

INSTRUCCIÓ

PROCEDIMENT PER A FACILITAR EL DRET A L'ACCÉS A LA INFORMACIÓ DELS CONSELLERS DE LES SOCIETATS MERCANTILS MUNICIPALS

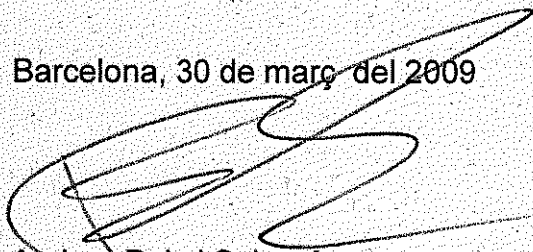
Els membres del Consell d'Administració tenen el deure legal d'informar-se diligentment sobre la marxa de la societat, i conseqüentment han de tenir accés a la documentació de la societat ja que esdevé una condició necessària per al desenvolupament de les seves atribucions.

Amb la finalitat de garantir i facilitar l'accés a d'informació de les societats, i d'acord amb els criteris que s'expressen a l'informe annex de la Direcció dels Serveis Jurídics municipals, les societats seguiran el següent procés en cas de petició de informació per part dels Consellers:

- 1- Els Consellers hauran de presentar per escrit al President del Consell la llista detallada d'informació demandada. Aquest la trametrà al Conseller Delegat o al Gerent per a procedir a preparar l'informació.
- 2- En un període màxim de 15 dies naturals la informació ha d'estar disponible per al Conseller o, en el seu cas, s'haurà de denegar per escrit de manera justificada.
- 3- Ha de regir el criteri de màxima transparència i facilitat en posar a disposició la informació sol·licitada, ajustant-se en el seu abast als criteris i límits que determina l'informe jurídic annex.
- 4- La societat presentarà al Conseller la relació de la informació facilitada per a la seva acceptació mitjançant signatura.
- 5- El període de consulta serà de 10 dies naturals, període que es podrà estendre en el cas de que estigui justificat per la dimensió de la informació. L'horari de consulta serà el laboral habitual de la societat.
- 6- La informació es posarà a disposició del Conseller a les instal·lacions de la societat, en un lloc on pugui ser consultada còmodament i sense interferir amb el desenvolupament ordinari de la societat. Per motius de confidencialitat la informació no podrà abandonar les instal·lacions de la societat ni podrà ser reproduïda en fotocòpies, imatges o similars.
- 7- Durant la consulta el Conseller podrà estar acompanyat d'un nombre determinat d'experts externs. La funció d'aquests experts no és la de fiscalització sinó la d'assessorament al Conseller en la seva consulta, per lo que la presència dels assessors només està justificada en presència del Conseller. Els assessors signaran prèviament una carta de confidencialitat respecte a la informació a la que tindran accés.

- 8- La societat determinarà una persona de la organització per a facilitar en tot moment la consulta al Conseller. Per aclariments sobre la informació facilitada cada societat s'organitzarà segons les seves disponibilitats, responent personalment o establint un sistema de resposta per escrit. No és necessària la presència permanent de personal de l'empresa acompanyant al Conseller durant la consulta.
- 9- En cas de dubte sobre els criteris a aplicar o aclariments sobre el límit a l'accés a d'informació, la societat consultarà a la Direcció dels Serveis Jurídics del Sector de Serveis Generals.

Barcelona, 30 de març del 2009



Andreu Puig i Sabanés
Gerent Municipal

**INFORME EN RELACIÓ A LA INFORMACIÓ SOL·LICITADA
PELS CONSELLERS DE LES SOCIETATS ANÒNIMES
MUNICIPALS: LÍMITS DES DEL PUNT DE VISTA DE LA
LEGISLACIÓ DE PROTECCIÓ DE DADES.**

SUMARI: I. Consideracions generals. II. L'accés a la documentació social per part dels Consellers de les Societats. III. Límits derivats de la legislació sobre protecció de dades. IV. Referència a la doctrina jurisprudencial. V. El deure de confidencialitat dels Consellers. Els compromisos de confidencialitat dels assessors. VI. La conservació de la documentació social i la responsabilitat dels administradors.

