

Registro General Ayuntamiento de Sevilla
Entrada 009 Nº. 201600900002295 27/01/2016 12:16:27 Dest: 17300

REGISTRO DE SALIDA	Número: 202 Fecha: 27-01-2015
-----------------------	----------------------------------

Fecha: 27 de enero de 2016
S/ Ref.:
Ntr/Ref.: ABC/LTN
Asunto: Remisión Alegaciones

D. César Gallardo Soler
Servicio de Modernización y
Administración electrónica
Plaza de San Francisco, 19 (Edificio
Laredo) Tercera Planta
41004-Sevilla

De conformidad con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, por medio del presente escrito se remiten las alegaciones, al Proyecto de Ordenanza de Transparencia y Acceso a la información del Ayuntamiento de Sevilla, aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno, con fecha 27 de Noviembre de 2015, (publicado el pasado 19 de diciembre de 2015, en el BOP de Sevilla nº 293).

Atentamente,



Felipe Castro Bermúdez-Coronel
Director Gerente

AL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

ALEGACIONES AL PROYECTO DE ORDENANZA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

La Empresa Municipal de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla, S.A. (EMVISESA), con C.I.F.-A-41047267 y, en su nombre y representación D. Felipe Castro Bermúdez-Coronel, en su condición de Director-Gerente, representación que acredita mediante copia de escritura de poder que acompaño como **documento anexo**, comparezco y como mejor proceda,

EXPONE

I.- Que el 19 de diciembre de 2015, se publicó en el BOP de Sevilla, nº 293, el acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno, de 27 de noviembre de 2015, por el que se aprueba inicialmente la Ordenanza de Transparencia y Acceso a la Información del Ayuntamiento de Sevilla.

II. Que dentro del plazo conferido a tal efecto y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, se formulan las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

EMVISESA es una sociedad mercantil local que gestiona, en régimen de gestión directa, la competencia municipal de promoción y gestión de vivienda de protección pública (art. 25.2.d de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Su capital social está totalmente suscrito y desembolsado por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (artículo 5 de sus Estatutos Sociales reformados por acuerdo de Pleno en funciones de Junta General de la Entidad el 15 de febrero de 2008, publicado en BOP nº 47, de de 26 de febrero de 2008)

Respecto a su régimen jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía las sociedades mercantiles locales se regirán cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que le sea de aplicación la normativa patrimonial contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.

En términos parecidos se pronuncia el artículo 85 (ter), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladoras de las Bases del Régimen Local y, los artículos 89 y ss. del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales.

Por tanto, queda claro cuál es el marco normativo aplicable a las sociedades mercantiles locales, las cuales están sometidas al ordenamiento jurídico privado a

excepción de las materias especificadas en los preceptos arriba expresados. Es importante tener en cuenta su régimen jurídico, ya que estas sociedades se constituyen y actúan con sujeción a las normas que las regulan (art. 89 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), a fin de no incurrir en contradicciones con las normas que le son de aplicación dada su naturaleza de entidad privada.

SEGUNDO.- VULNERACIÓN DEL RÉGIMEN EN MATERIA DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO ESTABLECIDO EN LA LEGISLACION MERCANTIL

El artículo 17 del Proyecto de Ordenanza de Transparencia y Acceso a la Información del Ayuntamiento de Sevilla, establece que:

“El Ayuntamiento de Sevilla y las entidades enumeradas en el artículo 2 (entre las que se encontraría EMVISESA) publicarán la siguiente información:

g) Actas íntegras de los Plenos Municipales, de las Juntas Municipales de Distrito, Consejos Sectoriales, Empresas Municipales y Organismos Autónomos (...)”

Se analiza a continuación el régimen en materia de confidencialidad y secreto previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”).

- 1 El deber de guardar secreto como obligación básica derivada del deber de lealtad de los administradores:
 - El artículo 228 de la LSC, referido a las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, consigna expresamente el deber de todo administrador a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que por razón de su cargo hayan podido tener acceso, incluso cuando haya cesado en él. De dicha obligación se deriva, resultando de aplicación a todas las sociedades de capital, que los administradores deben guardar confidencialidad sobre la información de la sociedad administrada, todo ello en defensa del interés social.
 - El deber de secreto empresarial se extiende a todo tipo de información, tanto de carácter técnico-productivo de la actividad empresarial, como los vinculados con la administración y financiación.
 - Como excepción, únicamente quedarían dispensados aquellos supuestos en los que las leyes permitan o requieran comunicación de la información confidencial.

