



INFORME

ASUNTO: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN RESPECTO DE LA DOCUMENTACIÓN DE EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 21 de abril de 2016, ha tenido entrada en el Registro General de la CARM, escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXXX, interesando de este Centro Directivo el pronunciamiento sobre varias solicitudes de documentación efectuadas en relación con la empresa mixta "YYYY".

En concreto, se alude a peticiones de documentación formuladas, de un lado, por el Sr. Concejel del Grupo Municipal ZZZZ; y de otro, por D. NNNN, en calidad de Secretario General de MMMM (del que no consta a esta Dirección General la condición de miembro de la Corporación).

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

Será de aplicación al expediente que nos ocupa, la siguiente normativa:

- Constitución española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG).
- Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia.
- Decreto nº 104/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Presidencia (modificado por Decreto 21/2015, de 6 de agosto).



III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE INFORME.

En virtud de lo establecido por el artículo 40.3.e) del Decreto Regional 53/2001, de 15 de junio, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 104/2015, de 10 de julio, corresponde a la Dirección General de Administración Local, “el asesoramiento a las Entidades Locales sobre normativa vigente de Régimen Local, administración y gestión de las finanzas municipales, fiscalidad local, contabilidad (...)”.

SEGUNDA.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Con la aprobación de la LTBG, tal y como señala su exposición de motivos, se persiguen los siguientes objetivos:

- a) Incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública.
- b) Reconocer y garantizar el acceso a la información, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo.
- c) Establecer las obligaciones de buen gobierno, que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Pues bien, respecto al reconocimiento y el acceso a la información, el art. 12 de la LTBG, establece que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley, siendo de aplicación en el ámbito de sus respectivas competencias, la correspondiente normativa autonómica.

Antes de la entrada en vigor de la LTBG el derecho de acceso a la información de los ciudadanos, consagrado en el art. 35.g) y desarrollado en el art. 37 de la LRJPAC, lo era de <<acceso a archivos y registros>>, configurándose el mismo como el acceso a los registros y documentos que, formando parte de un expediente, obraran en los archivos administrativos, cualquiera que fuera su forma de expresión o soporte, y siempre que tales expedientes correspondieran a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

En la actualidad, el citado art. 37 de la LRJPAC, modificado por la LTBG, transforma dicho derecho convirtiéndolo en el “derecho de acceso a la información pública”, eliminando la referencia a que deba tratarse de expedientes que correspondan a procedimientos terminados, y ampliándolo a información pública, archivos y registros, en los términos y las condiciones establecidas en la Constitución, Ley de Transparencia y demás Leyes de aplicación.

Y todo ello teniendo en cuenta la definición que de información pública realiza el art. 13 de la LTBG, que entiende como tal: “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones” (siendo de aplicación la LTBG, conforme a su art. 2.1.a) y g), tanto a las



entidades que integran la Administración Local como a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de dichas entidades sea superior al 50 por 100).

Así, a lo largo del Capítulo III del Título I de la LTBG se regula el derecho de acceso a la información pública, fijando una serie de límites al derecho de acceso (en los artículos 14 y 15) y contemplando un posible acceso parcial en el artículo 16.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el artículo 17 señala que el procedimiento se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información, si bien cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas.

No obstante todo lo anterior, el art. 18 de la LTBG prevé como causas de inadmisión de las solicitudes de información, las siguientes:

- a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.
- 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 entidades administrativas.
- c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.
- d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente (en este caso el órgano que inadmite tiene que incluir en la resolución quién es, a su juicio, el órgano competente).
- e) Que sean manifiestamente repetitivas o tenga un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, tal y como determina el art. 19, si la solicitud se refiere a información que no obra en poder del sujeto al que se dirige, éste está obligado a remitirla al competente, si lo conociera, e informar de esta circunstancia al solicitante; toda vez que, cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso.

El procedimiento culminará con una resolución concediendo o denegando el acceso que deberá notificarse (salvo ampliación) en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver y que deberá cumplir lo preceptuado en el artículo 20 de la LTBG. En cualquier caso, transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

No puede obviarse que, 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.



