

ANTECEDENTES

Único.- Con fecha 12 de marzo de 2017, tuvo entrada en RTVE solicitud de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, solicitud que quedó registrada con el número 001-012654. La solicitud, suscrita por el Sr. Don [REDACTED] requería la siguiente información:

“Por la presente solicitud, pido acceso al informe de auditoría de la Administración General del Estado de RTVE del ejercicio 2015”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Aunque el solicitante habla del *“informe de auditoría de la Administración General del Estado”*, citando erróneamente el informe emitido por la Intervención Delegada en RTVE de la Intervención General de la Administración del Estado, entiende esta parte que se refiere a este documento.

A este respecto señalamos que tal informe de auditoría se corresponde con la modalidad de auditoría de cumplimiento y operativa de las previstas en el artículo 164 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), sin que se trate de una auditoría de regularidad contable, es decir, lo que comúnmente se denomina una auditoría de cuentas, informe este último que en el caso de la Corporación RTVE es efectuado por un auditor externo y privado nombrado por la Junta General de la sociedad.

No estamos por tanto ante un informe de auditoría de regularidad contable, cuya finalidad es la de verificar si las cuentas anuales representan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables que le son de aplicación. Todos los informes de auditoría de regularidad contable están publicados en el Portal de Transparencia del Gobierno de España, de

conformidad a lo dispuesto en el artículo 8.1.e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno:

http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/categorias/Presupuestos-fiscalizacion-informes/Cuentas-anuales-informes-auditoria.html

Segunda.- Respecto al acceso al informe de la Intervención Delegada en RTVE de la Intervención General de la Administración del Estado del ejercicio 2015 objeto de la solicitud, procede en este caso denegar el acceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1.k) de la Ley 19/2013, que regula **el deber de confidencialidad**. Establece este artículo que:

“El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: (...) k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.”

En este caso, y en relación con los informes de auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado cabe citar lo dispuesto en las siguientes Leyes y resoluciones:

En primer lugar, en la Resolución de 1 de septiembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se ordena la publicación de la Resolución que aprueba las Normas de Auditoría del Sector Público:

“4.5 Secreto profesional

4.5.1 El Auditor público deberá mantener y garantizar la confidencialidad acerca de la información obtenida en el curso de sus actuaciones, con la amplitud y limitaciones de las disposiciones legales.

Esta norma implica la prohibición de que el auditor pueda utilizar la información en su provecho o en el de terceras personas.

4.5.2 La Intervención General de la Administración del Estado deberá conservar, debidamente custodiados, los papeles de trabajo y el resto de la información, de manera que pueda garantizar su confidencialidad.

4.5.3 Tanto los expertos externos como las firmas privadas de auditoría que colaboren en la realización de auditorías públicas deberán guardar el correspondiente secreto profesional. La Intervención General de la Administración del Estado velará por el cumplimiento de esta obligación”

De igual manera, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria reconoce esta misma obligación de confidencialidad:

“Artículo 145. Deberes y facultades del personal controlador, deber de colaboración y asistencia jurídica.

1. Los funcionarios que desempeñan las funciones de control deberán guardar la confidencialidad y el secreto respecto de los asuntos que conozcan por razón de su trabajo.

Los datos, informes o antecedentes obtenidos en el desarrollo de sus funciones sólo podrán utilizarse para los fines del control y, en su caso, para la denuncia de hechos que puedan ser constitutivos de infracción administrativa, responsabilidad contable o de delito.

Asimismo, las Comisiones Parlamentarias de Investigación podrán tener acceso a dichos datos, informes o antecedentes, en los términos establecidos por el Real Decreto Ley 5/1994, de 29 de abril.

En los demás casos en que proceda legalmente el acceso a los informes de control, la solicitud de los mismos se dirigirá directamente a sus destinatarios.”

En este sentido es de destacar que es tal el grado de confidencialidad impuesto que incluso en el caso de que tales informes se solicitaran por una Comisión parlamentaria, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/1994, de 29 de abril, se debería justificar y cumplir los requisitos previstos en la citada norma, a la sazón:

“a) Que se refieran a personas que desempeñen o hubieren desempeñado, por elección o nombramiento, su actividad como altos cargos o equivalentes en todas las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos, entidades de Derecho Público y Presidentes y Directores ejecutivos o equivalentes de los organismos y empresas de ellas dependientes y de las sociedades mercantiles en las que sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de las restantes entidades de Derecho Público o estén vinculadas a las mismas por constituir con ellas una unidad de decisión.

b) Que el objeto de la investigación tenga relación con el desempeño de aquellos cargos.

c) Que dichas Comisiones entendieran que sin tales datos, informes, antecedentes o documentos no sería posible cumplir la función para la que fueron creadas.”

