



RESOLUCIÓN 112/2017, de 7 de agosto, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación interpuesta por XXX contra APEMSA (Aguas del Puerto Empresa Municipal, S.A.), por denegación de información (Reclamación núm. 036/2017).

ANTECEDENTES

Primero. El ahora reclamante presentó el 31 de enero de 2017 solicitud de información ante APEMSA (Aguas del Puerto Empresa Municipal, S.A.) del siguiente tenor literal:

“Solicito copia de la grabación o grabaciones de audio y/o video que se realizaron durante el último Consejo de Administración de APEMSA de este mes de enero.

Elijo notificación electrónica.”

Segundo. El 9 de febrero de 2017, el Director Gerente de Aguas del Puerto EMSA envía escrito al solicitante con el siguiente contenido:



“Recibido su escrito de fecha 31 de enero de 2017, donde se solicita copia de la grabación de audio y/o video de la reunión del Consejo de Administración del 31 de octubre de 2016 [sic], lamento informarle que no es posible, toda vez que es de aplicación el *Artículo 228 Obligaciones básicas del deber de lealtad*, por el cual los administradores están obligados a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes, o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo. Dichas grabaciones se emplean exclusivamente para redactar el acta oficial, cuya versión reducida (realizada precisamente para salvaguardar el deber de lealtad de los consejeros) es la que se publica en el portal de transparencia del Excmo. Ayuntamiento.

Por las circunstancias, y polémica, que han rodeado la mencionada reunión, personalmente, me complacería enviársela, para que pudiera comprobar la literalidad de los acuerdos alcanzados, pero es legalmente imposible.”

Tercero. El 9 de febrero de 2017 tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación ante la inadmisión de la solicitud de información con el siguiente contenido:

“El 31 de enero de 2017 solicité, mediante el escrito n.º reg. entrada 2017-358-E, copia de las grabaciones del último Consejo de Administración de esta empresa mixta, de la que es socia el Ayuntamiento en un porcentaje cercano al 51%. Mediante el documento, n.º reg. salida 2017-94-S-1, el Gerente me desestima mi solicitud.”

Cuarto. El 15 de febrero de 2017 le fue comunicado al reclamante el inicio del procedimiento para resolver su reclamación.

Quinto. El mismo día 15 de febrero el Consejo solicitó a APEMSA (Aguas del Puerto Empresa Municipal, S.A.) copia del expediente derivado de la solicitud así como informe y antecedentes que considerara oportunos para la resolución de la reclamación.

Sexto. El 2 de marzo de 2017 tiene entrada, a requerimiento del Consejo, escrito de APEMSA (Aguas del Puerto Empresa Municipal, S.A.), mediante el cual adjuntan escrito de alegaciones, con el siguiente contenido:

“En primer lugar, les comunicamos que el expediente de este caso está formado por la solicitud de LLL, de fecha 31 de enero de 2017 y n.º de fY[jgrfc`XY`YbhfUXU`&\$%+!`) , !9` fXcW`a`Ybrc`b`Š`%&`m`U`V`b`h`g`h`U`M`E`b`Y`Z`V`h`U`X`U`X`Y`g`X`Y`Y`g`h`U` ;`Y`f`Y`b`V`U`U`X`Y`Z`V`W`U`X`Y`-`X`Y`Z`V`f`Y`f`c`X`Y`&\$%+`m`b`Š`X`Y`F`Y`[`j`g`r`f`c`X`Y`G`U`X`U`&\$%+!`-`(!G”



registro de entrada 2017-358-E (documento n.º 1) y la contestación efectuada desde esta Gerencia de fecha de 9 de febrero de 2017 y n.º de Registro de Salida 2017-94-G"

En dicha respuesta, se le informa U' LLL que no es posible enviarle la grabación que reclama, toda vez que es de aplicación el Artículo 228 (Obligaciones básicas del deber de lealtad) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por el cual los administradores están obligados a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes, o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo.

Por su naturaleza y, según se recoge en el artículo n.º 1 de sus Estatutos Sociales -aprobados en la Junta General de 9 de mayo de 2014- Aguas del Puerto es una sociedad mixta municipal, en forma de sociedad anónima, dotada de personalidad jurídica propia, independiente y con patrimonio propio, que se rige por sus Estatutos Sociales, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y por lo establecido en la legislación de Régimen local y en las demás normas administrativas que sean aplicables.

Es más, como Sociedad Anónima está dotada de personalidad jurídica propia y es independiente por lo que la gestión interna de la empresa no es de acceso público y el Consejo de Administración es un órgano de gestión interna de la entidad.

Por otro lado, se le comunica U' LLL que dichas grabaciones son un soporte informático administrativo y se emplean, exclusivamente, para redactar el acta oficial, cuya versión reducida (realizada precisamente para salvaguardar el deber de lealtad de los consejeros) es la que se publica en el portal de transparencia del Excmo. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María. Precisamente, el art. 18 de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno cita que entre las causas de inadmisión de las solicitudes de información públicas están las:

b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.

En base a todas estas argumentaciones, desde Aguas del Puerto se le denegó a LLL el acceso a la grabación solicitada."



Séptimo. Con fecha 9 de mayo de 2017 se dicta Acuerdo del Director del Consejo por el que se amplía el plazo para la resolución de la reclamación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la reclamación interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA).

Segundo. Antes de examinar el presente supuesto de conformidad con la LTPA, es preciso abordar una de las alegaciones vertidas por el órgano reclamado en el informe remitido a este Consejo, pues, de aceptarse la misma, resultaría improcedente analizar el caso a la luz del marco normativo regulador de la transparencia y, en consecuencia, habría que desestimar de plano esta reclamación. En efecto, en las alegaciones se sostiene que APEMSA, en cuanto Sociedad Anónima, “está dotada de personalidad jurídica propia y es independiente por lo que la gestión interna de la empresa no es de acceso público y el Consejo de Administración es un órgano de gestión interna de la entidad”; afirmación que parece sugerir la idea de que la misma quedaría al margen de régimen de publicidad establecido en la LTPA.