De especial importancia resulta el sistema de impugnaciones previsto en esta ley, por cuanto que, junto a la posibilidad de recurrir directamente las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 20.5), se hace viable (salvedad hecha en el caso de las fundaciones del sector público) la interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24 (sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LRJPAC).

Y es que, frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponde al Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, y ello atendido lo previsto en el art. 24.6 y en la disposición adicional cuarta de la LTBG; y en el artículo 38 la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (modificada el 6 de abril de 2015).

Finalmente destacar que la configuración de dicho derecho ha de ser interpretada al albor de lo previsto en la disposición adicional segunda de la LTBG, que viene a indicar que:

- “1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.
2. Se registrarán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.
3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.

TERCERA.- PRINCIPIOS GENERALES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

El derecho al acceso de la información de los miembros de las Corporaciones Locales se rige por su propio régimen jurídico, recogido en la LRBRL y en el ROF, en observancia del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la LTBG arriba transcrito.

Establece el art. 77 de la LRBRL que *todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función*, debiendo dicha solicitud ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado.



Según la jurisprudencia, este derecho a la información implica una concreción en el ámbito local del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos del artículo 23 de la Constitución. Así, en este sentido pueden citarse las Sentencias del TS de 30 de mayo de 2003 y de 7 de diciembre de 2004, que se remiten a su vez a la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 1987, en la que se indicaba que *el art. 23 CE «para los asuntos públicos municipales se desarrolla, en uno de sus aspectos por el art. 77 LRBRL»*.

Esta configuración del derecho a la información como una manifestación de un derecho fundamental contemplado en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestra Carta Magna, supone que cualquier decisión administrativa que lesione aquél incurriría en nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 62.1 a) de la LRJPAC.

Asimismo, al encajar dentro del contenido esencial de un derecho fundamental, el derecho a la información de los miembros de la Corporación puede ser tutelado en vía jurisdiccional a través del procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria e, incluso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (por mor del art. 53.2 de la Constitución Española), toda vez que una denegación obstinada, continuada y reiterada de las solicitudes de acceso a la información de los corporativos puede ser constitutiva de un delito contra el ejercicio de los derechos cívicos, tipificado y penado en el art. 542 del vigente Código Penal, como indicó la Sentencia de 5 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Además, debe tenerse en consideración a los efectos del artículo 77 de la LRBRL, que no es necesario que los Concejales solicitantes de una información tengan que explicitar o fundamentar la finalidad de sus peticiones (STS de 27 de noviembre de 2000), y ello por cuanto que la razón de la solicitud de una información se debe entender implícita en el ejercicio de sus funciones por parte de los concejales, a quienes corresponde el control y fiscalización de los órganos de gobierno de la Corporación (art. 22.2 a de la LRBRL), lo que implica que éstos no tengan por qué dar una razón formal de todas sus actividades de control.

Por otra parte debe traerse a colación lo dispuesto en el art. 14 del ROF, al amparo del cual se entenderá que dicha solicitud es concedida por silencio administrativo, si el Presidente o la Comisión de Gobierno (hoy Junta de Gobierno Local) no dictan resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de solicitud.

El sentido del silencio administrativo y el plazo máximo para resolver y notificar la resolución constituyen dos grandes diferencias entre el derecho a información de los corporativos locales y el derecho de acceso a la información reconocido a todos los ciudadanos por la LTBG. En cualquier caso, para los corporativos debe estarse a lo regulado de forma específica en el ROF, no siendo de aplicación el plazo máximo para resolver de un mes, ampliable por otro más, ni el silencio negativo previstos en la LTBG.

Señala el artículo 14 del ROF que, en todo caso, la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado. A estos efectos resulta de especial interés el estudio elaborado por *Pozo Bouzas*, que analiza esta cuestión destacando que se suelen plantear dudas acerca de si la protección de los datos de carácter personal constituye motivo suficiente para denegar el acceso a la información solicitada por un concejal. Así, citando a *Boatas Clavera*, la prohibición de



comunicación de cesión de datos a terceros proclamada en la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, no entraría en juego en estos casos, ya que el concejal solicitante no tendría la condición de tercero a estos efectos al formar parte de la Administración Municipal. Idéntica conclusión –certada a mi juicio— es la que se contiene en el Dictamen 29/2010 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos y el Dictamen de la Agencia Vasca de Protección de Datos (Dictamen 57/2009, de 28 de diciembre).