I.- Consideracions generals: L'objecte del present informe rau en determinar l'abast del dret d'accés a la documentació de les societats mercantils municipals per part d'aquells que desenvolupen funcions d'administració de les mateixes (administradors, consellers). En aquest sentit, i des d'un punt de vista inicial són necessaris dos ordres diferents de precisions:

1) Un dels deures propis dels consellers de les societats mercantils és desenvolupar el càrrec amb la diligència d'un ordenat empresari. Per a portar a terme aquest deure s'haurà

d'informar de manera diligent de la marxa de la societat. Conseqüentment i per donar compliment a aquesta funció, caldrà que pugui accedir a la documentació social. L'abast de l'accés a aquesta documentació social serà objecte de desenvolupament a les pàgines que segueixen.

2) La determinació dels deures i drets dels consellers d'una societat municipal s'efectua a través de la transposició mimètica de la regulació que sobre aquest extrem es troba en la Legislació sobre societats mercantils. Succeeix, però, que les societats mercantils privades tots els consellers comparteixen la mateixa situació i els drets i deures són homogenis. En canvi, a les societats municipals la situació no és la mateixa. Aquestes societats són resultat de la personificació d'un determinat departament o unitat administrativa municipal, la gestió de la qual correspon al govern municipal, que assumeix les corresponents responsabilitats i respon front als ciutadans cada quatre anys. Des d'aquest punt de vista, la composició dels Consells d'Administració de les societats hauria de respondre a aquesta idea força i, si més no, hauríem d'entendre que els consellers que pertanyen a grups municipals de l'oposició han de concretar la seva tasca a fiscalitzar el funcionament social, més que la d'assumir pròpiament la gestió i administració de la vida societària. Aquesta realitat no ha estat perfectament prevista en les normes positives, però ens ajuda a dibuixar el marc general de la qüestió sotmesa a informe.

II. L'accés a la documentació social per part dels Consellers de les Societats

Com ja s'ha indicat, els membres del Consell d'Administració tenen el deure legal d'exercir el càrrec amb la diligència d'un ordenant empresari i, en conseqüència, el deure d'informar-se diligentment sobre la marxa de la societat (art. 127.2 LSA).

A partir d'aquesta prescripció legal, la Direcció General de Registres i Notariat (resolució de 4 de maig de 2005) ha determinat que els consellers tenen dret a l'accés a la documentació de la societat tota vegada que responen solidàriament de l'actuació de la societat. L'esmentada Direcció ha interpretat que s'entén per documentació social i ha inclòs tres àmbits diferents:

1. Llibres als que fa referència el Codi de Comerç (arts. 25 a 27 CCom.)
2. Documentació que elabora la societat, els liquidadors o auditors (ex. Informes justificatius d'actuacions o operacions, etc..) per a complir els deures de la corporació
3. Qualsevol altra documentació social referent al gir o tràfic propi de la societat

En definitiva, com que el Conseller ha d'actuar de forma diligent i respon solidàriament se li ha de permetre l'accés a la documentació social i se li ha de possibilitar la seva consulta, tota

vegada que, a diferència del soci, el conseller està obligat a guardar secret de la informació confidencial (art. 61 LSRL), la qual cosa implica necessàriament el dret previ d'accedir a la mateixa

Aquest dret subjectiu no és un dret il·limitat. Cal harmonitzar-lo amb l'interès superior d'empresa, de manera que el seu exercici no pot comportar l'entorpiment de la vida social ni generar friccions en l'exercici de la mateixa, a la vegada que s'enllaça irremediablement amb el propi deure dels consellers de portar a terme una diligent i ordenada administració de l'empresa, vetllant pel compliment de l'interès social.