Esta conclusión no puede, obviamente, ser compartida por este Consejo. El artículo 2.1 g) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG), incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a “*las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100*”; precepto que, como no podía ser de otra manera dada su condición de norma básica, se reproduce en el artículo 3.1 i) LTPA. Por consiguiente, en la medida en que el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María es titular de un porcentaje ligeramente superior al 51% de su capital social, se hace evidente que resulta plenamente de aplicación a APEMSA la legislación reguladora de la transparencia.



Por otra parte, y como cuestión asimismo preliminar relacionada de algún modo con la anterior, conviene mencionar que la entidad reclamada, entre otros motivos, había fundamentado su decisión denegatoria del acceso a la información en el “deber de lealtad” impuesto a los administradores por el art. 228 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capitales (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), “por el cual -sostiene APEMSA- los administradores están obligados a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes, o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo”.

Pues bien, por lo que hace a esta argumentación, debemos indicar en primer término que, sea cual fuere el alcance de dicho “deber de lealtad”, la entrada en vigor de la legislación reguladora de la transparencia obliga a todos los operadores jurídicos a interpretar la normativa preexistente a la luz de lo establecido por la LTAIBG y las leyes autonómicas dictadas en su desarrollo. Y, lógicamente, allá donde no sea posible realizar una lectura armónica de la legislación anterior y el nuevo marco normativo regulador de la transparencia, detectándose por consiguiente una contradicción insalvable entre ambos, no procede sino acordar la aplicación de la LTAIBG y la LTPA. Únicamente en relación con *“aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”* la LTPA pasaría a tener un carácter meramente supletorio (Disposición adicional primera, apartado segundo, LTPA), lo que evidentemente no sucede en el presente caso.

Pero es que, además, no se aprecia tal contradicción normativa en el asunto que nos ocupa. Es cierto que el art. 228 b) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, entre las obligaciones básicas del administrador derivadas del deber de lealtad, menciona la de *“[g]uardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él”*; pero no es menos verdad que ese mismo precepto añade a continuación: *“salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”*. Por consiguiente, en nada mediatiza o condiciona dicho deber de lealtad al régimen de transparencia exigible a las entidades mercantiles sujetas a la LTPA; máxime si se toma en consideración la íntima relación existente entre el derecho a saber de la ciudadanía regulado en la legislación de transparencia y el derecho fundamental a *“recibir libremente información veraz”* consagrado en la Constitución [art. 20.1 d)] (en este sentido, las Resoluciones 42/2016, de 22 de junio, FJ 6º; 78/2016, de 3 de agosto, FJ 4º; 10/2017, de 1 de febrero, FJ 2º).

Tercero. Según establece el artículo 24 LTPA, todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública sin más limitaciones que las contempladas en la Ley. Esto supone que rige una regla general de acceso a la información pública que sólo puede ser modulada o



limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permiten dicha limitación.

Sin embargo, resulta imprescindible que el objeto de la petición constituya “información pública” a los efectos de la legislación en materia de transparencia. A este respecto, según define el artículo 2 a) LTPA, se entiende por información pública “*los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguna de las personas y entidades incluidas en el presente título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*”. Dado que el precepto extiende el concepto de “información pública” a la que pueda contenerse en todo tipo de soporte, resulta incuestionable que la documentación audiovisual se halla también bajo el ámbito de cobertura de la LTPA.

Cuarto. En el presente caso, frente a la pretensión de acceder a la grabación de audio y/o video de una determinada reunión del Consejo de Administración de APEMSA, la entidad reclamada arguyó que tales grabaciones “son un soporte informático administrativo y se emplean, exclusivamente, para redactar el acta oficial, cuya versión reducida... es la que se publica en el portal de transparencia del Excmo. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María”. Se fundamentó, pues, explícitamente en la causa de inadmisión del art. 18.1 b) LTAIBG para denegar el acceso a la mencionada grabación; precepto que establece lo siguiente: “*Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: [...] b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas*”.

Pues bien, por lo que hace al concreto supuesto que nos ocupa, este Consejo considera admisible la denegación de la entrega de la grabación sobre la base de que la finalidad exclusiva de la misma era servir como actuación preparatoria o auxiliar para la redacción de un documento que necesariamente ha de elaborarse, a saber, el Acta de la correspondiente sesión del Consejo de Administración; documento donde queda reflejado el resultado del proceso de toma de decisiones adoptadas por dicho Consejo y que, además -según afirma la entidad reclamada-, fue publicado en la sede electrónica del Ayuntamiento.

A este mismo resultado conduce, por lo demás, una interpretación sistemática de la legislación en materia de transparencia, que brinda cierto grado de protección a las deliberaciones en el seno de las instituciones, como lo pone de manifiesto que se contemple expresamente como límite al derecho de acceso “[*]la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión*]” [art. 14.1 k) LTAIBG]. Por lo tanto, al



abordarse el examen de la aplicabilidad del art. 18.1 b) LTAIBG al presente caso, no puede soslayarse que ha sido un objetivo del legislador básico preservar el normal desenvolvimiento del proceso de toma de decisiones, permitiendo al efecto un cierto libre “espacio para pensar” [para decirlo con los términos utilizados por la *Memoria Explicativa* (§ 34) en relación con el límite del art. 3.1 k) del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos].

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Único. Inadmitir la reclamación interpuesta por XXX contra APEMSA (Aguas del Puerto Empresa Municipal, S.A.) por denegación de información.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer 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 8. 3 y 46.1, respectivamente, 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