



Roj: **SAN 3226/2017 - ECLI:ES:AN:2017:3226**

Id Cendoj: **28079230072017100344**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **17/07/2017**

Nº de Recurso: **40/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000040 / 2017

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 01351/2016

Apelante: CORPORACIÓN RTVE, S.A.

Procurador D. ROBERTO DE HOYOS MENCÍA

Apelado: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO-ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ LUIS LOPEZ MUÑIZ GOÑI

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. JAIME ALBERTO SANTOS CORONADO

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección Séptima] de la Audiencia Nacional ha pronunciado la siguiente sentencia en el **Recurso de Apelación núm. 40/2017**, interpuesto por «CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A.», representada por el Procurador de los Tribunales D. Roberto de Hoyos Mencía y defendida por el Letrado D. Rodolfo Gilmartín Pérez, contra Sentencia nº 39/2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, dictada con fecha de 22 de marzo de 2017, en el Procedimiento Ordinario núm. 50/2016; habiendo sido parte apelada el «Consejo de Transparencia y Buen Gobierno» [Ministerio de Hacienda y Función Pública], representado y defendido por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-Sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario núm. 50/2016**

Mediante escrito de 29 de junio de 2016, el Procurador de los Tribunales D. Roberto de Hoyos Mencía, actuando en nombre y representación de **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.** [CRTVE - N. I. F.: A -84 -818558], interpuso, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo **recurso contencioso-administrativo** frente a resolución de la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 08 de junio de 2016 [Ref.: R/0088/2016], parcialmente estimatoria de reclamación presentada por D. Jose Francisco el 09 de marzo de 2016, respecto de resolución de CRTVE de 04 de marzo anterior, por la que se daba respuesta en parte negativa a solicitud dirigida a esta entidad el 02 de febrero de 2016 por el mencionado D. Jose Francisco para el acceso a información pública en relación con la compra por parte de RTVE de cine española a D. Benedicto .

El recurso jurisdiccional fue repartido al Juzgado Central nº 11 [P. O. 50/2016], que al cabo de su tramitación dictó **sentencia nº 39/2017, de 22 de marzo de 2017** , en cuya parte dispositiva se lee:

«FALLO Que debo desestimar y desestimo el presente recurso contencioso administrativo Procedimiento Ordinario nº 50/16 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Roberto de Hoyos Mencía en nombre y representación de Radio Televisión Española contra la resolución reflejada en el fundamento de derecho primero de esta resolución, la cual, por ser ajustada a derecho, confirmo. Con imposición de costas al recurrente.»

Mediante Auto de 27 de marzo de 2017, el Juzgado procedió a corregir el error de transcripción existente en el encabezamiento de la sentencia, en lo que respecta a la representación y defensa del organismo demandada, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

SEGUNDO.- Interposición de recurso de apelación.

Frente a la sentencia desestimatoria del recurso jurisdiccional, la representación procesal de Corporación RTVE SA interpuso **recurso de apelación** mediante escrito de 19 de abril de 2017, solicitando a la Sala que dicte sentencia estimatoria del mismo.

Del recurso de apelación planteado se dio traslado a la parte contraria. La representación procesal del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno presentó escrito de fecha 16 de mayo de 2017, procediendo a la impugnación de aquel, y solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la sentencia apelada, con imposición de las costas procesales a la parte apelante. Con lo cual, se procedió al emplazamiento de las partes y a la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- Admisión a trámite y sustanciación del recurso de apelación.

Una vez recibidas en esta Sala y Sección las actuaciones procedentes del Juzgado de instancia, mediante diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2017, se formó el correspondiente rollo de apelación y se tuvo por personados a los Procuradores de los Tribunales D. Roberto de Hoyos Mencía y D. Cesar Manteca Torres, en nombre y representación, respectivamente, del APELANTE CORPORACION RTVE, S.A. y del APELADO CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (CTBG).

Y mediante providencia de 01 de junio de 2017, se admitió a trámite el recurso de apelación y se señaló para votación y fallo el 06 de julio de 2017, fecha en la que tuvo lugar, quedando aquel visto para sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.**

1.- A través del presente recurso de apelación, se somete a la consideración de la Sala la impugnación de la **sentencia** dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo núm. 11 con fecha de 22 de marzo de 2017 , desestimatoria del recurso contencioso-administrativo planteado por Corporación RTVE SA frente a resolución de la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno [CTBG - Ministerio de Hacienda y Función Pública], de 08 de junio de 2016, parcialmente estimatoria de la reclamación planteada por Corporación RTVE SA frente a resolución de esta entidad, de 04 de marzo de 2016, por la que se accedía parcialmente a la solicitud de acceso a información pública propia de dicha Corporación, presentada por D. Jose Francisco el 02 de febrero de 2016.