Dentro del derecho a la información de los miembros de las Corporaciones Locales debemos distinguir dos tipos de información:

- 1º) Aquélla a la que tendrán derecho a acceder, previa autorización del Presidente.
- 2º) Aquélla para cuyo acceso no será necesaria la autorización del Presidente de la Corporación, y que los servicios administrativos locales están obligados a facilitar, que se resume en (art. 15 del ROF):
 - a) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.
 - b) Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.
 - c) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación, a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos.

Las condiciones de acceso están minuciosamente detalladas en el art. 16.1 del ROF, según el cual:

- a) La consulta general de cualquier expediente o antecedentes documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación. El libramiento de copias se limitará a los casos citados de acceso libre de los Concejales a la información y a los casos en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno
- b) En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la Casa Consistorial o Palacio Provincial, o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.
- c) La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Presidente deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.
- d) El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria

Asimismo, el art. 16.2 añade que en el “supuesto de entrega previsto en el apartado a), y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo y tendrá la obligación de devolver el expediente o documentación en un término máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión”.



Por otra parte, en el apartado 3 del reiterado artículo 16, se indica que “Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio”.

Esta normativa ha sido perfeccionada con distintos pronunciamientos jurisprudenciales, que han venido a perfilar cuestiones varias sobre el ejercicio por los concejales de este derecho y el alcance de la posibilidad de dirigir solicitudes de información al Alcalde-Presidente. Así, se ha determinado la improcedencia de que tales solicitudes se realicen de forma indiscriminada, genérica o abusiva a fin de no entorpecer el normal funcionamiento de los servicios administrativos de la Corporación. En esta línea, la STS de 27 de septiembre de 2002, que señaló que «el derecho de acceso se ejercitará debiéndose formular petición «individualizada» de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud «genérica» sobre una materia o conjunto de materias» o la STS de 18 de diciembre de 1991, que indicaba que la puesta a disposición a los miembros de la Corporación de la documentación de los asuntos a tratar en la sesión no obliga al envío de la misma a los concejales.

Igualmente, la jurisprudencia ha venido declarando que el derecho al acceso a la información debe limitarse a la documentación previamente elaborada y existente en las dependencias administrativas, sin que sea equiparable este derecho a la información a un derecho genérico a obtener nuevos informes sobre determinados asuntos (STS de 5 de noviembre de 1999), principio éste que ha sido confirmado en virtud de la LTBG al disponer que serán inadmitidas aquellas solicitudes de información que requieran una acción de reelaboración (art. 18.1).

Finalmente reseñar que, tal y como ha manifestado el Tribunal Administrativo de Navarra en su Resolución de 11 de diciembre de 2013, la no terminación en sí de un procedimiento no es por sí misma causa suficiente de denegación de un concejal al expediente de que se trate.

CUARTA.- GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA.

Partiendo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde antiguo, viene otorgando la calificación jurídica de servicio público al abastecimiento de aguas, incluyendo en el mismo tanto la realización de las obras que sean necesarias, como la prestación del servicio, su gestión constituye el objeto de un contrato típico de gestión de servicios públicos (artículo 8 TRLCSP).

Así, el art. 85 de la LRBRL define los servicios públicos como aquéllos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, debiendo gestionarse éstos de la forma más sostenible y eficiente, de entre las siguientes:



- Gestión directa: Que puede llevarse a cabo mediante: a) gestión por la propia entidad; b) organismo autónomo local; c) entidad pública empresarial; d) sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.
- Gestión indirecta: Mediante las distintas formas previstas para la gestión de servicios públicos en el TRLCSP.

