

Registro General Ayuntamiento de Sevilla
Entrada 009 N° 2016009000002037 25/01/2016 12:39:04 Dest: 17:00

Asunto: Alegaciones en el trámite de información pública de la Ordenanza de transparencia y acceso a la información del Ayuntamiento de Sevilla.

AL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

DOÑA VIRGINIA PIVIDAL GARCÍA, con DNI nº _____ en nombre y representación de la empresa **LIMPIEZA PÚBLICA Y PROTECCIÓN AMBIENTAL SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL**, en adelante LIPASAM, con domicilio a efectos de notificaciones en Sevilla, calle Virgen de la Oliva, sin número, CP 41011, según representación que se acredita con la escritura de poder que se acompaña como **Documento Anexo Número 1**,

EXPONGO

- I. En fecha 19 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla número 293, acuerdo adoptado por el pleno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla en sesión celebrada el 27 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Proyecto de Ordenanza de Transparencia y Acceso a la Información del referido Ayuntamiento.

El citado anuncio prevé la apertura de un plazo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

- II. En cumplimiento del trámite concedido al efecto y en representación de LIPASAM, procedo a formular, en tiempo y forma, las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Ausencia de previsión de la obligación de publicación de las actas de los órganos sociales en las normas de transparencia estatal y autonómica.

Como ya hemos reseñado en el Expositivo I del presente escrito, el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla ha procedido a someter a información pública el "Proyecto de Ordenanza de Transparencia y Acceso a la Información" de dicho ente local (en lo sucesivo "la Ordenanza de Transparencia"), en cuyo artículo 2.c) se incluyen dentro de su ámbito 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", entre las que se encuentra LIPASAM.

La conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos que los datos personales relativos a la resolución presentada serán conservados en un fichero automatizado titularidad de LIPASAM con la finalidad de atender y dar respuesta a las solicitudes de información que como consecuencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) se produzcan en el futuro. Asimismo, LIPASAM como responsable del fichero, garantiza y reconoce el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos facilitados que podrá ejercitar el interesado mediante el envío de petición escrita al Jefe de Seguridad Informática, adjuntando documento que acredite su identidad, a la dirección de esta empresa: Virgen de la Oliva, s/n, Sevilla-41011.

I.R.M. Sevilla, T631, L. 569 Secc.º de Sdes. F. 1, H. 12470, Insc. 1.ª - C.I.F.: A-41173238

Por lo que respecta a la publicidad activa, en el artículo 17 del Proyecto de la Ordenanza de Transparencia se establece que:

“El Ayuntamiento de Sevilla y las entidades enumeradas en el artículo 2 publicarán la siguiente información:

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

En aplicación de estas disposiciones, LIPASAM se vería obligada a publicar las actas íntegras de las reuniones de sus órganos sociales, aun cuando, como veremos en la siguiente alegación, no podemos olvidar que esta sociedad tiene carácter Metropolitano y no exclusivamente Municipal.

En este sentido, en primer lugar debemos señalar que la referida obligación prevista en el Proyecto de Ordenanza de Transparencia no se contempla en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de ámbito estatal, así como tampoco en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, de ámbito autonómico.

Concretamente, en los artículos 5 y siguientes de la Ley 19/2013, así como en los artículos 9 y siguientes de la Ley 1/2014, en los que se definen los contenidos objeto de publicidad activa, no se contiene ninguna obligación similar a la prevista para las Empresas Municipales en el artículo 17.g) de la Ordenanza.

Incluso, el artículo 14 de la Ley 19/2013 dispone que:

“1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

h) Los intereses económicos y comerciales.

j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.”

Y en el artículo 22.1 de la Ley 1/2014, se establece que:

“El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y los órganos colegiados de gobierno de los ayuntamientos, diputaciones y mancomunidades de municipios, sin perjuicio del secreto o reserva de sus deliberaciones, harán públicos con carácter previo a la celebración de sus reuniones el orden del día previsto y, una vez celebradas, los acuerdos que se hayan aprobado, así como la información contenida en el expediente que se haya sometido a su consideración, en los términos que se establezcan reglamentariamente.”

Es decir, las leyes de transparencia estatal y autonómica han previsto expresamente el deber de secreto y la confidencialidad como límites a la publicidad activa y al derecho de acceso.

SEGUNDA.- Del deber de confidencialidad.

Como complemento de lo anterior debemos señalar que la obligación de publicidad activa prevista en el artículo 17.g) de la Ordenanza de Transparencia entra directamente en conflicto con el deber de lealtad y confidencialidad requerido a los administradores en la Ley de Sociedades de Capital.

El artículo 227 de la citada Ley establece que:

*“Los administradores deberán desempeñar el cargo **con la lealtad** de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.”

Asimismo, el artículo 228 concreta estas obligaciones exigiendo, entre otras cosas, lo siguiente:

“En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

(...)

*b) **Guardar 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, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.”*

Por último, el artículo 230 recoge como imperativo el régimen relativo al deber de lealtad:

“El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.”