2.- La **información pública solicitada** por el interesado, D. Jose Francisco , el 02 de febrero de 2016 guardaba relación con una determinada operación de compra de cine español, por parte de RTVE, de la que se había dado noticia en la dirección de internet que mencionaba, y concretamente consistía en:



2.1.- Copia del contrato de compra-venta que conforma esa operación de compra-venta de cine a la productora Video Mercury Films.

2.2.- Listado de las películas compradas en dicha operación.

2.3.- Informes o estudios realizados por TVE o encargados a terceros que hubieran recomendado la mencionada operación y su futura rentabilidad.

2.4.- Identidad de los miembros del Consejo de Administración de TVE que hubieran votado a favor o en contra de dicha operación, o que no hubieran votado.

3.- CRTVE decidió con fecha de **04 de marzo de 2016**, estimar, en parte, la solicitud presentada y, más concretamente:

3.1.- **Denegar** la entrega de copia del contrato de compraventa solicitada. Por afectar directamente a la protección de datos personales de los contratantes [art. 15.3, Ley 19/2013 , en relación con el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre], como derecho fundamental que debe prevalecer sobre el interés público en la divulgación de la información. Además de que la entrega del contrato y, en particular, facilitar el precio de compra de la operación, supondría un perjuicio para los intereses comerciales de CRTVE con respecto a los restantes operadores de televisión, competidores de aquella [art. 14.1 h), Ley 19/2013], y al mismo tiempo afectaría a los derechos de un tercero, una sociedad mercantil cuyo objeto es la distribución cinematográfica. "...siendo totalmente contrario a la práctica habitual y al funcionamiento de este mercado en competencia la divulgación de los contenidos y clausulado concreto de los contratos que se suscriben".

3.2.- **Acceder** a la entrega al solicitante del listado de películas cuyos derechos de emisión fueron adquiridos en la operación.

3.3.- **Estimar parcialmente** la solicitud de entrega de los informes y estudios que hubieran recomendado la operación, y de los relativos a la rentabilidad de la operación misma. En el sentido de que: "A este respecto, se le proporciona información sobre la evolución de los índices de audiencia y datos que, a juicio de la CRTVE permiten concluir que su programación ha permitido mantener la contención de costes de consumos de programas durante 2015. Asimismo, la resolución indica que por lo expuesto, la decisión de la adquisición de los largometrajes a los que se refiere la solicitud, adoptada en el Consejo de Administración de 28 de enero de 2016, se fundamenta en el análisis del coste medio por hora y mil espectadores y en la evolución positiva del índice de audiencia permitiendo mantener esta rentabilidad en la programación y en la mejora de las audiencias para los períodos de vigencia de los largometrajes adquiridos que comienzan en febrero de 2016 y se extienden hasta el 31 de marzo de 2017".

3.4.- **Denegar** la información relativa a la identidad de los miembros del consejo de administración, en base a lo establecido en el art. 14.1 k) de la Ley 19/2013 , dado que,

"...el ordenamiento jurídico, en su conjunto, quiere preservar el secreto de ciertas informaciones, datos, informes y antecedentes conocidas por los administradores de las sociedades de capital que se consideran críticas para garantizar, en último término, la propia supervivencia de la mercantil administrada (...) mediante el establecimiento de la obligación de guardar secreto sobre todo lo que es objeto de actuación como tales administradores, lo que incluye, sus actuaciones en los Consejos de Administración, manifestadas en sus intervenciones y en sus votos. Pero el deber de secreto no se agota en que los administradores no revelen personalmente tales secretos (LSC), sino que el legislador ha querido garantizar ese secreto requerido en procesos de toma de decisión, como son los que tienen lugar en los Consejos de Administración en los que se manejan las "informaciones, datos, informes o antecedentes" a que se refiere el art. 228.b) LSC. Y esta garantía queda recogida en la Ley 19/2013 ; concretamente, en el anteriormente transcrito apartado k) del número 1 de su artículo 14".

4.- Ante la resolución adoptada por CRTVE, el interesado planteó **reclamación** ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno [art. 20.4, Ley 19/2013, de 9 de diciembre], mediante escrito de 09 de marzo de 2016. Sustancialmente, invocando el art. 8 de la Ley 19/2013 como fundamento de la solicitud de acceso al contrato; la falta de justificación de la operación de compra; y la improcedencia de la denegación de la información relativa a la identidad de los consejeros en base a la excepción prevista en el art. 14 k) de la Ley 19/2013 .