- 2 El derecho de información de los socios en la sociedad de capital:

Como contraposición al deber del administrador de guardar secreto se presenta el derecho de información de los socios en relación con la evolución de la Sociedad. No obstante, y si bien no es pacífica la doctrina y jurisprudencia acerca del alcance de la información a facilitar, si resulta posible efectuar las siguientes precisiones:

- El derecho de información se configura como un derecho del socio, sin que pueda resultar exigido por persona distinta al socio (a salvo de los acuerdos contractuales que en materia de suministro de información se pudieran alcanzar con terceros en el marco de la actividad ordinaria de la sociedad).
- Los artículos 196 y 197 de la LSC, relativos a los derechos de información en sociedades de responsabilidad limitada y en sociedades anónimas, restringen el derecho de información, exclusivamente, a información relativa a los asuntos comprendidos en el orden del día de las reuniones de junta general que se convoquen. Por tanto, no se extiende a información distinta de aquella que sea tratada en las reuniones de junta general.
- Tanto los artículos 196.2 como 197.3, facultan al órgano de administración a denegar el suministro de información cuando consideren que su publicidad perjudica el interés social, salvo que la información sea solicitada por socios o accionistas que representante, al menos, el 25 % del capital social (uno de los porcentajes más elevados establecidos por la LSC para legitimar a la minoría en el ejercicio de un derecho).
- Adicionalmente, y en el caso de sociedades anónimas, se ha previsto expresamente la responsabilidad de los accionistas que hagan un uso abusivo o perjudicial de la información solicitada.
- El artículo 26 del Código de Comercio prevé que cualquier socio (o persona que lo haya representado en la junta general) puede solicitar certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales. Nótese que lo que se puede solicitar es una certificación, no las actas en sí mismas.
- No existe mención alguna acerca de la facultad del socio de solicitar las actas del Consejo de Administración; no obstante, toda vez que el artículo 251.1 de la LSC reconoce el derecho de socios que representen un 1% del capital social a impugnar los acuerdos del consejo de administración, la doctrina parece entender que los socios tendrían derecho a solicitar certificados de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración. Nótese nuevamente que sólo se circunscribiría a certificaciones de acuerdos adoptados y no al contenido de las actas.

3 Precedentes jurisprudenciales sobre la confidencialidad de las actas:

Finalmente, es preciso traer a colación la reciente controversia acaecido con motivo de la aplicación de la Ley de Emprendedores a través de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la "DGRN"), de 12 de febrero de 2015, que pretendía una legalización de los libros de actas de las sociedades de capital mediante, básicamente, el envío al Registro Mercantil de un archivo con todas las actas de los órganos sociales de cada ejercicio digitalizadas.

El grave riesgo que para la confidencialidad y secreto del contenido de las actas suponía el realizar tales envíos telemáticos al Registro Mercantil motivó el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, mediante auto número 84/2015, de 27 de abril, vino a suspender la referida instrucción, destacándose en dicho auto, entre otros aspectos:

- El grave riesgo de responsabilidad en que podrían incurrir los administradores de la Sociedad en caso de envío al Registro Mercantil de las actas de los órganos sociales sin ningún tipo de mecanismo de seguridad sobre la confidencialidad del contenido de aquéllas.
- La importancia precisamente de salvaguardar el secreto y la confidencialidad del contenido de las actas.
- El hecho de que la información trasladada al Registro, confidencial y privilegiada, podría ser eventualmente solicitada por terceros en base al principio de publicidad registral, perjudicando gravemente la estrategia del negocio (piénsese al uso que de dicha información podrían hacer los competidores).

A la vista de las críticas y suspensión referidas, la DGRN dictó una nueva instrucción, de fecha 1 de julio de 2015, en la que se reconoció “el innegable derecho de los sujetos obligados a mantener la confidencialidad de determinados aspectos de la gestión empresarial”, estableciendo en consecuencia nuevos procedimientos de legalización de libros de actas a través de un sistema de encriptación, esto es, de legalización de las actas pero sin que nadie, ni siquiera el Registro, pudiera acceder a su contenido, manteniéndose la confidencialidad el mismo.

SEGUNDO.- RÉGIMEN EN MATERIA DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO EN LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA RESPECTO A LAS SOCIEDADES MERCANTILES. CONSIDERACIONES AL PROYECTO DE ORDENANZA MUNICIPAL.

