

RESOLUCIÓN Nº 16/2021

ASUNTO: Resolución en materia de acceso a la información presentada al amparo del artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante también denominada "LTAIBG").

En respuesta a la solicitud presentada por D. Sergio Pérez Sangiao de fecha 25 de febrero de 2021 ante el portal de transparencia del Gobierno de España, la Secretaria General de la Corporación de Radio y Televisión Española Sociedad Anónima, S.M.E. (en adelante también "CRTVE") en base a los antecedentes y consideraciones jurídicas expuestas a continuación, adopta la siguiente RESOLUCIÓN:

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Objeto de la solicitud:

Con fecha 3 de marzo de 2021 tuvo entrada en la CRTVE 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 que quedó registrada con el número 001-052322.

La solicitud, suscrita por D. [REDACTED], (en adelante el "solicitante") requería la siguiente información:

"- Copia de las convocatorias, órdenes del día y actas de todas y cada una de las reuniones del Consejo de Administración de RTVE celebradas a partir del 1 de enero del año 2014".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. - DERECHOS DE ACCESO ESTABLECIDOS EN LA LTAIBG

La LTAIBG señala en su artículo 12 que "todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley" y en artículo 13 del mismo cuerpo legal se establece que *"se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones"*.

Igualmente, el artículo 14.1 del citado cuerpo legal establece los límites al derecho de acceso entre los que se encuentra el indicado en el apartado k) que dispone: *"La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión"*.

SEGUNDA. - SOBRE EL CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE ACCESO

1.- SOBRE LAS ACTAS SOCIETARIAS

La solicitud de acceso tiene por objeto información que forma parte de la documentación societaria y mercantil conforme al artículo 250 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante "TRLSC") pues *"Las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario"*.

El derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto. Ello obliga a efectuar un ejercicio de ponderación de las circunstancias e intereses concurrentes en cada caso concreto conforme a un principio de proporcionalidad según se refiere el artículo 14.2 de la LTAIBG.

El régimen de documentación de los acuerdos sociales está sujeto a la legislación mercantil. Así hay que destacar el principio de discrecionalidad en la toma de las decisiones y la obligación de confidencialidad como manifestación expresa del deber de lealtad de los administradores (artículos 226, 227 y 228.d del TRLSC), regulándose su

llevanza mediante el correspondiente libro de actas legalizado por el Registrador Mercantil.

De la obligación de llevanza del libro de actas que establece el artículo 26.1 del Código de Comercio ("*las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones*"), surge la protección del interés societario:

1.- Se limita el acceso legal a las actas, en el artículo 26.2 del Código, a las personas que tengan la condición de socios o, en otro caso, hayan asistido en su representación ("*cualquier socio y las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta general en representación de los socios no asistentes, podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales*").

2.- Regula el alcance del derecho de información del socio que prevé el artículo 93.d) del TRLSC, pues este derecho tiene un alcance limitado, ya que "*(...) el accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento ...*"(sentencia 846/2011, de 21 de noviembre, del Tribunal Supremo).

3.- Califica un interés jurídicamente relevante, pues "*(...) el interés de la sociedad en no difundir los datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -no el de los administradores en ocultarlos [constituye] límite al derecho de información (...)*"(sentencia 846/2011, de 21 de noviembre, del Tribunal Supremo).

Estos límites que operan para los socios y que se reflejan en el TRLSC quedan integrados en el contenido del artículo 14.1, apartado k), antes transcrito

2.- SOBRE EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.

Asimismo, la solicitud de acceso lesiona el deber de confidencialidad en los procesos de toma de decisión ex artículo 228.d) del TRLSC, toda vez que las actas solicitadas sustentan una pluralidad de decisiones empresariales y afecta, en cualquier caso, a *“la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en los procesos de toma de decisión”* (artículo 14.1, apartado k), LTAIBG).

En igual sentido, el artículo 28 de los Estatutos Sociales de la CRTVE prevé que *“Los miembros del Consejo de Administración ejercerán su cargo con sujeción a los deberes de diligente administración, fidelidad, lealtad, secreto y responsabilidad establecidos en la legislación mercantil”*.