Previo trámite de alegaciones conferido a CRTVE, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, mediante resolución de la Presidenta de dicho organismo de **07 de abril de 2016** , procedió a la estimación parcial de la reclamación presentada por D. Jose Francisco contra la resolución de Corporación RTVE SA de 04 de marzo de 2016, acordando instar a dicha Corporación a proporcionar, en el plazo máximo de veinte días hábiles, la información referida en el fundamento jurídico nº 9, y a proporcionar en el mismo plazo copia de la información suministrada al reclamante.



En el indicado fundamento jurídico nº 9 se concreta el alcance de la **estimación parcial de la reclamación** presentada, estableciendo que CRTVE debe a) Proporcionar Copia del contrato de compra-venta que conforma la operación de compra-venta de cine a la productora Video Mercury Films acordada por el Consejo de Administración de la Corporación con fecha 28 de enero de 2016; y b) Confirmar si ha existido informe o estudio previo que justifique la idoneidad y rentabilidad de dicha operación.

3.- Disconforme con la resolución parcialmente estimatoria de la reclamación, Corporación RTVE SA acudió a la vía contencioso-administrativa, propugnando en la demanda rectora **del recurso jurisdiccional** la anulación de la Resolución R/0088/2016 de 8 de junio de 2016, dictada por el CTBG.

Mediante **sentencia de 22 de marzo de 2017** [P. O. 50/2016], el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 procedió a la desestimación del recurso jurisdiccional. Para ello, después de reseñar los antecedentes del caso, y de hacer referencia a la naturaleza y regulación del derecho de acceso a la información, el Juzgado parte de la condición de la corporación recurrente, receptora de la solicitud de información, como sociedad mercantil pública de carácter estatal que gestiona el servicio público de radio y televisión, y del deber de información que en materia de contratos establece el art. 8.1 a) de la Ley 19/2013 , para poner de manifiesto que:

«... en el presente caso, en el que el contrato objeto de solicitud supone el uso de fondos públicos, el derecho fundamental a la **protección de datos** de carácter personal, así como el derecho a la **intimidad** de los intervinientes en el contrato no puede prevalecer sobre el interés público en la divulgación de la información, puesto que, como resalta la resolución objeto de recurso, "el uso de fondos públicos se encuentra, precisamente, en el eje de las obligaciones de transparencia previstas en la norma y constituye uno de los elementos fundamentales para la rendición de cuentas que forma parte de los objetivos para los que la norma fue aprobada" (...) No resultan afectados tampoco los **derechos de terceros** , en este caso, de la productora contratante, al facilitar la copia del contrato, pues dicho concepto de publicidad activa supone la identificación de las partes que actúan en los contratos, como una forma de publicidad primaria. »

« No puede considerarse que la solicitud debiera haber sido denegada con base en el argumento de que el acceso a dicha información supone un perjuicio para los **intereses económicos y comerciales** de la recurrente, por infringir el artículo 14 de la Ley (...) Y ello atendiendo a que este precepto no consagra una potestad discrecional, sin que sean de recibo las alegaciones referidas a que RTVE es un operador que concurre en el mercado audiovisual, por lo que divulgar la información solicitada perjudicaría sus intereses comerciales (...) Y ello porque, como se ha dicho, la ley consagra la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurren causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14. Tales causas constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia deben ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto, como la norma indica, de tal modo que frente a los actos típicamente discrecionales, que admiten varias soluciones justas, en el caso objeto de análisis solamente permite una solución justa. En caso de duda acerca de la existencia de un obstáculo o límite al derecho a la información comprendo en el artículo 14.1 h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre , se impone la exigencia de acreditación por quien ha de ofrecer la información, que el acceso a la misma supone ese perjuicio para sus intereses económicos y comerciales así como que la existencia de los mismos debe ser acreditada de forma que se constate la derivación del consecuente perjuicio, al ser la norma el acceso a la información, y constituir excepcionalidad la aplicación de alguno de los límites contenidos en el citado artículo 14, pues en el caso de que se argumente la causación de perjuicios económicos y/o comerciales, puede suceder que nos enfrentemos a una mera alegación, y ésta precisa de la adecuada prueba en cada supuesto que se vea presuntamente afectado (...) Siendo así que, en el presente caso, el perjuicio que se alega por la demandante resulta en exceso genérico, ya que no concreta el daño que se le causa, limitándose a alegar que resulta obvio que el hacer público el precio de compra de las películas afectaría a sus intereses comerciales ya que el conocimiento de tal dato por el resto de operadores de TV tendría incidencia en la fijación de precios, al no tratarse de un mercado intervenido, sino en competencia. Pero lo cierto es que no se acredita que el proporcionar información implique tal perjuicio o desventaja para la RTVE, sin que el contenido de la prueba practicada en este procedimiento se encaminara a probar tales extremos. No resulta por tanto acreditada la existencia del pretendido perjuicio, como límite legal a la información que le fue requerida a la demandante, ni consta la causación de daño alguno, (si bien se ha accedido a la medida cautelar solicitada por otros motivos), pues de proporcionarse la información requerida sobre el citado contrato y el listado de películas que conforme al mismo se han adquirido por la recurrente, así como la información relacionada con los previos informes o estudios realizados en orden a dicha contratación, no se evidencia que se perjudicaran los intereses económicos ni comerciales de RTVE ni de terceros, ya que lo único que se reclama son datos objetivos que además, en cumplimiento de la norma, debían constar en el correspondiente *portal de transparencia del ente* que aparece por imperativo legal en su página web a la que existe un acceso libre por parte de los ciudadanos interesados. En conclusión, el cumplimiento de acceso a la información solicitada