A continuación se analiza el régimen en materia de confidencialidad y secreto previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (la “**Ley de Transparencia**”) y en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (“**Ley de Transparencia de Andalucía**”), en relación al proyecto de Ordenanza Municipal

Al margen del régimen descrito en la ALEGACIÓN anterior, EMVISESA (como sociedad municipal participada en más de un 50 por 100 por entidades de entre las descritas en el artículo 2.1, en este caso Administraciones Locales) se encuentra así mismo afecta, en materia de información, a la Ley de Transparencia y a la Ley de Transparencia de Andalucía, normas que tienen por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

a) En lo que a la **Ley de Transparencia** se refiere cabría destacar:

- El Capítulo II se refiere a la publicidad activa, esto es, a aquella información que deberá publicarse y actualizarse de forma periódica y cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. Entre la información objeto de publicidad activa (descrita en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Transparencia) no constan las actas y demás documentación que recoja los acuerdos adoptados por los órganos sociales del sujeto obligado. A la publicidad activa le resultan

de aplicación, además, los límites al derecho de acceso a los que a continuación nos referiremos.

- Por su parte, el Capítulo III de la Ley de Transparencia se ocupa del derecho de acceso a la información pública, y que se hace extensible a todas las personas. Sobre este particular:
 - Nótese que frente a la publicidad activa (que debe ser periódicamente publicada por el sujeto obligado), en este caso se requiere de una solicitud previa de información pública por parte de algún interesado, de forma que sin solicitud previa no existiría obligación de publicidad de dicha información.
 - El artículo 14.1 de la Ley de Transparencia recoge expresamente determinados supuestos de limitación del derecho de acceso a información pública, entre la que cabe destacar: h) los intereses económicos y comerciales; j) el secreto profesional (...); k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión (nótese especialmente el encaje que este supuesto tiene en relación con las deliberaciones y acuerdos adoptados por los órganos sociales de una sociedad de capital, aunque sea de carácter público).
 - La denegación de información pública en base a las limitaciones previstas en el artículo 14.1 deberá ser justificada y proporcionada, ponderando muy especialmente el interés público o privado que pudiera justificar, en último término, el acceso. Ello implica un procedimiento reglado en el que, caso por caso (conscientes de la sensibilidad que puede tener la información), deberá analizarse en profundidad la procedencia o no de la difusión de la información (lo que se contrapone totalmente con el régimen de publicidad activa antedicho).

b) Consideraciones en relación a la **Ley de Transparencia de Andalucía**:

La Ley de Transparencia de Andalucía establece una estructura y contenido normativo similar al de la Ley de Transparencia, destacando, a los efectos que aquí interesan, las siguientes cuestiones:

- El Título II, relativo a la publicidad activa, tampoco incorpora como documentación e información a publicar periódicamente las actas y demás documentación que recoja los acuerdos adoptados por los órganos sociales del sujeto obligado.

En materia de actas, cabe destacar que el artículo 10.3 establece que "(las) entidades locales de Andalucía publicarán, además, la información cuya publicidad viene establecida en la Ley 5/2010, de 11 de junio, así como las actas de las sesiones plenarias". Nótese en este sentido que dicha obligación se circunscribe exclusivamente a las entidades locales (no a sociedades de capital participadas por aquélla) y respecto de sus sesiones plenarias.

- En el Título III, referido al derecho de acceso a la información pública, se recoge en su artículo 25 que "1. El derecho de acceso a la

información pública sólo podrá ser restringido o denegado en los términos previstos en la legislación básica”, remitiéndonos a estos efectos a lo indicado con motivo del análisis del artículo 14.1 de la Ley de Transparencia.

- El artículo 17.3 prevé que “(el) Consejo de Gobierno y las entidades locales, en su ámbito competencial y de autonomía, podrán ampliar reglamentariamente las obligaciones de publicación contempladas en el presente título”. Esta mención normativa será analizada en el apartado 2.3 siguiente.

c) Consideraciones en relación al **Proyecto de Ordenanza Municipal**:

En relación al Borrador de Ordenanza Municipal cabría destacar los siguientes aspectos a los efectos que aquí interesan:

- Conforme a su ámbito de aplicación, el artículo 2 establece que *“las disposiciones de esta Ordenanza serán de aplicación a: (...) c) 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”*.

De dicha dicción resultaría que EMVISESA, por estar participada por el Ayuntamiento de Sevilla en más de un 50 por 100, se encontraría sujeta por la Ordenanza Municipal.

