



Roj: **SAN 5276/2024 - ECLI:ES:AN:2024:5276**

Id Cendoj: **28079230072024100746**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **16/10/2024**

Nº de Recurso: **44/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000044/2023

Tipo de Recurso:

APELACION

Núm. Registro General :

00197/2023

Apelante:

AENA S.M.E. SOCIEDAD ANONIMA

Procurador

D. JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ LÓPEZ

Apelado:

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

**D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**

D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

D. JAVIER RODRIGUEZ MORAL

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil veinticuatro.

Esta Sala ha visto el recurso de apelación número 44/2023, interpuesto por AENA, S.M.E., SA, representada por el procurador don José Manuel Jiménez López, contra la sentencia de 15 de febrero de 2023, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7 en el recurso número 42/2022, formulado por AENA contra la Resolución de 18 de julio de 2022, dictada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), por la que se acuerda estimar la reclamación relativa a la información referente a las retribuciones percibidas por el personal directivo y altos cargos de AENA.

Ha intervenido como parte recurrida el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno representado por el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal.

Y ha actuado como ponente don **José Félix Martín Corredera**, magistrado de la Sala.

AN TECEDENTES DE HECHO

PR IMERO. Con fecha 15 de febrero de 2023 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7 dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por AENA contra la Resolución del CTBG de 18 de julio de 2022, por la que se acuerda estimar la reclamación presentada por don Porfirio relativa a la información referente a los sueldos íntegros brutos anuales totales para todos y cada uno de los años entre 2016 y 2021, ambos incluidos, cobrados por las personas que han sido personal directivo u otro tipo de altos cargos de AENA, con indicación del nombre del miembro del personal directivo o alto cargo, el puesto exacto que ocupaba, la fecha del año en que lo ocupó y cuánto cobraba ese año en total y desglosados conceptos de cada remuneración, incluido sueldo, dietas, complementos y cualquier otro tipo de retribución.

SE GUNDO. Notificada a las partes, la representación de AENA, S.M.E., SA formuló recurso de apelación, solicitando una sentencia por la que estimando el recurso y con revocación de la sentencia apelada se estime el recurso contencioso-administrativo de instancia con todo lo demás que procede en Derecho.

Dado traslado a la representación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, se opuso al recurso solicitando su desestimación.

TE RCERO. Recibidas las actuaciones, formado rollo de apelación y al no haberse solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS**PR IMERO. La Resolución del CTBG y la sentencia apelada.**

1.1 La resolución del CTBG.

En la resolución 139/2022, estimando la reclamación presentada por Don Porfirio, el CTBG acuerda lo siguiente:

«Ordenar la retroacción de actuaciones e INSTAR a AENA, S.M.E., S.A., a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, cumpla con lo previsto en el artículo 19.3 de la LTAIBG y, una vez recibidas las alegaciones de los afectados o transcurrido el plazo de presentación, conceda el acceso a la información solicitada en los términos que se determinan en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución.»

TE RCERO: INSTAR a AENA, S.M.E., S.A., a que remita a este Consejo de Transparencia sin dilación copia de las actuaciones practicadas y de la resolución final del procedimiento.»

El fundamento jurídico octavo al que remite la parte dispositiva de la resolución recurrida tiene el siguiente contenido:

«E n definitiva, por las razones expuestas en los fundamentos precedentes, se ha de estimar la presente reclamación y reconocer el derecho a acceder a la información solicitada en cómputo anual (sin deducciones ni desglose de conceptos) y con identificación de sus perceptores, con la única excepción, en su caso, de

aquellas personas que se encuentren en una situación de protección especial que pudiera resultar agravada como consecuencia de la comunicación de la información.

La comprobación de si se da alguna de estas situaciones excepcionales debe hacerse en el marco del trámite de audiencia previsto en el artículo 19.3 de la LTAIBG, con arreglo al cual: "Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación".

Da do que en el presente caso la sociedad requerida no ha concedido audiencia a los afectados en el marco del procedimiento de acceso, procede ordenar la retroacción de las actuaciones con el fin de que dé cumplimiento a lo dispuesto en el mencionado precepto y, una vez recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo de presentación, facilite al reclamante la información solicitada, salvo en aquellos casos en los que, en atención a lo alegado, aprecie que la persona afectada se encuentra en una situación de protección especial que justifique la prevalencia de la protección de sus derechos sobre el acceso a la información pública».