no permite constatar que se derive ni un perjuicio para la recurrente ni una ventaja competitiva para otros medios televisivos, ni menos aún para el servicio público que la recurrente presta. Y además en este caso, no se encuentran involucradas las normas de defensa de la competencia ni el principio de libertad empresarial dentro de la economía de mercado según la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de Julio, pues el conocimiento de datos objetivos no tiene relación alguna con la competitividad empresarial y la libertad de empresa (...)»

Al respecto, como pauta de la motivación que haya de tener un acto administrativo por el que se deniegue el acceso a documentación que se halle en poder de los entes de derecho público, la sentencia apelada refiere la establecida en sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 01 de julio de 2008 [Asuntos C-39/05 y C-52/05].

Dicho lo cual, la sentencia de instancia rechaza que los contratos a que se contrae el art. 8.1 a) de la Ley 19/2013 sean exclusivamente los sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Y rechaza también que la falta del trámite de audiencia a terceros interesados tenga trascendencia invalidante.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de apelación.

1.- A través del **recurso de apelación** promovido frente a la sentencia de instancia, CRTVE, parte apelante, sostiene:

1.1.- «Sobre los límites al derecho de acceso a la información, derivados de la protección de los datos de carácter personal»

Cuestiona la parte apelante las consideraciones hechas en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia, por eliminar de raíz la posibilidad de proteger los datos de carácter personal, prevista en el art. 15 de la Ley 19/2013. Y contrariamente, defiende la resolución objeto de reclamación en lo que respecta a la solicitud de acceso al contrato de compra de derechos de emisión, para no comprometer la protección de datos de carácter personal ni el derecho a la intimidad de los intervinientes en el contrato, por considerar prevalente la protección de tales derechos sobre el interés público en la divulgación de la información.

1.2.- «Sobre el perjuicio para los intereses económicos y comerciales»

La corporación apelante defiende la denegación del acceso al contrato de adquisición de derechos de emisión en base al límite establecido en el art.14.1 h) de la Ley 19/2013, por afectar a los intereses comerciales de la propia corporación apelante y a los derechos de un tercero, una sociedad mercantil cuyo objeto es la distribución cinematográfica.

1.2.1.- «Existencia del perjuicio y de los daños vs. test de daño y de interés público»

Al respecto, cuestiona el recurso de apelación la sentencia de instancia, fundamento jurídico sexto, por considerar que no aplica correctamente los límites ex art. 14 de la Ley 19/2013, al "exigir prueba de un hecho que no se ha producido", es decir, del perjuicio y de los daños a los intereses reseñados.

1.2.2.- «Especialidades de las sociedades mercantiles dentro del Sector Público en relación con la protección de los intereses económicos y comerciales»

Para la parte apelante, el límite establecido en el mencionado precepto legal es de aplicación, especialmente, cuando la entidad a la que se pide información es una sociedad mercantil, "como ocurre en el caso de la Corporación RTVE SA, que concurre en competencia en el mercado", dado que "...en ellas deberá reconocerse (...) la concurrencia de este tipo de intereses, que son consustanciales a su propia naturaleza mercantil".

1.2.3.- «Competencia y libertad empresarial»

Finalmente, la parte apelante viene a defender que la divulgación de la información solicitada y, particularmente, del precio de adquisición de los derechos de emisión, interfiere sobre la competencia y libertad de empresa, "de ahí el juego de estas cuestiones en la aplicación del límite recogido en el artículo 14.1 h)".

1.3.- «Sobre la audiencia de los interesados»

1.3.1.- «Intereses de terceros reconocidos por CRTVE en su resolución»

En el recurso de apelación se dice que es evidente la condición de interesada de VIDEO MERCURY FILMS SA, así como de los representantes de las mercantiles intervinientes. "en la medida que el resultado del acto que se recurre produce un efecto (...) para todos ellos, con evidente afectación de sus derechos".