En relación a esta última forma de gestión, dispone el art. 275.1 del TRLCSP que, “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares”, viniendo el art. 277 del TRLCSP a determinar las modalidades sobre las que se podrá optar en la contratación de la gestión de los servicios públicos:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Al respecto, señala la disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP que “Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

La posibilidad de gestión indirecta de los servicios públicos a través de sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca solo parcialmente a la entidad local, también está contemplada en el art. 104 del TRRL, que además, prevé que:

“2. En el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo.

En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria.

3. Las Entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, u otra clase de derechos, así como instalaciones,



equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales. La escritura de constitución consignará, en todo caso, las facultades reservadas a quienes representen en la empresa a la Entidad local, así como los casos en que proceda la disolución.

4. En estas empresas podrán participar como socios, junto a la Entidad local, cualesquiera personas físicas o jurídicas, sea cual fuere la clase y el nivel o grado de la Sociedad resultante”.

En estas sociedades mercantiles (o cooperativas), la responsabilidad de la Entidad Local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que pueda ser inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla (art. 105 del TRRL).

Estos preceptos se completan con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título III (arts. 102 a 112 del RSCL), que fijan como nota principal de estas empresas la obligación de constituirse mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada.

Por su parte, el art. 85.ter de la LRBRL conmina a que las sociedades mercantiles locales se rijan íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, debiendo adoptar una de las forma previstas en el TR de la Ley de Sociedades de Capital (RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio), que a su vez, en su art. 2, no deja margen de duda respecto al carácter mercantil de las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto. Así, éstas forman parte del sector público siempre que la participación en su capital social del Ayuntamiento, directa o indirectamente, sea superior al 50%, de conformidad con el art. 3.1.d) TRLCSP.

No obstante lo anterior, el TS en Sentencia de 20 de junio de 1986, distingue entre Sociedades Mixtas que actúan en el mercado y Sociedades Mixtas que gestionan servicios públicos, en las que ***“subsiste en la Administración un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión”***; circunstancia que entendemos concurre en el presente caso, al tratarse de una empresa mixta que gestiona el servicio público de agua (materia sobre la que se ejercerá competencia propia por los municipios conforme al art. 25.2.c) de la LRBRL y que se configura como servicio de prestación obligatoria en los términos del art. 26.1.a) de la misma ley), encontrándose más que justificada la existencia de mecanismos que garanticen el control del Ayuntamiento sobre la gestión del servicio público de que es titular.

El Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen 181/1998, de 14 de abril, señaló:

“La posible regulación especial de ciertos aspectos de estas Sociedades Mixtas, que se exceptúan del régimen general de la legislación societaria. Así, en el art. 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, a “sensu contrario” permite que la Sociedad se rija por disposiciones que le sean específicamente aplicables, y por ello la Sociedad podrá establecer ciertas normas internas de funcionamiento “sin perjuicio de tercero” y “en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta...”, esto es, para conseguir el control público y la



adecuada obtención de los fines públicos que la obtención de la forma jurídica societaria persigue.

En el mismo sentido, el art. 104.2 del Texto Refundido de Disposiciones de Régimen Local, aprobado por RD 781/1986, de 18 de abril, permite que en el acuerdo constitutivo de la Sociedad, puedan establecerse excepciones a la aplicación de la legislación societaria".

De lo expuesto se deduce que, aunque en términos generales la empresa se acomode al régimen mercantil, el Ayuntamiento puede reservarse mecanismos para seguir ostentando el poder de decisión y control de la empresa siempre que dichos mecanismos figuren en los Estatutos de la Sociedad.

Así, el profesor Sosa Wagner en su obra "*La Gestión de los Servicios Públicos Locales*" reseña los siguientes mecanismos: *normas especiales sobre la configuración de la Junta General o del Consejo de Administración, necesidad de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por el Interventor Municipal, exigencia de determinados quórum para la adopción de acuerdos, y el posible veto de la Corporación.*

Finalmente debe reiterarse que las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50% se encuentran dentro del ámbito subjetivo de la LTBG (art. 2.1.g), siéndoles de aplicación las disposiciones del Título I de "transparencia de la actividad pública", es decir, aquellos preceptos englobados en la "publicidad activa" y el "derecho de acceso a la información pública".