1.2 La sentencia apelada.

Discrepando de la resolución del CTBG, AENA interpuso recurso contencioso-administrativo del que ha conocido el Juzgado Central número 7 y en el que ha recaído la sentencia apelada, la cual desestima el recurso con la siguiente fundamentación:

«[...] En el caso de autos, pese a los esfuerzos de la parte actora, por acreditar que facilitar la información que se le ha requerido, vulneraría sus intereses comerciales y económicos, no se ha conseguido probar que ello fuera así, no debiendo olvidar que difícilmente se la puede dejar en una situación de desventaja en relación a otros aeropuertos cuyas tarifas sean menos costosa y con competidores privados, cuando AENA, no tiene competidores privados en territorio nacional y precisamente para probar la inexistencia de un daño real y efectivo o de que otras compañías elijan otros aeropuertos, el CTBG, aporta el enlace donde se recoge la lista de aeropuertos gestionados por AENA.

Si existe, por el contrario, un interés general y público, en conocer las retribuciones del personal directivo de AENA SA, en la medida que es una empresa pública que depende del Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana y estos cargos directivos, se nombran y cesan libremente por AENA.

Ta mpoco resulta aplicable al caso, como pretende la actora, la normativa europea en materia de secretos comerciales, pues como ya decíamos, estamos ante un supuesto, en el que lo único que se pretende conocer, son las retribuciones de cierto personal de AENA, entidad esta, que opera en el mercado nacional, sin competencia real alguna.

Ta mpoco se entiende vulnerada la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE , como refiere la actora, pues no se ha acreditado por la recurrente, porque dicha información pondría en peligro su productividad, su competitividad, su supervivencia en el mercado...

La parte recurrente invoca daños a sus intereses comerciales y económicos, así como vulneración del derecho de libertad de empresa, pero no prueba nada, más allá de referencias genéricas».

SE GUNDO. Motivos del recurso y de oposición.

Retomando los argumentos de impugnación aducidos en la primera instancia, como motivos de apelación, se articulan por AENA los siguientes:

2.1 Que la sentencia apelada vulnera el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 48.1 de la Ley 39/2015 (LPACAP) y en la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG) pues no tiene en cuenta la singular naturaleza jurídica de AENA, que además de sociedad mercantil estatal es una sociedad cotizada y sujeta al TR de la Ley del Mercado de Valores, así como también al TR de la Ley de Sociedades de Capital y a las obligaciones específicas en materia de publicidad y transparencia, a lo que se suma la circunstancia de que si bien presta servicios de interés general no percibe financiación de los presupuestos del Estado.

2.2 Que la sentencia vulnera el límite respecto a los intereses económicos y comerciales previsto en el artículo 14.1.h) LTAIBG.

2.3 Que la sentencia ha vulnerado la libertad de empresa (artículo 38 CE) pues, de facilitar la información solicitada, dejaría de competir de facto en el mercado en igualdad de armas con el resto de los operadores privados del mercado que no están sujetos a las obligaciones de la LTAIBG.



TE RCERO. El criterio de las Sala sobre las cuestiones planteadas.

2.1 Según el artículo 2.1.g) LTAIBG quedan dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, las sociedades mercantiles cuyo capital social está participado, directa o indirecta, en un porcentaje superior al 50 por 100.

Y lo que nos propone la recurrente en su primer motivo de impugnación, sobre la base del principio de proporcionalidad, no es que realicemos una interpretación restrictiva del precepto citado, sino que trasпасemos la interpretación literal y realicemos una interpretación correctora restrictiva de la norma de manera que en los casos de que las sociedades participadas a que se refiere el precepto estén sujetas a la Ley del Mercado de Valores y se autofinancien quedarían excluidas el ámbito de aplicación de la LTAIBG.

El motivo no puede prosperar.

La Sala no comparte que el principio de proporcionalidad permita realizar la interpretación que se nos propone. La empresa pública empresarial ENAIRE, adscrita al Ministerio de Transporte y Movilidad Sostenible, ostenta el 51% del capital social de AENA; por dicha razón se encuentra en el ámbito de aplicación de la LTAIBG; y que AENA tenga autofinanciación o no utilice fondos públicos o que sea una sociedad cotizada no constituyen obstáculos para que exista un interés público en el acceso a la información relativa a las retribuciones percibidas por su personal responsable y directivo.