1.3.2.- «Obligación del CTBG de dar trámite de audiencia a los terceros»

Frente al parecer de la sentencia apelada [fundamento jurídico noveno], sostiene la apelante que el art. 24.3 de la Ley 19/2013 impone al CTBG otorgar el trámite de audiencia a los terceros cuyos derechos e intereses se



pongan de manifiesto en la resolución impugnada, independientemente de que quien hubiera dictado aquella haya o no otorgado dicho trámite.

Más concretamente, se dice que el CTBG estaba sometido entonces a la Ley 30/1992, mientras que la apelante se somete al derecho privado [Ley 16/2006]; y que aquel debería de haber dado audiencia, no solo a las personas físicas intervinientes en el contrato [representantes de CRTVE y de la distribuidora], sino también a la mercantil interviniente como parte del contrato [arts. 58.1 y 84.1, Ley 30/1992 ; art. 105 c) CE], como titulares de derechos y no solamente de intereses [art. 31.1 b) , Ley 30(1992)]. Siendo los derechos afectados el derecho a la intimidad de unos [art. 18.1 CE], garantizado por la protección de datos de carácter personal [LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal] y el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la otra [art. 38 CE; Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia]. Y produciendo indefensión a los afectados la falta de comunicación del procedimiento [STS, Secc. 7ª, de 11 de junio de 2002].

1.4.- «Sobre el tipo de contratos afectados por la publicidad activa del art. 8.1 a) de la Ley 19/2003 »

El recurso de apelación cuestiona la interpretación realizada al respecto en la sentencia apelada, en sus fundamentos jurídicos quinto y octavo. Para la apelante, los contratos afectados por el indicado precepto son los sometidos al TRLCSP, siendo así que el contrato de que se trata no se encuentra sometido al mismo.

1.5.- «Sobre las costas»

Se alega en el recurso de apelación, respecto de las costas del proceso en primera instancia, la existencia de serias dudas de derecho, ante la ausencia de jurisprudencia sobre los preceptos legales estudiados.

TERCERO.- Oposición al recurso de apelación.

La representación procesal del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno impugna el recurso de apelación y solicita la desestimación del mismo y la confirmación de la sentencia apelada, con imposición de las costas procesales a la parte recurrente. Para ello, después de exponer los antecedentes relativos al objeto del recurso de apelación [Resolución de CRTVE de 04 de marzo de 2016; Resolución R/0088/2016 del CTBG; Sentencia judicial apelada], y de indicar que la solicitud de información a la que se contrae la resolución litigiosa es debida al incumplimiento, por parte de CRTVE, de su obligación de publicidad activa [art. 8.1 a), Ley 19/2013], el organismo público apelado impugna el recurso de apelación, haciendo las siguientes alegaciones:

1.- «Sobre los límites al derecho de acceso a la información, derivados de la protección de los datos de carácter personal alegados de contrario»

Se dice en el escrito de impugnación del recurso de apelación que dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos no puede incluirse a las personas jurídicas; que debe tenerse en cuenta la previsión de publicidad activa establecida en la Ley, y que ello supone, a su vez, la aplicación del art. 11 de la LOPD , que prevé que el consentimiento del titular no será requerido cuando dicha cesión esté prevista en una Ley. Y según la parte apelada, algo similar podía decirse del derecho a la protección de la identidad personal y familiar de CRTVE y de la productora Video Mercury Films.

2.- «Sobre el alegado perjuicio para los intereses económicos y comerciales»

En el escrito de impugnación se da respuesta a las alegaciones hechas al respecto por la parte recurrente, en los términos siguientes:

*«1. **Existencia del perjuicio y de los daños vs. test de daño y de interés público.** La necesidad del test del daño que el recurrente atribuye al Fundamento Jurídico Sexto de los contenidos en la Sentencia objeto de recurso, no es una invención del juzgador, sino que viene expresa y concretamente recogido en el Preámbulo de la LTAIBG, punto III, quinto párrafo (...) De lo anterior se evidencia, que test del daño también tiene una interpretación favorable al acceso, salvo en el caso de los "datos especialmente protegidos" en clara referencia a los datos personales del art. 7 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y que según la propia Ley Orgánica se refieren, a ideología, afiliación sindical, religiosas o creencias (art. 7.2), o bien, origen racial, salud, vida sexual (art. 7.3). Información que, como puede verse, se refiere al núcleo esencial de la vida íntima de una persona. Por otro lado, nada hay que afecte más directamente a la organización y/o a la actividad de la Corporación RTVE que conocer cómo gasta el dinero público y con quién y qué contrata, por lo que "prevalecerá el acceso" tal como establece la propia LTAIBG Así pues, ajustado a Derecho es lo señalado por el juzgador el decir, que corresponde a la Corporación RTVE la ponderación, ya que así lo recoge el citado artículo al mencionar "el órgano al que se dirija la solicitud". No es pues, una probatio diabólica, sino claro supuesto en el que la obligatio actor incumbit probatio. Los alegatos relativos a las "prácticas habituales", "los secretos contractuales" de los organismos públicos, "el sentido común" como propiedad del recurrente, o la "experiencia vital", carecen de valor jurídico en todo caso y más especialmente, cuando una ley crea un derecho en el que exige la rendición de*