Por último destacar que la propia Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, expresamente determina en su artículo 166 los destinatarios de los informes de auditoría de la IGAE, al señalar que:

“Artículo 166. Informes de auditoría.

1. Los resultados de cada actuación de auditoría pública se reflejarán en informes escritos y se desarrollarán de acuerdo con las normas que la Intervención General de la Administración del Estado apruebe, las cuales establecerán el contenido, destinatarios, y el procedimiento para la elaboración de dichos informes.

2. En todo caso, los informes se remitirán al titular del organismo o entidad controlada, al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y al del departamento del que dependa o al que esté adscrito el órgano o entidad controlada. Los presidentes de los organismos públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y resto de entes públicos estatales, que cuenten con Consejo de Administración u otro órgano de dirección colegiado similar o con comité de auditoría, deberán remitir a los mismos los informes de auditoría relativos a la entidad.”

Tercera.- De igual manera se entiende que resultaría de aplicación lo establecido en la letra h) del apartado 1 del artículo 14 de la Ley 19/2013, que prevé que el derecho de acceso podrá ser

limitado cuando acceder a la información suponga un **perjuicio para los intereses económicos y comerciales**.

En este caso, al tratarse de informes de auditoría de cumplimiento, los informes de la IGAE contienen información cuya difusión evidentemente perjudicaría a la Corporación RTVE, al tratarse de información sensible de cara a la competencia, como es el caso de los precios pagados por series que emite TVE, por eventos deportivos, y por todo tipo de acuerdos comerciales, etc.

Partimos de la base de que, en principio, es indudable que este límite legal, consistente en la existencia de un perjuicio para “los intereses económicos y comerciales” será de aplicación, muy especialmente, cuando la entidad a la que se pide la información sea una sociedad mercantil, como ocurre en el caso de la Corporación RTVE, S.A., que concurre en competencia en el mercado con otras empresas audiovisuales.

De hecho los Estatutos Sociales de la Corporación RTVE señalan en su artículo segundo que constituye el objeto social de la Corporación RTVE la realización de una serie de actividades, y como se puede comprobar, todas ellas de evidente carácter comercial:

“A) La gestión directa del servicio público de radio, televisión y servicios conexos e interactivos de titularidad estatal y de información en línea, en los términos que se definen por la Ley 17/2006 de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal y por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. Para ello la Sociedad podrá desarrollar todas las actividades necesarias o convenientes para el ejercicio de sus funciones de servicio público, entre otras:

(i) La producción de contenidos y la edición y difusión de canales de radio y televisión, generalistas o temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional e internacional.

(ii) El desarrollo y oferta de servicios conexos o interactivos a los expuestos en el apartado anterior.

(iii) El desarrollo de los ámbitos digital y multimedia.

(iv) La conservación de los archivos históricos audiovisuales.

(v) El desarrollo y difusión de acontecimientos y actividades culturales.

(vi) La comercialización de productos y servicios y la publicitaria exclusivamente en los términos establecidos en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

B) La realización de cualesquiera otras actividades relacionadas con la radiodifusión, entre ellas, la formación e investigación audiovisual.”

Efectivamente, por más que las sociedades mercantiles a las que se aplica la Ley 19/2013 sean aquéllas mayoritariamente participadas por las Administraciones y entidades públicas sujetas a la norma (ex artículo 2.1.g), resulta innegable que en ellas deberá reconocerse, más que en ninguna otra de las Administraciones y entidades sujetas a la Ley (por cierto, la gran mayoría únicamente sujetas en cuanto a su actuación como Administración Pública), la concurrencia de ese tipo de intereses, que son consustanciales a su propia naturaleza mercantil. No parece que puedan discutirse las afirmaciones de que, de una parte, las sociedades mercantiles públicas sometidas a la Ley 19/2013 pueden ostentar intereses económicos y comerciales, y de que, de otra, es perfectamente posible que estos intereses puedan quedar perjudicados por el reconocimiento del acceso a la información pública, en los términos previstos en el artículo 14.1.h) de la norma legal.