De esta forma, la circunstancia de que deba cumplir las obligaciones derivadas de su condición de sociedad cotizada no excluyen las derivadas de la LTAIBG, no cambiando las cosas tampoco porque el 49 por 100 de los accionistas sean privados, precisamente porque el capital social está participado por el Sector Público en el 51 por 100, como exige la propia LTAIBG en su artículo 2.1 g) para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación.

2.2 Del artículo 14.1 h) LTAIBG resulta que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para «los intereses económicos y comerciales».

Y añade en el número 2 que «[l]a aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

Como la información a que se refiere el litigio es la atinente a las retribuciones del personal que tenga la consideración de responsable y directivo de AENA hay que tener en cuenta, de entrada, que el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades se encuentra regulado en el Real Decreto 451/2012, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

Pues bien, tanto en la primera instancia, como ahora en la apelación, para rechazar la procedencia de facilitar la información a que se refiere la resolución del CTBG se invoca por AENA el citado artículo 14.1. h) LTAIBG, para lo cual alega perjuicios de carácter genérico, relativos a situaciones de desventaja en relación con otros aeropuertos o competidores privados, porque podrían captar a sus directivos además de no tener que publicar esa información.

Este motivo tampoco puede ser acogido.

El Tribunal Supremo ha venido pronunciándose sobre los límites del artículo 14. 1 LTAIBG estableciendo una serie de principios o reglas de interpretación, en relación con las causas de inadmisión o los límites contemplados en la LTAIBG oponibles al derecho de acceso, declarando que el criterio es el de su interpretación restrictiva.

Así, en la STS de 16 de octubre de 2017 (recurso 75/2017), cuyo criterio es reiterado en las posteriores de 10 de marzo de 2020 (recurso 8193/2018), 11 de junio de 2020 (recurso 577/2019), 19 de noviembre de 2020 (recurso 4614/2019) 29 de diciembre de 2020 (recurso 7045/2019), leemos lo siguiente:

«[...] La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información».

Según el Tribunal Supremo «solo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas».

A este respecto, ha de notarse que AENA no tiene competidores privados en España, donde no existen aeropuertos comerciales gestionados por entidades privadas y, fuera de esto, es poco satisfactoria la explicación de que otras entidades cotizadas puedan utilizar la información obtenida para tratar de captar a los directivos de AENA, produciendo una fuga en masa de sus empleados.



De esta forma, la Sala no comparte la tesis de la apelante, entendiendo que no ha justificado el perjuicio para sus intereses económicos y comerciales, ni consta, aunque lo afirme, haber realizado el doble test, puesto que ha prescindido de la evaluación del interés público, y fuera de esto la materia relativa a los secretos comerciales no guarda relación con las retribuciones de los responsables y directivos.

3.3 Difícilmente puede aceptarse, como defiende la apelante, que de facilitarse la información se le impediría competir en el mercado en igualdad de armas con el resto de los operadores privados del mercado que no están sujetos a las obligaciones de la LTAIBG . A este respecto, ya se ha dicho que AENA es el único gestor de servicios aeroportuarios en el territorio nacional y, a decir verdad, la alegación poca relación guarda con el derecho del artículo 38 CE, esto es, a crear y mantener empresas en un sistema de economía de mercado.

Este derecho difícilmente puede verse afectado por el hecho de que a una empresa pública mercantil que opera en régimen de monopolio se le solicita información pública acerca de las retribuciones de sus máximos directivos, retribuciones que, por otra parte - también ha quedado referido - no vienen fijadas por el mercado sino por lo que resulte de la aplicación del Real Decreto 451/2012, y demás disposiciones o acuerdos de desarrollo.

Así pues, cuanto se lleva razonando conduce a la desestimación del recurso de apelación.

CU ARTO. Pronunciamiento sobre las costas.

Al declararse no haber lugar al recurso de apelación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo 139 antes citado, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por dicha parte recurrida, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cantidad de 1.500 euros por la representación y defensa del CTBG.

FA LLO

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por AENA, S.M.E., SA, representado por el procurador don José Manuel Jiménez López contra la sentencia de 15 de febrero de 2023, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7 de Madrid en el recurso número 42/2022, sentencia que **se confirma** con imposición de las costas de este recurso de apelación a la recurrente en los términos y con el límite fijado en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. **JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.