QUINTA: EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES RESPECTO A EMPRESAS PARTICIPADAS POR CAPITAL MUNICIPAL.

El derecho de acceso que tienen reconocido los Concejales, en virtud de art. 77 de la LRBRL, viene siendo avalado también por la jurisprudencia, aunque no sean miembros de la Junta General de la Sociedad ni formen parte del Consejo de Administración, respecto de la información de las empresas que gestionan servicios públicos locales.

Dicho criterio jurisprudencial puede encontrarse en las Sentencias del TS de 30 de noviembre de 2001 y de 15 de junio de 2009, de las que se han hecho eco los diferentes Tribunales Superiores de Justicia (TSJ de Andalucía, Granada, Sentencia 489/2011, de 14 de marzo), que, aunque referida a supuestos de gestión directa, entendemos muchos de los extremos como extrapolables a los supuestos de gestión indirecta de servicios públicos mediante expresa mixta.

Recoge la STSJ de Andalucía de 14/03/2011 (que reproduce en parte la STS de 15 de junio de 2009): "*SEXTO.- Por lo que hace a los motivos segundo a quinto, si bien apuntan infracciones diferentes que afectarían a la sentencia, todos descansan en la idea de que no es enjuiciable en sede contencioso-administrativa la actuación de --- de no facilitar a un concejal del Ayuntamiento de --- la información que había solicitado de un expediente de enajenación de terrenos por esa sociedad. Naturalmente, eso supone no discutir que podía reclamársela al Ayuntamiento, lo que deja resuelta esa parte de la controversia pues, aunque se diga que la corporación no podía atender la petición porque no disponía del expediente*



requerido, eso no implica negar el principio: en ese aspecto, por tanto, el Ayuntamiento acepta --como, por lo demás, no podía dejar de hacerlo dado lo dispuesto por la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (LA LEY 847/1985) y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales-- el derecho de un concejal a recibir información sobre los expedientes municipales.

Sentada esa premisa, es menester subrayar otro extremo: una sociedad mercantil de capital íntegramente público como --- no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la corporación local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados”.

“(…) y se hace claro que los motivos de casación no pretenden otra cosa que justificar con argumentos formales una actuación que quiere negar la realidad de las cosas y justificar la sustracción al control que ejercen los concejales de parte importante de la gestión municipal. De ese modo, el recurrente olvida que el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos a la misma y a lo que implica de control democrático.

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, hemos de decir que no infringe la sentencia el artículo 85.3 c) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local precisamente porque, si se trata, como efectivamente se trata, de la gestión directa de servicios públicos locales a través de una sociedad de capital público municipal, no cabe negar el derecho del concejal a la información sobre esa entidad que está gestionando, no patrimonios ni intereses privados, sino servicios e intereses públicos. Por otro lado, la distinta personalidad jurídica ni separa a --- del sector público local, ni elimina su carácter instrumental para el Ayuntamiento. Así, pues, debemos desestimar el segundo motivo de casación y, también, el tercero pues, en atención a lo dicho, no cabe hablar de infracción de los artículos 11.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y 1.1 y 3.4 del Real Decreto 1169/1978.

El cuarto motivo en ningún caso podría prosperar desde el momento en que el artículo 77 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local reconoce a los miembros de las entidades locales el derecho a obtener "cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función" y que el mismo Pleno municipal opera como Junta General de la Sociedad, conforme al artículo 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales”.

A la vista de todo lo anterior, y respecto de la ejecutividad del derecho de acceso que asiste a los concejales en documentación de sociedades de capital municipal, la postura de la jurisprudencia es muy clara, defendiendo el mismo, en cuanto se trata de empresas de



capital íntegramente municipal, por ser “gestión directa”, si bien, no existe un pronunciamiento explícito en los casos de “gestión indirecta”, razón por la cual coexisten dos posturas doctrinales enfrentadas.