cuentas de todos los contratos de la Corporación RTVE, que es a partir de la LTAIBG, la práctica habitual y legal. Pero es que además, tras sorprenderse la recurrente de que la Corporación RTVE debiera ponderar a través del test del daño, afirma que lo ha realizado.»

«2 . **Especialidades de las sociedades mercantiles dentro del sector público en relación con la protección de los intereses económicos y comerciales.** Insiste la recurrente sobre su condición de sociedad mercantil, pero omite mencionar su condición de PÚBLICA. No cabe argumento. Si el legislador hubiera tenido la firme voluntad de no exigir transparencia a este tipo de sociedades públicas mercantiles que gestionan el interés público, con dinero público, no los hubiera incluido **expresamente** en el art. 2.1.g), sujetos obligados, y hubiera hecho una excepción específica en el art. 8.1.a) respecto a sus contratos. No lo ha hecho, de modo que, donde la ley es clara no cabe interpretación y lo que la ley no dice no se puede predicar vinculante. El recurrente copia sus estatutos en donde se puede leer su competencia para la gestión de un servicio público, sometido pues a las normas de transparencia. Además, no sería congruente pensar que toda entidad privada que contrate con la Administración vea publicada los datos relativos a esa contratación por virtud del artículo 8 tan reiteradamente citado, con el eventual perjuicio a sus intereses comerciales según la CRTVE, y dicha entidad no proporcione información sobre sus contratos a pesar de que su obligación de rendición de cuentas es incluso mayor al financiar su actividad con cargo a fondos públicos.»

«3 . **Competencia y libertad empresarial.** Mezcla la recurrente en su escrito, la legislación en materia de competencia con el derecho de acceso a la información pública. Ambas y cada una de ellas responden a un objetivo o interés legítimo y distinto en cuanto a su objeto, sujetos y obligaciones. La defensa de la competencia se refiere a la concurrencia en la licitación y a las condiciones de la adjudicación en libre mercado, y el derecho de acceso instaura el derecho a conocer con arreglo a qué criterios se toman, las decisiones que nos conciernen (...)»

3.- «Sobre la audiencia a los interesados»

Al respecto, la parte apelada opone:

« **1. Interés de terceros reconocidos por CRTVE en su resolución.** Se declara la condición de interesada la sociedad mercantil Vídeo Mercury Films, S.A., eso sí, "en sentido amplio", matiza. De contrario en su argumentación correlativa, se equipara la condición de "interviniente" con la de interesado en un procedimiento administrativo en contra de las más elementales normas procedimentales; predica la protección de los derechos a la intimidad de sociedades mercantiles, siendo un derecho fundamental de las PERSONAS físicas recogido en la Constitución Española; se argumenta la necesidad de proteger los derechos económicos de una empresa comercial privada, frente a un derecho universal, subjetivo, que crea la nueva ley de TAIBG, con muy escasos límites, frente a un derecho público, sustantivo, objetivo y de escasos límites que ni siquiera precisa motivación. La evidencia no precisa comentarios ni argumentos, porque se desacredita en sí misma.»

« **2. Obligación del CTBG de dar trámite de audiencia a los terceros.** No se entiende muy bien, cómo la parte recurrente vuelve a argumentar este supuesto, tras una sentencia en instancia que califica la afirmación "contra sus propios actos", tampoco de donde deduce (en negrita), que la LTAIBG otorga trámite de audiencia un sujeto, que no ha comparecido en la tramitación del expediente, en fase de recurso. Lo que **SÍ** dice la LTAIBG es que **en la tramitación** , art. 19.3, se podrá dar trámite de audiencia si la información solicitada pudiera afectar a derecho o intereses de terceros, antes de contestar con resolución por el órgano que tiene la información. Sería pues la Corporación RTVE la que, si así lo hubiera considerado, hubiera podido dar, en la fase propia de la tramitación de la petición de información, audiencia a algún supuesto o posible perjudicado. Esto nunca ocurrió, de ahí la manifestación de la sentencia en instancia que a nuestro entender, equivocadamente, trae a colación la recurrente. Igual consideración merece la mención al art. 24.3 de la LTAIBG, ya que se refiere al supuesto, en fase de reclamación si la resolución que se reclama **estuviera basada** en protección de derechos o intereses de terceros. Obviamente no es este el caso. Los derechos son los del solicitante de información que la ley y la sentencia 39/2017, declaran y califican de información pública (art. 13 de la LTAIBG), en poder de un sujeto obligado (art. 2.1.g). Sentencias sobre la doctrina de los actos propios o sobre, cuestiones ajenas al objeto del expediente de acceso al derecho de información pública incluso, anteriores a la LTAIBG, llenan huecos y para dar vueltas a un argumento sin apoyo jurídico ya la LTAIBG lo dice claramente, en fase de tramitación no se dio audiencia a la mercantil por parte de la Corporación, y en fase de reclamación la audiencia sería referida a una resolución que estuviera basada en lesión de derechos de terceros. Nada de eso ocurre cuando un ciudadano pregunta a un sujeto obligado, la causa, de un contrato pagado con dinero público que ya debía figurar, al ser requerido por el art. 8 de la LTAIBG, de oficio en publicidad activa»