Per això, la petició d'informació ha de ser concreta i relativa als extrems objecte de control i fiscalització. És a dir, s'han de refusar les peticions indeterminades, genèriques i indiscriminades, que podrien afectar negativament al desenvolupament ordinari de la vida social. Així mateix, la informació sol·licitada ha d'estar disponible i no ha de comportar un procés d'elaboració per part de la societat. En aquest sentit, es pot afirmar que indubtablement el principi d'eficàcia també resulta d'aplicació a les societats mercantils municipals. La jurisprudència ha recollit de manera pacífica aquesta limitació. Per exemple sentències del Tribunal Suprem de 29.3.06, 28.05.97 i 12.11.99.

En definitiva, l'exercici del dret d'informació ha de respectar els principis de proporcionalitat i raonabilitat, corresponent a la pròpia societat valorar la seva concurrència.

En aquesta valoració s'ha de tenir present també el fet de si aquesta hagi estat consultada, examinada i, fins i tot, aprovada pels òrgans competents, dels quals en formi part qui demana l'accés.

Finalment, la valoració també s'ha d'harmonitzar, per una altra banda, amb la legislació de protecció de dades que, com veurem, per aplicació del requisit legal de qualitat de les dades, impedeix comunicar aquelles que siguin excessives, no pertinents o inadequades per a la finalitat que justifica la petició.

III.- Límits derivats de la legislació de protecció de dades

L'objectiu principal de la Llei orgànica de Protecció de Dades de caràcter personal (LPD) és la protecció del dret fonamental a la protecció de dades i no pas servir amb caràcter general com a límit al dret d'accés a la informació. La LPD protegeix el dret a l'autodeterminació informativa dels ciutadans, siguin o no empleats de societats públiques.

S'inclou dins de l'àmbit de la legislació de protecció de dades "qualsevol informació referent a persones físiques identificades o

identificables.". Si la informació sol·licitada permet o pot facilitar l'elaboració d'un perfil d'una persona física, és a dir, reunir un conjunt de dades o característiques personals, socials, de comportament, etc, caldrà tenir present la LPD, tant per al seu tractament, cessió, comunicació, com per qualsevol altra operació prevista en aquesta Llei.

Un exemple, segons ha declarat l'Agència Catalana de Protecció de Dades (ACPD), és el registre de trucades des d'un telèfon, fix o mòbil. Segons aquesta Agència, *"el concepte de dades personals inclou tant les trucades sortints com les entrants en la mesura en què totes elles contenen informació sobre la vida privada, les relacions socials o les comunicacions de les persones"*.

Les dades personals no es poden cedir a terceres persones, llevat que existeixi consentiment o una norma amb rang de llei que ho autoritzi. Els consellers no són tercers, per la qual cosa, en exercici del dret de participació (art. 23 CE), tenen dret a accedir a la informació imprescindible per al desenvolupament de les seves funcions. Una altra conclusió podríem extraure en relació als assessors i les dades de caràcter personal, atès que aquests sí són tercers

La normativa de protecció de dades permet l'accés dels consellers a les dades de caràcter personal sense el consentiment, ja que

s'ha recollit en l'àmbit de les seves competències. Cal, però, que aquest accés respongui a l'exercici d'una finalitat legítima, ja que les dades personals només es poden utilitzar per al compliment d'una finalitat concreta. El dret d'informació no exclou, per tant, el dret a la protecció de dades, tot i que el titular del dret no sigui un tercer.

L'exigència de què l'accés respongui a una finalitat legítima és un requisit imposat pel **principi de qualitat**, establert a l'art. 4 LPD. D'acord amb aquest principi, les dades de caràcter personal només poden ser tractades per a les finalitats **determinades, explícites i legítimes per a les quals s'han obtingut.** A més, aquest tipus de dades només poden tractar-se quan siguin **adequades, pertinents i no excessives** en relació amb la finalitat en qüestió.