Por ello, el conocimiento de toda la información solicitada pudiera perjudicar el proceso de toma de decisiones, de cara al presente y al futuro y en consecuencia, perjudicar la esencia misma de la labor del Consejo de Administración. Ha de tenerse en cuenta que CRTVE actúa en el mercado como un agente más desarrollando una actividad empresarial, que redundan en un beneficio general para la sociedad, pero que está sujeta, al actuar en el mercado, a la competencia de otros actores que desempeñen su actividad en el mismo. Piénsese, por ejemplo, en que RTVE vende/licencia programas, series etc. a otros mercados al igual que realizan otras cadenas o productoras, y ello además no limitado al mercado español. En definitiva, los ingresos derivados de su actividad mercantil no sólo redundan en el servicio público cuando se emiten programas, sino que los ingresos derivados de sus actividades finalmente suponen una menor aportación proveniente de los presupuestos generales del Estado, y, en definitiva, de los contribuyentes españoles.

Por otra parte, si los administradores estuvieran sujetos a que sus opiniones, libremente expresadas en el seno de las reuniones del Consejo, pudieran ser reveladas fuera de dicho ámbito, y en contra del principio de confidencialidad, no sólo cada uno de ellos estaría expuesto a que dichos datos personales fueran revelados (sus opiniones lo son, por cuanto son reveladoras de información sobre una persona física, art. 4.1 RGPD), sino que la que sufriría una pérdida irreparable sería la propia sociedad CRTVE. Si el valor de los administradores está en el consejo profesional que aportan a la sociedad, esa posibilidad de que sus opiniones sean desveladas o reveladas produce, inexorablemente, un *“chilling effect”* (efecto disuasorio), conocido desde antiguo por la jurisprudencia, en principio norteamericana, sobre posteriormente del TEDH, e igualmente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en, por ejemplo, su STC 14/2016, de 21 de julio:

b) La demanda fundamenta en este punto sus pretensiones, partiendo de una invocación a la jurisprudencia norteamericana relativa al conocido como *chilling effect*, (efecto escalofrío), disuasorio o de desaliento al ejercicio del derecho, surgida a partir del asunto *U.S. Supreme Court, Wieman v. Updegraff*, 344, US 183 (1952), que pondera la posible inhibición que alcanza sobre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, especialmente el de libertad de expresión, la imposición de sanciones excesivas de orden penal o administrativo.

De tal jurisprudencia se ha hecho eco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —incluso empleando habitualmente aquella expresión—, de manera preferente al tratar sobre los derechos a la libertad de expresión y reunión de los arts. 10 y 11 del Convenio de 1950. A título de ejemplo, SSTEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Bladet Tromsø and Stensaas*, § 64; 28 de octubre de 1999, asunto *Wille contra Liechtenstein*, § 50; 21 de marzo de 2002, asunto *Nikula contra Finlandia*, § 54; 15 de diciembre de 2005, asunto *Kyprianou contra Chipre*, §§ 175, 181 a 183; 21 de julio de 2011, asunto *Heinisch contra Alemania*, §§ 91 y 92; 3 de octubre de 2013, asunto *Kasparov y otros contra Rusia*, § 84; 15 de mayo de 2014, asunto *Taranenko contra Rusia*, §§ 95 y 96; 14 de octubre de 2014, asunto *Yilmaz Yildiz y otros contra Turquía*, § 33; y 15 de octubre de 2015, asunto *Gafgaz Mammadov contra Azerbaijan*, § 50.

En lo que aquí nos importa, también este Tribunal Constitucional ha hecho uso del efecto disuasorio como canon de ponderación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, casi siempre en relación con medidas restrictivas al ejercicio de derechos fundamentales sustantivos. Así ha sucedido en casos donde se cuestiona la aplicación de sanciones penales que se consideran, por su naturaleza y extensión, desproporcionadas en el sentido de producir un desaliento a terceros para ejercer distintos derechos fundamentales —libertad de expresión, libertad sindical, etc.— [entre otras, SSTC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20 y 29 c); 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6]. También cuando el efecto se causa por medidas de control administrativo [STC 37/1998, de 17 de febrero, FFJJ 6 a 8; y 148/2015, de 6 de julio, FJ 3, iii)]; y en su caso también, por actos de sujetos privados pero que repercuten en derechos fundamentales [SSTC 189/1993, de 14 de junio, FJ 5; y 148/2015, de 6 de julio, FJ 3, ii)].