- El artículo 17.g) de la Ordenanza Municipal prevé, como documentación objeto de publicidad activa, entre otras, las *“actas íntegras de los Plenos Municipales, de las Juntas Municipales de Distrito, Consejos Sectoriales, Empresas Municipales y Organismos Autónomos”*.

A este respecto, es preciso destacar la falta de concreción en cuanto a las actas de qué órganos (junta general, consejo de administración, comisiones, etc.) habrían de ser objeto de publicidad activa. En este sentido, y conforme a la redacción actual, cabría inferir que únicamente se referirían a las actas de junta general, órgano de las sociedades de capital que, por analogía, se asemejaría a la figura del Pleno Municipal.

- Adicionalmente, resultaría preciso señalar que la Ordenanza Municipal constituye una norma de rango normativo inferior al de la LSC, que propugna el deber de secreto de los administradores salvo imperativo legal, todo ello en los términos que se indican en la siguiente ALEGACIÓN.

TERCERO.-CONCLUSIONES RELATIVAS AL APARTADO G) DEL ARTÍCULO 17 DE LA ORDENANZA

- No es una consecuencia exigible por la Ley de Transparencia ni por la Ley de Transparencia Andaluza dar publicidad al contenido de las actas de los órganos de gobierno de EMVISESA; esto es, las dos normas sobre la materia con rango de ley, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, no exigen ni establecen como obligación de los sujetos obligados (en este caso, empresas públicas) publicar periódicamente las actas de sus órganos sociales.
- Cabe sostener, la contradicción existente entre una norma de rango legal, la LSC, que en su artículo 228.b establece la obligación de los administradores de “guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes, (...), salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera” y una norma de carácter reglamentario y local que sostiene (frente a la Ley de Transparencia y la Ley de Transparencia Andaluza, que nada establecen al respecto) la publicación periódica de las actas de los órganos de gobierno, de máxima confidencialidad y cuyo secreto resultaría esencial para el interés de la propia sociedad.

En atención a lo anterior, y considerando el deber de secreto de los administradores, no resultar posible conforme a la LSC (sin contar con el soporte legal oportuno, esto es, con una norma con rango de ley, ex artículo 228.b LSC) difundir el contenido las actas de los órganos sociales de EMVISESA.

Sobre este razonamiento abunda el auto del TSJ analizado en el apartado 3 de la ALEGACION SEGUNDA, suspendiendo cautelarmente una instrucción que, pudiendo haber excedido su ámbito competencial, regulaba extremos que podían afectar directamente al deber legal de secreto exigido a los administradores en virtud de la LSC, y que han derivado en la implementación de mecanismos de encriptación que permitan dar cumplimiento a la obligación de legalización telemática de los libros de actas sin vulnerar la confidencialidad y secreto de su contenido.

- Adicionalmente, sin perjuicio de lo anteriormente indicado en relación con la publicidad activa y con respecto al posible ejercicio por las personas del derecho de acceso a información pública amparada en normas de rango legal (singularmente la Ley de Transparencia y la Ley de Transparencia Andaluza) sería recomendable, a fin de respetar el espíritu y objetivos perseguidos por la LSC en materia de protección del interés social, los sujetos obligados deberían previamente arbitrar mecanismos que garanticen el secreto o confidencialidad de la información y documentación societaria que pudiera llegar a ponerse a disposición de terceros que la hayan solicitado.

CUARTO.- PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL PRECEPTO.

Suprimir el la referencia “...a las **empresas municipales**” del apartado g) del artículo 17.

Para el supuesto de que la anterior supresión no tuviera acogida, habría que dar mayor concreción de la Ordenanza en relación con los órganos sociales cuyas actas, en su caso, habrían de ser objeto de publicidad activa. En este sentido, y de

mantenerse la redacción actualmente propuesta, cabría sostener que el concepto de actas integras de (...) Empresas Municipales” habría de entenderse referido únicamente a las actas de junta general, por analogía con las actas de los Plenos Municipales.

Por lo expuesto,

SOLICITO, que se tenga por presentad el presente escrito por tiempo y forma, lo admita y tenga por formuladas las alegaciones al Proyecto Ordenanza de Transparencia y Acceso a la Información del Ayuntamiento de Sevilla y, previos los trámites oportunos, las estime.

Sevilla, a 27 de enero de 2016.



Fdo. : Felipe Castro Bermúdez Coronel