 del Real Decreto 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, regula la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Por ello sería más adecuado abordar esta cuestión como un supuestos de "acceso a la información" y no como un caso de "publicación activa". Por último señalar respecto de esta enmienda, que el artículo 14 letra f del Proyecto de Ordenanza, puede resultar suficiente desde la perspectiva del interés público para conocer las licencias urbanísticas otorgadas, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas dentro de las actuaciones urbanísticas municipales.

4. Enmienda en el art. 10.1

Por esta enmienda se añade a dicho precepto "**así como cualquier acto administrativo de tramitación terminado será accesible, aunque el procedimiento completo no haya concluido**".

El **art. 10** se inserta, dentro de la Ordenanza, en el capítulo dedicado a "publicidad activa", por lo que no entendemos procedente que se incluya en el mismo dicha mención: "cualquier acto administrativo de tramitación será accesible". Hablar de accesibilidad implica hablar de derecho de acceso a la información, lo que por tanto procedería incluir en el Capítulo IV de la Ordenanza, y no en el III.

En cualquier caso, el añadido se hace con una excesiva generalidad, que habla del acceso a la información de "cualquier acto de tramitación". La previsión de forma tan genérica y global, de acceso a "cualquier acto de tramitación", nos impide analizar si se están cumpliendo los límites legales. Debería, además de encajarse en el apartado correspondiente, aclarar qué se pretende exactamente, y qué alcance tiene, esta previsión.

5. Enmienda que incorpora un nuevo artículo 47.bis.

Con esta enmienda se introduce un precepto que indica: **"Otros efectos. Subvenciones y otros servicios públicos. Los incumplimientos conllevarán como consecuencia el reintegro total o parcial de la subvención o ayuda concedida o, en su caso, la imposición de penalidades que, de ser reiteradas, podrán suponer la resolución del contrato, todo ello de acuerdo con lo que se establezca en la documentación contractual. Además supondrá la pérdida de la declaración de utilidad pública y se prohibirá la adjudicación de nuevas subvenciones".**

La primera parte del precepto se refiere a la obligación de reintegro de la subvención o la imposición de penalidades, para el caso de incumplimiento de obligaciones en materia de transparencia. En puridad, si las bases reguladoras de la subvención de que se trate, o el Pliego contractual en cuestión, han previsto consecuencias para el supuesto de contravención de obligaciones de transparencia, éstas serán de aplicación, con independencia de que lo indique la Ordenanza. Y por el contrario, no podrán ser aplicables si no se han previsto. Por tanto, esta parte del precepto es prescindible.

El último inciso, sin embargo, supone una clara extralimitación de los márgenes de una Ordenanza municipal, al prever consecuencias como "la pérdida de declaración de utilidad pública" o "la prohibición de adjudicación de nuevas subvenciones" (en este último caso, no sabemos además qué alcance se pretende, si se trata de la imposibilidad de recibir nuevas subvenciones por el Ayuntamiento de Madrid, o incluso, con carácter general). Existiendo legislación sectorial al respecto, no puede introducirse vía Ordenanza este tipo de previsiones, que superen la mecánica y capacidad que el art. 139 de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases de Régimen Local otorgan a las entidades locales en este ámbito.

Segundo grupo de enmiendas.

El órgano gestor "traslada su inquietud" por un segundo grupo de enmiendas, cuyo texto no incorpora, y que por tanto, no analizamos. No obstante, a la vista de las argumentaciones que el propio órgano aporta en su consulta, entendemos que se refieren a la **introducción de exigencias de publicidad activa a otras entidades.**

A este respecto, debe recordarse que la LTAIP deja claro su ámbito subjetivo de aplicación, y las concretas obligaciones de publicidad activa y/o acceso a la información de otras entidades distintas a las Administraciones Públicas. En este punto, nos ratificamos en el informe anteriormente emitido por esta Asesoría Jurídica, **sobre la imposibilidad jurídica de que la Ordenanza prevea obligaciones en materia de transparencia para otras entidades ajenas a la propia Corporación, que no hayan sido previstas por la Ley.**

Finalmente, como **valoración de carácter global**, observamos que la mayor parte de las Enmiendas que se nos han trasladado van dirigidas a atribuir a la Corporación municipal mayores obligaciones en materia de publicidad activa. Debe tenerse en cuenta que los estándares mínimos de publicidad a los que ya viene obligada la Corporación por la aplicación de la LTAIP son muy amplios, y obligan a importantes esfuerzos de personal y estructurales. Y esos márgenes ya habían sido ampliados por la versión inicial de la Ordenanza, introduciéndose ahora mayores obligaciones. Entendemos que deben valorarse las consecuencias que conlleva la aplicación práctica de la Ordenanza, siendo aconsejable ponderar, de un lado, la capacidad material de la Corporación de publicar toda la materia prevista, y en los plazos en los que se obliga, y de otro, el interés en la publicación de dichas materias, y su aportación real -en cada caso- a la deseable transparencia en la actividad y utilización de los recursos por parte de los poderes públicos municipales.

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.b) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

Madrid, 11 de julio de 2016.

El Director General
de la
Asesoría Jurídica.

[redacted]

Fdo.: Ángel Luis Ortiz González

MADRID
ASESORÍA JURÍDICA
ARCHIVO
18 JUL. 2016

ÁREA DE GOBIERNO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, TRASPARENCIA Y GOBIERNO ABIERTO