Per tant, en compliment d'aquest principi **caldrà dur a terme un exercici de ponderació** previ a la comunicació de les dades. En l'exemple que s'ha fet servir, caldrà valorar si el registre de trucades telefòniques constitueix un conjunt de dades pertinents, adequades i no excessives per al compliment de les finalitats legítimes dels consellers que sol·liciten la informació. És a dir, caldrà assegurar que no es comuniquin més dades personals de les estrictament necessàries per a assolir la finalitat legítima justificativa de l'accés a la informació.

En realitzar aquesta valoració hem de partir de les consideracions fetes amb anterioritat: la finalitat legítima fa referència a la gestió a la gestió de la societat o, en el seu cas, al control de la marxa social.

La finalitat del control és legítima i determinada (i podem considerar-la també explícita). El seu desenvolupament no exigeix, però, conèixer, per exemple, la relació concreta de trucades. Si més no, inicialment aquesta seria una informació no pertinent i excessiva als efectes del control de la despesa. Seria suficient el lliurament de la relació de mòbils i l'import de la despesa mensual o anual.

En aquest exemple que posem, detectat un hipotètic un ús abusiu del telèfon, estaria justificat el lliurament de dades més concretes (volum de trucades en dies festius o de trucades a telèfons de serveis de tarificació addicional, etc.). En aquest segon estadi, la informació també es podria facilitar "anonimitzada" amb una indicació incompleta dels números (per exemple, trucades al 803...,806..., Demostrat un ús excessiu del telèfon, resultaria justificada la concreció de la informació, ja que no s'ha d'oblidar que els telèfons són eines d'ús corporatiu, és a dir, de titularitat municipal). Tanmateix, cal recordar que, com assenyalarem més endavant, el Tribunal Suprem (STS 26.09.2007) ha admès l'ús

moderat d'aquesta eina per raons personals, sense que la titularitat pública justifiqui una total llibertat respecte al seu control. Quan es produeix un ús que ultrapassa les instruccions donades per qui posa a disposició aquests mitjans (el titular del telèfon) és quan es podria justificar un control.

IV.- Referència a la doctrina jurisprudencial

A banda de les referències fetes en les pàgines precedents, cal tenir present que la jurisprudència, bàsicament de l'ordre social, ha declarat que el control a aplicar per l'empresari ha de respectar el principi de proporcionalitat. Així, respecte al coneixement i difusió d'informació que pugui afectar a dades personals, es declara que el control ha d'optar per la via menys lesiva del dret fonamental al secret de les comunicacions. Aquest no es veu afectat si hi ha indicis d'un ús abusiu o il·lícit. Per tant, un cop més veiem reflectit el principi de qualitat de dades, abans esmentat.

La jurisprudència exigeix que hi hagi uns criteris predeterminats de l'ús de les tecnologies i eines de l'empresari, perquè aquest pugui dur a terme un control que afecti la intimitat del seu personal.

V.-El deure de confidencialitat dels Consellers. Els compromisos de confidencialitat dels assessors.

La legislació sobre societats mercantils, essencialment la reguladora de les societats anònimes i de responsabilitat limitada, estableixen, junt als drets dels administradors, un seguit de deures que s'enllacen amb la funció que desenvolupen.

Així, ja s'ha tingut ocasió en les pàgines anteriors de posar de manifest com aquests han de complir els següents deures:

-Deure de diligent administració.- Aquest deure es projecta en una doble vessant: per una banda, implica administrar la societat amb la diligència d'un empresari ordenat i la pròpia d'un representant lleal i, per l'altra, per a donar compliment a l'anterior obligació d'administració ordenada a informar-se, diligentment, de la marxa de la societat.

-Deure de fidelitat.- Comporta aquest deure que els administradors han de complir amb els mandats legals i estatutaris amb fidelitat a l'interés social, entès aquest com l'interés de la societat.

- Deure de llealtat.- Segons el qual, els administradors no poden valer-se del nom social o de la seva condició per a realitzar operacions per compte propi o per persones que es troben vinculades a l'administrador.