(i) La Corporación RTVE ostenta la naturaleza jurídica de sociedad mercantil de capital público y es un operador que concurre con los demás que actúan en el mercado audiovisual, por lo que divulgar la información solicitada perjudicaría de forma directa los intereses comerciales de RTVE, ya que tanto sus competidores como sus proveedores tendrían acceso a una información estratégica de RTVE sin que esta sociedad mercantil tenga ningún medio para acceder a esa misma información respecto de tales competidores.

Desde la promulgación de la Ley del Tercer Canal de 1983 (canales autonómicos) y la Ley 10/1988 de 3 de mayo, de Televisión Privada, el servicio de televisión ha dejado de ser un monopolio en manos de Televisión Española. Desde principios de los años 90, en que comenzaron las emisiones de los primeros canales generalistas¹, hasta la época actual, con el surgimiento de la TDT, su implantación en todo el territorio nacional y el apagón analógico en 2010, el sector se ha abierto aún más y se han multiplicado exponencialmente las cadenas de televisión, pudiendo decir, sin

¹ Antena 3, Telecinco y Canal+

miedo a equivocarnos que España es el país con mayor número de operadores de televisión, uno de los cuales es RTVE.²

El mercado español en este sector es dual, integrado por operadores de capital público y operadores privados. Esta coexistencia, como no podría ser de otra forma, no es ajena a las autoridades europeas que ya desde el inicio han tenido en cuenta las particularidades del sector y han implantado una regulación que salvaguarde que la concurrencia se produzca en términos de igualdad.

De conformidad al artículo 86.2 del Tratado de la Unión y el Protocolo de Ámsterdam, en virtud de los cuales los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad para definir, organizar y financiar los servicios públicos de radiodifusión, a la par que aceptan una definición amplia de servicio público que incluya los deportes y el entretenimiento como parte de la misión de ofrecer una programación equilibrada y variada, el ordenamiento jurídico español con la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, optó en un primer momento por un sistema de financiación mixto, basado en el otorgamiento de una subvención pública y en la obtención de ingresos derivados de su actividad comercial, principalmente publicidad. Como garantía del control presupuestario de la Corporación RTVE, la Ley 17/2006 exigía la instauración de un sistema de contabilidad analítica que asegurase la transparencia financiera, y ello de conformidad a lo establecido por la Unión Europea.³

(ii) Prueba incontestable de la actuación de la Corporación RTVE en un mercado altamente competitivo, es el hecho del cambio de financiación que sufrió apenas tres años después de su creación. Efectivamente, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación RTVE eliminó el sistema de financiación mixta, pasando a una financiación basada exclusivamente en ingresos públicos. La eliminación de la publicidad era algo que venían demandando los operadores privados a través de UTECA⁴ (Unión de Televisiones Comerciales Asociadas), al

² En relación con Alemania, Francia, Italia y Reino Unido

³ Directiva 2006/111/CE de la Comisión de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas.

⁴ UTECA solicitó al Gobierno la reducción de publicidad a RTVE de 3 minutos, en lugar de la reducción de 1 minuto prevista en la Ley de Presupuestos Generales para 2008, pues únicamente a partir de los 10 minutos por hora se darían efectos sobre el mercado.

http://elpais.com/diario/2007/03/23/sociedad/1174604411_850215.amp.html

tratarse de una medida que de una u otra manera afectaría al mercado. En este sentido la Exposición de Motivos de la citada Ley establece que: *“El actual estado de cosas aconseja acelerar el proceso de cambio estructural del modelo de financiación de RTVE, renunciar definitiva e inmediatamente los ingresos publicitarios, amortiguando situaciones de inestabilidad propias de los procesos de transición y consiguiendo que los efectos de la reducción publicitaria en RTVE se dejen sentir lo antes posible en el mercado televisivo”,* señalando a continuación que parece *“lógico que quienes resulten beneficiados por tal decisión sean también quienes soporten, en parte, la carga económica”*.