Algunos autores mantienen que el pronunciamiento recogido por la STS de 15 de junio de 2009 es predicable también de los modos de gestión indirecta, sociedades mixtas de capital mayoritariamente municipal, porque la titularidad del servicio corresponde al Ayuntamiento, y también subsiste la facultad de control y fiscalización superior de su prestación.

En este Sentido señala la STS de 20 de junio de 1986, ratificando los considerandos de la sentencia recurrida que: *“(…) debe rechazarse; totalmente el planteamiento realizado por la parte actora, según el cual, dicha forma de gestión implica la eliminación del Ente Público titular del Servicio Público, "en todo cuanto suponga gestión del servicio, si no es por medio de su participación en los órganos de administración de dicha entidad mercantil" y ello porque todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacionista del Estado u otro ente público, dirigida a proporcionar una utilidad los particulares, sólo puede tener como titular activo a dichos entes públicos y esa titularidad es claro que incluye entre sus facultades, la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar, el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que, como, de la propia titularidad del servicio, no puede desprenderse la Administración, sin que el "sino pierda su carácter, lo cual no impide que la gestión pueda desarrollarse de forma directa, indirecta o mixta, ya que en todo caso la Administración conserva dicha titularidad de gestión, y en consecuencia la facultad de disponer, regular, organizar y modificar la prestación del servicio, como reconoce el artículo 33 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de tal manera que aun cuando se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidas a la prestación del servicio, subsiste en la Administración, un poder de control y dirección, inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión, y ello se refleja claramente en relación con la tradicional figura de prestación indirecta de servicios públicos, que constituyen la concesión, a pesar de la cual y como señalan los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, las Corporaciones Locales en razón de la titularidad que conservan, pueden modificar las circunstancias de prestación del servicio, en calidad, cantidad, lugar y tiempo, así como en sus tarifas, fiscalizan e inspeccionan la gestión del concesionario, ejercen una actividad sancionadora sobre el mismo e incluso pueden suprimir el servicio, y si ello es predicable de una forma de gestión indirecta, con mayor razón cuando la misma sea mixta, como claramente se desprende de la Ley de Régimen Local y del Reglamento de Servicios (...).*

(…) en consecuencia hay que concluir que la creación de la Empresa Mixta, "M., S.A." no traslada a la misma la titularidad del servicio público de que se trata, que conserva el Ayuntamiento demandado, en virtud de la cual ejerce aquellas actividades de gestión respecto a los usuarios que de manera específica señalan el Reglamento de Prestación del Servicio y el de Funcionamiento, de 6 de febrero de 1971 y 15 de junio del mismo año, y aquellas otras que le reconozcan las disposiciones de carácter general normativa a la que quedarán sujetas dichas actividades, siendo determinante de su legalidad (...).

Otros autores, sin embargo, frente a las mismas consideraciones jurídicas expuestas, y dado que las empresas mixtas se rigen por el ordenamiento jurídico privado, no son consideradas como entes instrumentales del Ayuntamiento, a diferencia de lo que ocurre con las de capital íntegramente municipal, y, al no estar la Junta General compuesta por



todos los concejales, entienden que frente a las mismas deben ser los órganos de gobierno de la sociedad los que decidan la información a facilitar, sin que al Concejal le asistan los mismos derechos de información que respecto a las de capital íntegramente municipal.

A la vista de todo lo anterior se emiten las siguientes,

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA: Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; entendiéndose como tal los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”, siendo de aplicación esta Ley 19/2013, de 9 de diciembre, tanto a las entidades que integran la Administración Local como a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de dichas entidades sea superior al 50 por 100.

El ejercicio de este derecho deberá acomodarse a lo previsto en la citada ley, resultando de especial relevancia el sistema de impugnaciones previsto, por cuanto que, junto a la posibilidad de recurrir directamente las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 20.5), se hace viable la interposición de una reclamación potestativa, en este caso, ante el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia.

SEGUNDA: El derecho al acceso a la información debe limitarse a la documentación previamente elaborada y existente, sin que sea equiparable este derecho a la información a un derecho genérico a obtener nuevos informes sobre determinados asuntos.