-Deure de secret.- La normativa societària (cfr. Art. 127 quater LSA) estableix que els administradors, fins i tot després de cessar en els seus càrrec, estan obligats a guardar secret de les informacions confidencials i reserva de tota aquella informació, dades, informes o antecedents que puguin haver conegut a conseqüència de l'exercici del càrrec. Es determina que aquestes dades no es poden comunicar a tercers ni ser objecte de divulgació quan puguin tenir conseqüències perjudicials per a l'interés social.

Per tant, com es pot observar, el dret d'accés a la documentació social comporta com a deure correspectiu la confidencialitat i secret en relació a totes aquelles dades que siguin reservades o que puguin perjudicar el desenvolupament de la finalitat social.

D'altra banda, cal tenir present que el dret d'informació dels consellers és un dret personalíssim directament vinculat amb aquest deure de confidencialitat i secret.

Aquestes consideracions, juntament amb el que s'ha dit en relació a la legislació de protecció de dades, ens permeten afirmar que els potencials assessors que puguin acompanyar els consellers són tercers, que estan limitats per la LPD i que tampoc tenen el dret d'informació previst a la legislació societària.

Per tant, si accedeixen a la informació acompanyant als consellers, hauran de signar un compromís de confidencialitat en relació a totes aquelles dades que coneguin en el desenvolupament de la seva activitat assessora.

VI. La conservació de la documentació social i la responsabilitat dels administradors

De conformitat amb el que preveu el Codi de comerç (art. 30: "*Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales*") caldrà conservar la documentació social durant sis anys des del darrer assentament, per la qual cosa aquest constituirà el límit temporal d'accés a la informació per part dels consellers.

Cal recordar, primer, que en molts casos ens podem trobar amb consellers que estiguin demanant informació sobre un període respecte del qual no n'assumeixen responsabilitats (per no tenir la condició de membre del Consell d'Administració). I, en segon lloc, que la informació sol·licitada ha estat degudament publicada amb els comptes anuals.

Qüestió diferent a l'exposada és la responsabilitat en què incorren els administradors. Segons la legislació societària (arts. 133, 134 i 135 LSA), responen front a la societat (acció social) i front als socis i tercers (acció individual) del dany causat per aquelles actuacions o omissions contràries a la Llei o als estatuts o bé incomplint els deures inherents al càrrec d'administrador.

El termini per a l'exigència d'aquesta responsabilitat és de 4 anys des del cessament en el càrrec, d'acord amb el que estableix el Codi de Comerç (*"la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración"*).

Conclusions

- 1) El dret d'informació dels consellers és de configuració legal i està sotmès als principis d'eficàcia (no obstaculització de la marxa de la societat), proporcionalitat i raonabilitat.

- 2) En relació a les dades de caràcter personal (especialment aquelles que permetin dibuixar un perfil d'una persona física), també és d'aplicació el principi de qualitat establert per la Llei orgànica de protecció de dades. Segons aquest principi, la sol·licitud d'informació ha de respondre a una finalitat legítima, determinada i explícita i les dades a comunicar han de ser

adequades, pertinents i no excessives. Per això, caldrà dur a terme una valoració que ponderi la finalitat justificativa de la sol·licitud i les dades a facilitar.

- 3) Els consellers es troben subjectes al deure de confidencialitat com a correspectiu al dret d'accés a la documentació social. Aquest dret és personalíssim i en són titulars ateses les funcions que li pertocuen com a membre del Consell d'Administració. Per tant, no és extensible als assessors que són tercers tant des del punt de vista de la legislació de protecció de dades com des del punt de vista societari. Aquestes consideracions obliguen a què signin un compromís de confidencialitat per accedir a la documentació.
- 4) El deure de conservació de la documentació social s'estén per un termini de 6 anys des del darrer assentament en els llibres socials i l'acció de responsabilitat contra els administradors prescriu als quatre anys des del cessament del càrrec.

Barcelona, 30 de març de 2009

Joan Manel Abril



Director dels Serveis Jurídics