Pero a mayor abundamiento, el **Mandato-Marco a la Corporación RTVE** aprobado por las Cortes Generales, de 11 y 12 de diciembre de 2007 (BOE nº 157, de 30 de junio de 2008) al definir el servicio público esencial encomendado a la Corporación RTVE no renuncia a que RTVE compita en el mercado con el resto de cadenas. En este sentido establece en su Preámbulo que *“la ley certifica el carácter de servicio público de la radio y la televisión estatal, estableciendo las necesidades de conciliar la rentabilidad social que debe inspirar su actividad con la obligación de dirigirse a la más amplia audiencia”,* habla de *“futuro empresarial”* de la Corporación RTVE, y señala que el *“Mandato-Marco no tendría sentido si no sirviera para situar a la Corporación RTVE como una de las principales ofertas audiovisuales y de información en línea de nuestro país, con una posición destacada en la ciudadanía que haga eficaz su misión y la convierta en referente de la oferta informativa.”*

El hecho de no emitir publicidad y no contratar anunciantes no priva a la Corporación RTVE de un interés legítimo en el mercado como es la máxima captación de telespectadores en su programación. En este sentido el artículo 7 del Mandato-Marco al definir los objetivos generales de Servicio público dice que

“Tal como lo define la Ley 17/2006, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, forma parte de la función del servicio público esencial de la Corporación RTVE la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y medios interactivos e Internet con contenidos de calidad diversos y equilibrados para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinados a satisfacer necesidades de información,

cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española reflejando su identidad y diversidad cultural, lingüística promoviendo el pluralismo y la participación.

La Corporación RTVE asimismo, contribuirá al desarrollo de la Sociedad de la Información, fomentará el pluralismo, el debate democrático, el espíritu crítico y la participación de los ciudadanos en el desarrollo político, social, económico y cultural de España, así como los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos.

Para el efectivo cumplimiento de esa función de servicio público será imprescindible que la Corporación RTVE alcance en el sector audiovisual una posición destacada que garantice la suficiente presencia en la sociedad.

(iii) Pues bien, establecido por mandato de las Cortes Generales la obligación de RTVE de alcanzar una posición destacada en el mercado, la única forma de ganar esa posición y de captar telespectadores, es a través de la programación. Las cadenas generalistas son verdaderos rivales y cada una se cuida muy mucho de no revelar las estrategias y contenidos de sus parrillas con el único objetivo de ganar telespectadores y fortalecer la fidelidad de la marca, el reconocimiento del nombre, la calidad percibida, etc., si bien es cierto, con finalidad diferente; pero el hecho de que por parte de RTVE se haya abandonado la venta de publicidad no desautoriza o minimiza, en cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, el legítimo interés de alcanzar una posición destacada dentro del mercado, posición que necesariamente se da con la masiva aceptación de sus contenidos.

(iv) Que la actuación de RTVE no es indiferente en el mercado lo demuestran las quejas o solicitudes que los competidores han realizado y realizan a las autoridades administrativas o judiciales sobre determinadas actuaciones de RTVE. En este sentido, y a modo de ejemplo, cabría citar, por destacadas, la petición de UTECA de eliminar la publicidad en RTVE a la que nos hemos referido anteriormente, la demanda presentada por UTECA⁵ ante los Tribunales por el uso por parte de RTVE de patrocinios, actualmente en tramitación, la demanda de Telecinco por la adquisición por parte de mi representada de los derechos de la Champions League⁶.

⁵ http://www.telecinco.es/telemania/tribunales/UTECA-denuncia-patrocinios-RTVE_0_1678425418.html

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015 favorable a RTVE

Pero podemos citar otro tipo de casos, públicos y notorios, en los que también queda demostrada la rivalidad entre cadenas. Así fuga de programas o presentadores de una cadena a otra. En el caso de RTVE y por citar los más recientes, estaríamos ante casos como la pérdida de programas de máxima audiencia, como el de "En tu casa o en la mía" de [REDACTED] que pasó a ser adquirido por Telecinco al no poder igualar RTVE la oferta de su rival competidora, o el fichaje de presentadores estrella de los informativos como [REDACTED], presentador de los Telediarios de TVE que fue contratado por Telecinco.