TERCERA: Los miembros de las Corporaciones Locales son titulares de un derecho cualificado de acceso a la información, estando sujeto el mismo a su propio régimen jurídico, previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local y en el RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, toda vez que debe completarse, en su caso, con los Reglamentos Orgánicos Municipales.

Así, debe entenderse que, “a priori”, los miembros de las Corporaciones Locales no son destinatarios directos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, teniendo en cuenta la disposición adicional primera de la citada norma.

Ahora bien, a pesar de ello no se puede llegar al absurdo de entender más limitados los derechos de los concejales que los de los propios ciudadanos, de tal suerte que las solicitudes de información de los miembros de las Corporaciones Locales deben ser examinadas al albor de los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, para impedir la contradicción que supondría denegar cierta información a los mismos, cuando ésta sería de libre acceso a cualquier ciudadano.



Como han manifestado algunos autores, la conexión del derecho a la información con el ius in officium de que son titulares los miembros de las Corporaciones Locales, hace imposible que éstos se encuentren en situación de peor acceso que los ciudadanos.

Por estas razones, al estar las empresas mixtas sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y por ende a lo regulado en dicha norma respecto de la publicidad activa (Capítulo II del Título I), los miembros de la Corporación, como cualquier otro ciudadano, tendrán el derecho de acceso a la información previsto en el Capítulo III del Título I de la misma.

Respecto al caso que nos ocupa, y a fin de valorar el alcance del acceso a la información de los Concejales, vía Ley 19/2013, de 9 de diciembre, solicitado por el Concejal del grupo municipal ZZZZ y por el Secretario General de NNNN, deberá prestarse especial atención a lo dispuesto por el art. 12 (derecho de acceso a la información), 13 (información pública) y 14 (límites del derecho de acceso), en relación con el art. 8, todos de la citada Ley, que impone a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación la obligación de hacer pública, como mínimo, y entre otra, la información relativa a “todos los contratos”, “convenios”, “subvenciones”, “presupuestos”, “cuentas anuales”, “retribuciones anuales de los altos cargos y máximo responsables”, etc.

CUARTA: Los miembros de la Corporación también tendrán derecho, sin lugar a dudas, y vía art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, a obtener del Alcalde o de la Junta de Gobierno Local, cuantos antecedentes, datos o informaciones de la empresa mixta obren en poder de los servicios de la Corporación, y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Es decir, si la Corporación tiene en su poder, por ejemplo, “los informes o trabajos realizados por la empresa “O000”, para la empresa “YYYY”, o “los TC1 y TC2 de la plantilla de la empresa, durante el año 2015” (quizás con ocasión de la función fiscalizadora), a ellos debería acceder el Concejal, en virtud del art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (ius officium), ya que como indica la STSJ de Andalucía de 14 de marzo de 2011, que reproduce en parte la del TS de 15 de junio de 2009, la negación de los mismos, aun teniéndolos, supondría sustraer del control que ejercen los Concejales, una parte importante de la gestión municipal, máxime cuando dicha acción se incardina dentro del derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos, debiendo garantizarse que su desempeño se realiza valiéndose de todos los medios que la Ley pone a su alcance.

Como dice la Sentencia antes citada: “De ese modo, el recurrente olvida que el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos a la misma y a lo que implica de control democrático”.

No obstante lo anterior, el derecho de acceso a la información que asiste a los Concejales tiene sus límites, que han de ser igualmente respetados; límites que han ido fijándose por la jurisprudencia, y entre los que hay que destacar:



- Que sea respecto a documentación ya elaborada y existente en las dependencias administrativas (el derecho no alcanza a obligar a elaborar informes ad hoc).
- Que no sean solicitudes realizadas de forma indiscriminada, genérica o abusiva, que entorpezca el funcionamiento de los servicios administrativos de la Corporación.
- Y que estén relacionados con el acceso y en su caso emisión de copias (en los términos recogidos en el fundamento jurídico tercero de este informe).