4.- «Sobre el tipo de contratos afectados por la publicidad activa del art. 8.1 a) de la Ley 19/2003 »

Para la parte apelada, donde la ley es clara, no cabe interpretación, de manera que la Ley 19/2013 estableció la obligación de publicar todos los contratos [art. 8.1 a)], mientras que CRTVE decidió no publicar los que le



corresponden, siendo así que "la razón de ser de la LTABG (...) es crear un derecho que permita a los ciudadanos, ahora titulares de la información, hacer escrutinio y participar en la actividad pública y en la gestión del gasto público".

5.- «Sobre las costas»

Finalmente, la parte apelada alega que el Juzgado de instancia no ha tenido serias dudas para imponer las costas a la recurrente, "ya que la ley es clara y la ausencia de jurisprudencia, dada la corta vida de la ley, no puede ser un argumento".

CUARTO.- Sobre el recurso de apelación planteado.

1.- A través del recurso de apelación frente a la sentencia nº 39/2017 del Juzgado Central nº 11, la parte demandante [CRTVE] somete a la consideración de la Sala, en segunda instancia, la impugnación de la Resolución R/0088/2016 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, por medio de la cual, rectificando la decisión adoptada por CRTVE con respecto a la solicitud de información pública que diera origen al procedimiento, vino a estimar en parte la reclamación planteada por el solicitante de la información, instando a CRTVE a proporcionar al solicitante la copia del contrato que había recabado desde el principio, por el que se había formalizado la compra-venta de cine a la productora Video Mercury Films, acordada por el Consejo de Administración de CRTVE el 28 de enero de 2016.

En el recurso de apelación se expone la discrepancia de la Corporación demandante con respecto a la sentencia apelada, tanto por motivos de fondo esencialmente encaminados a defender la concurrencia de limitaciones al derecho de acceso a parte de la información solicitada, como en motivos de forma, por haberse prescindido del trámite de audiencia establecido por la ley al regular el procedimiento de reclamación. Por lo que es preciso comenzar examinando el defecto de forma alegado, por constituir cuestión preferente para la resolución del recurso planteado, tal y como tiene dicho el Tribunal Supremo, Sala Tercera, entre otras, en sentencia de 12 de julio de 2013 [Rec. Casación 2253/2010]: "Procede realizar un **examen preferente** del motivo en el que se aduce la quiebra de las normas que rigen los actos y garantías procesales, atendidas las consecuencias que se anudan a su estimación, (...) que puede comportar la reposición de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la comisión de la infracción".

2.- Tras la decisión adoptada por CRTVE con respecto a la solicitud de información que diera origen al procedimiento, el solicitante interpuso reclamación ante el CTBG en base al art. 24 de la Ley 19/2013 , por no haberle facilitado el acceso al contrato en base a la normativa de protección de datos y a la preservación de los intereses económicos y comerciales; por no haberle facilitado tampoco los justificantes de la operación, y por haberle negado la información relativa al sentido del voto de los consejeros.

El CTBG procedió entonces a dar traslado a CRTVE para alegaciones ya resolver seguidamente la reclamación planteada, estimándola parcialmente, en el sentido ya expuesto.

3.- Sin embargo, la decisión de CRTVE, de no facilitar el contrato en el que se formalizó la operación de compraventa a la que se contraía la información solicitada, estaba fundamentada en la protección de datos de carácter personal de los intervinientes en el contrato [art. 15 de la Ley 19/2013 , en relación con el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999], y en la protección de los intereses económicos y comerciales así de la propia CRTVE como de la sociedad mercantil de distribución cinematográfica con la que se había formalizado el contrato [art. 14.1h) de la Ley 19/2013]. Razón por la cual, antes de resolver la reclamación, procedía haber oído en trámite de audiencia a las personas físicas que, en nombre y representación de las sociedades contratantes, habían intervenido en la formalización del contrato, así como a la mencionada sociedad mercantil de distribución cinematográfica.