Ese efecto disuasorio llevaría a los consejeros a retraerse en la emisión de sus opiniones, por "miedo" a que pudieran ser reveladas, y en consecuencia, su valor para la sociedad CRTVE disminuye de manera evidente hasta dejarlo reducido al mero asentimiento a las propuestas, pues la valía del Consejo de Administración para una sociedad, y por tanto para CRTVE, es directamente proporcional a la libertad de expresión de sus consejeros. Si dicha libertad de expresión de sus consejeros puede verse alterada, de manera disuasoria, dicha medida no sería proporcionada e incidiría de manera muy negativa en los procesos de toma de decisiones.

3.- SOBRE EL SECRETO COMERCIAL

Además de lo anterior, la divulgación del contenido íntegro de las actas puede causar perjuicio grave a CRTVE por la mera divulgación de su contenido toda vez que las actas pueden contener información técnica y/o financiera, procesos de producción, cuotas de mercado, estructura de costes y precios, estrategia de empresa e intereses comerciales. Dicha información puede ser calificada como secreto comercial según tenor de lo dispuesto en la Ley 1/2019 de 20 de febrero de Secretos Empresariales. Los conocimientos técnicos contenidos en dichos documentos poseen un valor comercial cuya revelación podría perjudicar los intereses del CRTVE, menoscabando su potencial técnico y sus intereses empresariales o financieros o su capacidad para competir en un mercado altamente competitivo.

No hay que olvidar que la financiación de la Sociedad procede también de la actividad comercial sujeta a principios de mercado tal y como se refleja en la Ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal.

4.- TEST DEL DAÑO Y TEST DEL INTERÉS

Por todo ello, el test del daño determina en la aplicación ponderada, que se produciría una mayor afección a intereses jurídicamente protegidos y relevantes -cuál es el propio interés societario y los principios que lo sustentan - de proceder a la entrega de la documentación en la forma que ha sido interesada.

Dar las actas desde el año 2014 puede ocasionar perjuicios comerciales en términos de competitividad para CRTVE, empresa del sector de la comunicación, empresa del sector público cuyo accionista único es SEPI, pues opera en un mercado altamente competitivo, especialmente en relación con otras empresas del sector.

Teniendo en cuenta el daño, previsible y no hipotético, que puede ocasionarse con el acceso, no se aprecia que, en este caso concreto, exista un interés superior que justifique el acceso a la información solicitada. Todo lo contrario, la empresa pública podría ser gravemente dañada si la información contenida en sus actas se difunde en manos de empresas privadas competidoras

No se deduce la existencia de un interés público superior que justifique la entrega de la documentación en los términos solicitados y que prevalezca sobre los derechos de la sociedad (test del interés).

5.- CONCLUSIÓN

El régimen de documentación y acceso a los acuerdos sociales se rige por la normativa mercantil e, inicialmente, -en su relación con el derecho de información exigible por el socio frente al órgano de administración-, viene circunscrito a los socios, habiéndose señalado por la jurisprudencia el interés de una sociedad mercantil en no difundir datos como un interés individualizado y jurídicamente relevante.

Por tanto, el ejercicio de tales derechos tiene carácter reglado y no es absoluto, sino que queda sujeto a límites específicos de cualquier derecho -caso de su ejercicio no abusivo- en garantía precisa de los principios de discrecionalidad y confidencialidad -vinculado éste último al deber general de lealtad de los administradores- y en la salvaguarda del derecho a la libertad de expresión de los consejeros, que todo ello, en definitiva, repercute en la toma de las decisiones por los órganos de gobierno y administración de las sociedades mercantiles.

En virtud de lo anterior,

RESUELVO

PRIMERO. - DENEGAR la solicitud de acceso a la información pública que tuvo entrada en esta Secretaría General que quedó registrada con el nº expediente 001-054214 en los términos solicitados.

SEGUNDO: CONCEDER la solicitud de acceso a la información de la siguiente forma:

Se adjuntan las Notas de prensa disponibles desde el año 2014 que recogen los principales acuerdos adoptados por el Consejo de Administración.

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, 30 de abril de 2021

SECRETARIA GENERAL RTVE

Fdo. Verónica Ollé Sesé