QUINTA: Respecto del resto de documentación de la empresa mixta, esto es, la que pueda no quedar amparada dentro del ámbito de información pública y publicidad activa de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y que además, no se encuentre en poder de los servicios de la Corporación, sino de la propia empresa, cabe preguntarse si alcanza a la misma el derecho de acceso reconocido a los miembros de la Corporación por el art. 77 de la ley 7/1985, de 2 de abril.

Pues bien, ante las divergentes posturas existentes, es criterio de quien emite el presente informe que sobre la citada documentación, *y ante la empresa*, los corporativos no podrían hacer valer su derecho de acceso a la información derivado del art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, ya que no forman parte de la misma, y ésta únicamente estaría obligada a los deberes de información y publicidad que le impone la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que:

- 1) Se trata de una empresa cuyo capital, en parte, corresponde a la Entidad Local, es decir, que su 51% se nutre de fondos públicos.
- 2) A la vista de la STS de 20 de junio de 1986, y dado que la empresa ante la que nos encontramos es una sociedad mixta que gestiona servicios públicos (abastecimiento de agua), compartimos con ésta que *"subsiste en la Administración un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión"*.

Tal es así que el art. 108 in fine del RD Legislativo 781/1986, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, prevé la necesidad de una previa autorización de la Corporación para introducir mejoras en la prestación del servicio.

- 3) Aunque la gestión del servicio se realiza mediante una forma de "gestión indirecta", en las empresas mixtas existe responsabilidad de la entidad local, si bien es cierto que la misma se limita a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, que en ningún caso, puede ser inferior al valor de los bienes o derechos aportados (art. 105 del TRRL).

Y es que el caso de la empresa mixta no puede identificarse con una concesión, en que el riesgo y ventura íntegros van a cargo del capital privado, estando a medio camino entre ésta y una empresa de capital íntegramente municipal.

- 4) Aunque la empresa mixta, a priori, se rija por el ordenamiento jurídico privado, la Entidad Local podrá sustraerlas de la legislación societaria, en parte, en su



acuerdo constitutivo, estableciendo una regulación propia al efecto, introduciendo especialidades internas tanto estructurales como funcionales (art. 104 del TRRL).

Además, se debe fijar en dicho acuerdo, la participación que la Entidad Local tenga en la dirección de la empresa, así como en sus beneficios y pérdidas (art. 108.e) del TRRL).

5) Las empresas mixtas forman parte del sector público (art. 3.1.d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

6) La empresa mixta debe contar en sus órganos de gobierno y administración con representantes de la Corporación, indicando el art. 108 del RD de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), que serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.

Por todo ello podría concluirse que, respecto a esta documentación (no amparada dentro del ámbito de información pública y publicidad activa de la Ley 19/20213, de 9 de diciembre, y que además no esté en poder de los servicios de la Corporación) los Concejales podrían hacer valer, *frente a la Corporación*, el derecho de acceso que le reconoce el art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, ya que de lo contrario se estaría sustrayendo una parte importante de la gestión, del ámbito de control y fiscalización de los órganos de gobierno de la Corporación, funciones que como miembros del Pleno tienen reconocida, y al que va ligado íntimamente el derecho de acceso a la información.

No obstante lo anterior, se deberá estar a la escritura de constitución de sociedad, y a sus Estatutos, a fin de comprobar las posibles especificidades de funcionamiento y gestión fijadas, y que la desvinculen de la normativa mercantil, ya que de existir, podrían otorgar mayor fuerza a la teoría mantenida en este informe.

Para finalizar, recordar que el derecho de acceso a la información de los corporativos no es ilimitado, debiendo cumplirse con la observancia de las limitaciones que la propia jurisprudencia ha ido perfilando, recogidas en este informe, toda vez que dicho derecho de acceso tampoco alcanza a aquella documentación de la sociedad de carácter puramente empresarial, que por otra parte, en nada interesa al Concejel en el desempeño de su cargo, y perteneciente al ámbito privado-mercantil.

Tras todo lo expuesto, es cuanto procede informar al respecto

Murcia, 13 de mayo de 2016

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO A
ENTIDADES LOCALES