Si los otros operadores de televisión y las empresas productoras conocieran los precios abonados por esta Corporación para la producción de un determinado programa, quedarían dificultadas de forma evidente las futuras negociaciones para la contratación de la producción de programas, y se influiría en la fijación de los precios a pagar por la misma. Como es evidente, estos son los motivos por los que cualquier operador del mercado televisivo mantiene estos datos con la máxima confidencialidad. En el caso de que RTVE tuviera que difundirlos, se causaría un manifiesto perjuicio para el interés general y para el servicio público que RTVE tiene encomendado legalmente.

(v) Por otra parte, y no menos importante, hemos de tener en cuenta que el derecho a la confidencialidad viene recogido en la normativa comunitaria como un derecho merecedor de protección.

Así, en primer lugar, señalar que la Directiva antes citada expresamente reconoce en su artículo 21 que *"Tratándose de empresas cuyas actividades se desarrollan en competencia con las actividades de otras empresas, conviene garantizar el secreto profesional sobre las informaciones obtenidas"*

Pero es la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dada en Niza el 7 de Diciembre de 2000 la que reconoce en su **artículo 41** el derecho de los ciudadanos a acceder al expediente que le afecte dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, derecho que está al mismo nivel que el reconocido en el **artículo 42** de acceso a los documentos del Consejo, Parlamento y Comisión, de cuyo desarrollo, a través

del Reglamento de la Comunidad Europea nº 1049/2001⁷, trae causa la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al interpretar el citado Reglamento 1049/2001, ha declarado que la finalidad del mismo es promover las buenas prácticas administrativas y garantizar la transparencia como elemento de control democrático. Respecto a la finalidad perseguida, en el caso de la Corporación RTVE ha de tenerse en cuenta que la misma goza de unos niveles de control mucho más estrictos que los de cualesquiera otras entidades sujetas a la Ley 19/2013. En este sentido la Ley 17/2006 regula los controles a los que queda sometida la actuación de la Corporación RTVE en el cumplimiento de su misión de servicio público. Al margen del control de los Tribunales a los que toda persona física o jurídica está sujeta, la Ley prevé en los artículos 39 y siguientes una serie de controles específicos de la Corporación RTVE, como es el control parlamentario y el de la autoridad audiovisual. Respecto al primero, dice el artículo 39 que las Cortes Generales ejercerán el control parlamentario sobre la actuación de la Corporación y sus sociedades, velando especialmente por el cumplimiento de las funciones de servicio público encomendadas. Esta competencia recae ante una Comisión Mixta del Congreso y el Senado y las comparecencias del Presidente ante ella se producen de manera ordinaria una vez al mes. Por otra parte señala el artículo 40 que corresponde a la autoridad audiovisual la supervisión del cumplimiento de la misión de servicio público de radio y televisión por parte de la Corporación RTVE, para lo que podrá adoptar las recomendaciones o resoluciones que prevea su regulación. En la actualidad esta supervisión se efectúa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁸. Por otra parte no olvidar el control económico financiero efectuado por la Intervención General de la Administración del Estado y por el Tribunal de Cuentas.

Cuarta.- Para que resulten aplicables los límites legales al acceso a la información alegados, será indispensable que se observe lo establecido en el artículo 14.2, es decir que se realice de forma justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y que se atienda a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público superior que justifique el acceso. Esta idea se refleja también en el Preámbulo de la Ley, al señalar que “En

⁷ Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁸ La CNMC ha sustituido en sus competencias al inexistente CEMA previsto en la Ley 7/2010

todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.”

Con las explicaciones expuestas en este escrito ha quedado acreditado que se supera el llamado test de proporcionalidad, por lo que la aplicación de las excepciones alegadas están plenamente justificada.

En consecuencia, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.1, apartados h) y k), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se **DENIEGA** la solicitud de acceso a la información pública que tuvo entrada en esta Secretaría General y quedó registrada con el número 001-012654.

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos el plazo se contará desde el día siguiente al de notificación de la presente resolución. Ello sin perjuicio de cualquier otro recurso o reclamación que se estime procedente.

En Madrid, a 12 de abril de 2017
EL SECRETARIO GENERAL Y
SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN,

[REDACTED]
SECRETARIO GENERAL Y
SECRETARIO DEL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN CRTVE

Fdo.: Javier Lamana Palacios

SECRETARIO GENERAL Y
SECRETARIO DEL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN CRTVE

coloca... fecha...
coloca 23 fecha 12.04.17