De lo expuesto con anterioridad se desprende claramente que el deber de lealtad y confidencialidad, que engloba entre otros el deber de guardar secreto

sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso el administrador en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, es imperativo e indisponible salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera y su infracción, en el caso de que supusiera un daño para el patrimonio social, conlleva una obligación de indemnizar a la sociedad por parte del administrador.

Teniendo en cuenta por tanto que en las actas de los órganos sociales se recogen datos, opiniones, antecedentes y demás información sensible para la sociedad, cuya divulgación frente a terceros podría ser perjudicial para la misma y que la obligación de lealtad y confidencialidad se recoge como una primacía absoluta para todo administrador, entendiéndose esta como una atención exclusiva al interés social ignorando cualquier otro, eligiendo siempre la actuación que conlleve la mejor defensa del interés de la sociedad aunque con ello se pueda entrar en conflicto con otros intereses, la publicación de las actas por parte de los órganos sociales se puede entender como una vulneración del deber de secreto comprendido dentro del deber de lealtad de los administradores.

No puede aplicarse en este caso la excepción del deber de secreto que aparece expresamente recogida al final del artículo 228, b) LSC, ya que esta establece la posibilidad de compartir la información siempre y cuando esté expresamente permitida por la ley, situación en la que no nos encontramos ya que la obligación dimana de una Ordenanza de carácter municipal, sin que, como hemos visto, las leyes de transparencia estatal y autonómica recojan entre las obligaciones de publicidad activa una obligación similar para las Sociedades Mercantiles Públicas. Esta concreción del deber de lealtad que representa el deber de secreto vendría, en consecuencia, a reforzar el derecho y deber de información de todo administrador para cumplir diligentemente con sus funciones, si bien gravado con la obligación de hacer un uso correcto de dicha información y no revelarla a terceros salvo por imperativo legal.

El carácter imperativo para los administradores de salvaguardar el deber de secreto, tanto para proteger los intereses de la Sociedad como para evitar caer ellos mismos en acciones que determinen su posible responsabilidad, se ve reforzado a la luz del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante auto número 84/2015. La Dirección General de los Registros y del Notariado (la "DGRN"), con motivo de la aplicación de la Ley de Emprendedores, vino a publicar la Instrucción 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.

Ante el grave riesgo que para la confidencialidad y secreto del contenido de las actas suponía el realizar tales envíos telemáticos al Registro Mercantil, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó el referido pronunciamiento que 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 de salvaguardar el secreto y la confidencialidad del contenido de las actas.
- El hecho de que la información trasladada al Registro, confidencial y privilegiada, pudiera ser eventualmente solicitada por terceros en base al principio de publicidad registral, perjudicando gravemente la estrategia del negocio.

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.

Hay que contemplar también la posibilidad de que con la publicación de las actas puedan lesionarse derechos de terceros ajenos a la Sociedad, ya que previo a la toma de acuerdos se producen deliberaciones en las que se pone de manifiesto información que puede tener un carácter confidencial respecto a terceros, y que verían la luz si se obliga a publicar el contenido de estas deliberaciones, pudiendo incluso producirse una vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos en el caso que lo publicado contenga información sensible sobre personas físicas.

TERCERA.- De la jerarquía normativa.

Como última pero no menos importante alegación a la Ordenanza de Transparencia, debemos apelar en este punto al principio de jerarquía normativa que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

Las normas jurídicas se ordenan jerárquicamente, de forma tal que las de inferior rango no pueden contravenir a las superiores, so riesgo de nulidad. Actúa entre la Constitución y las normas primarias (Ley o normas con fuerza de ley) y entre la Ley y las normas con fuerza de ley y las normas secundarias (Reglamentos). A su vez, las normas que poseen el mismo rango poseen la misma fuerza normativa y en caso de contradicción insalvable prevalece la posterior, ya que se entenderá que ha derogado a la anterior. La estructura jerarquizada tiene una forma piramidal, cuya cúspide es la Constitución, norma suprema que se impone a todas las demás. El respeto del principio de jerarquía es condición de validez de las normas jurídicas.

En aplicación de este principio de jerarquía normativa y, dado que tanto la Ley de Autonomía Local de Andalucía, como la Ley de Sociedades de Capital son normas de superior rango respecto a la Ordenanza de Transparencia, por las razones expuestas en las anteriores alegaciones, léase vulneración del principio de autonomía local y deber de secreto, respectivamente, aquéllas deben prevalecer sobre ésta y, en consecuencia, debería modificarse el texto de la Ordenanza en el sentido de que la obligación de publicación de las actas íntegras de los órganos sociales no afecte a LIPASAM.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO, que se tenga por presentado en tiempo y forma hábiles el presente escrito, se sirva admitirlo, tenga por hechas las alegaciones que en el mismo se contienen y, en consecuencia se modifique el texto de la Ordenanza en el sentido de que la obligación de publicación de las actas íntegras de los órganos sociales prevista en el artículo 17.g), no afecte a LIPASAM

Lo que pido en Sevilla, a 25 de enero de 2016.