Pues el art. 24.3 de la repetida Ley 19/2013 , después de establecer que la tramitación de la reclamación ha de ajustarse a lo prevenido en la Ley 30/1992 en materia de recursos, añade que: "Cuando la **denegación** del acceso a la información **se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros** se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga". Con lo cual, más allá de la intervención que en el procedimiento administrativo se dispensa a los interesados [arts. 31 , 34 y 112, Ley 30/1992], la Ley 19/2013 vino a habilitar en el mencionado precepto [en términos similares al art. 112.2 de la Ley 30/1992] la especial intervención, en el trámite de reclamación, de aquellos terceros cuyos derechos o intereses hubieran sido determinantes de la denegación de acceso a la información pública cuestionada en la reclamación, como es el caso. Y ello, con independencia de lo que sobre la virtualidad de dicha protección, como fundamento de aquella denegación, o como límite del acceso a la información, corresponda decidir al resolver la reclamación.

De manera que al haberse omitido dicho trámite, lo que procede es dejar sin efecto la resolución de la reclamación y volver sobre el procedimiento para subsanar el defecto de forma cometido [art. 113.2, Ley



30/1992], es decir, para para sustanciar el trámite omitido, antes de resolver aquella. Y al no haberlo resuelto así la sentencia de instancia, procede su revocación, sin que la eventual infracción del art. 19.3 de la Ley 19/2013 pueda servir de fundamento para prescindir posteriormente del trámite prevenido en el art. 24.3 de la indicada Ley.

QUINTO.- Resolución del recurso de apelación. Costas procesales.

1.- Procede, por todo lo expuesto, **estimar en parte el recurso de apelación**, revocar la sentencia objeto del mismo, **estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo** promovido por CRTVE, declarar la anulabilidad de la resolución del CTBG objeto del mismo, y disponer la retroacción del procedimiento en que dicha resolución se dictó, al objeto de que, en relación con la reclamación de D. Jose Francisco respecto de la resolución de CRTVE de 04 de marzo de 2016, se confiera trámite de audiencia a la productora Video Mercury Films, S. A., así como a las personas físicas que hubieran intervenido, en nombre y representación de las entidades contratantes, en la formalización del contrato sobre el que se recabó la solicitud de información [art. 24.3, segundo párrafo, Ley 19/2013, de 9 de diciembre], y se proceda después a la resolución de la reclamación.

2.- Sin imposición de las costas causadas en ambas instancia [art. 139, apartados 1 y 2, de la Ley Jurisdiccional].

3.- 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 deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que presenta [art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional, modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 22 de julio de 2016].

FALLAMOS

1.- Que **estimando, en parte, el recurso de apelación** planteado por la representación procesal de «CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A.» contra sentencia nº 39/2017, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 el 22 de marzo de 2017, [Procedimiento Ordinario nº 50/2016], **revocamos dicha sentencia y, en su lugar, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo** entablado por «CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A.» respecto de resolución de la Presidenta del CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO [Ministerio de Hacienda y Función Pública], de 08 de junio de 2016, ya mencionada, **anulamos esta última resolución**, al objeto de que con retroacción del procedimiento, en **trámite de audiencia**, se dé traslado, para alegaciones, de la **reclamación** interpuesta por D. Jose Francisco frente a resolución de «CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A.» de 04 de marzo de 2016, a la productora «VIDEO MERCURY FILMS, S. A.», así como a las personas físicas que hubieran intervenido, en nombre y representación de las entidades contratantes, en la formalización del contrato sobre el que se recabó la solicitud de información, y se resuelva posteriormente dicha reclamación nuevamente.

2.- Sin imposición de las **costas procesales** causadas en ambas instancias.

3.- Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma **puede prepararse recurso de casación ante esta Sección**, mediante **escrito** en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de presentarse dicho escrito en el **plazo de 30 días** a contar desde el siguiente al de su notificación y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Previamente deberá constituir un depósito por importe de 50 euros que ingresará en la cuenta de esta Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, abierta en BANCO SANTANDER número 2856 0000 24, e indicando en los siguientes dígitos el número y año del presente procedimiento. Se aportará el correspondiente resguardo en el momento de su preparación de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. Una vez firme devuélvase el expediente al órgano de procedencia con testimonio de la misma

Así por esta nuestra sentencia, de la cual será remitido testimonio al Juzgado de instancia, junto con las actuaciones del proceso contencioso-administrativo y el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Certifico.