



RESOLUCIÓN

S/REF: 001-012532
N/REF: R/0273/2017. 100-000012
FECHA: 11 de septiembre de 2017

ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

En respuesta a la Reclamación presentada por [REDACTED] a Asociación de Internautas, con entrada el 14 de junio de 2017, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN:**

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, [REDACTED] solicitó con fecha 6 de marzo de 2017 al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), dirigida al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, la siguiente información:

Todos los estudios encargados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para determinar la valoración del daño causado por la copia privada en 2012, 2013, 2014 y 2015

2. Mediante Resolución de fecha 10 de abril de 2017, la DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIAS CULTURALES Y DEL LIBRO, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE notificó al interesado lo siguiente:

(...)

2º. Con fecha 16 de marzo de 2017 dicha solicitud se recibió formalmente en la Dirección General de Industrias Culturales y del Libro, fecha a partir de la cual empieza a contar el plazo de un mes previsto en el artículo 20.1 de la Ley 19/2013 para su resolución.

ctbg@consejodetransparencia.es



3º. Una vez analizada la solicitud, esta Dirección General considera que el acceso a la información pública solicitada en el expediente 001-012532 supondría un perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva toda vez que, en la actualidad, esa información forma parte de los expedientes de los siguientes procesos judiciales ante la Audiencia Nacional en los que la Administración General del Estado es parte:

Recurso 18/14 presentado por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión («AISGE»), Derechos de autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión («DAMA»), Entidad de Gestión de derechos de los productores audiovisuales («EGEDA») y Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos («VEGAP») contra la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 (en adelante, «Orden de compensación de 2012»).

Recurso 22/14 presentado por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Centro Español de Derechos Reprográficos («CEDRO») contra la Orden de compensación de 2012.

Recurso 23/14 presentado por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España («AIE»), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales («AGEDI») y Sociedad General de Autores y Editores («SGAE») contra la Orden de compensación de 2012.

Recurso 32/15 presentado por DAMA, EGEDA y VEGAP contra la Orden ECD/216612014, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2013 (en adelante, «Orden de compensación de 2013»).

Recurso 34/15 presentado por AISGE contra la Orden de compensación de 2013.

Recurso 37/15 presentado por AIE, AGEDI y SGAE contra la Orden de compensación de 2013.

Recurso 791/2015, presentado por SGAE, AGEDI y AIE contra la Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2014 (en adelante, «Orden de compensación de 2014»).

Recurso 30/2016 presentado por AISGE contra la Orden de compensación de 2014. Recurso 34/2016 presentado por CEDRO y VEGAP contra la Orden de compensación de 2014.

Recurso 48/2016, presentado por DAMA, EGEDA y VEGAP contra la Orden de compensación de 2014.



Recurso 558/2016, presentado por CEDRO y VEGAP contra la Orden ECO 1649/2016, de 10 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2015 (en adelante, «Orden de compensación de 2015»).

Recurso 564/2016, presentado por AISGE, contra la Orden de compensación de 2015. Recurso 580/2016, presentado por AIE, AGEDI y SGAE, contra la Orden de compensación de 2015.

Recurso 1/14 presentado por AIE, AGEDI, SGAE, AISGE, DAMA, EGEDA, VEGAP y CEDRO contra la Resolución del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013 sobre responsabilidad patrimonial (perjuicio ocasionado como consecuencia del límite de copia privada).

Recurso 311/14 ante la Audiencia Nacional presentado por AIE, AGEDI, SGAE, AISGE, DAMA, EGEDA y VEGAP contra la Resolución de 9 de julio de 2014 del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre responsabilidad patrimonial.

En efecto, en los referidos procedimientos judiciales se está determinando la conformidad a Derecho (i) de las sucesivas órdenes que han fijado, de 2012 a 2015, el perjuicio causado por la vigencia del límite por copia privada; y (ii) de sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado por, a juicio de las demandantes, la insuficiente compensación del referido perjuicio por el Estado en los años 2012 y 2013. Los estudios cuyo acceso se solicita son parte de los expedientes administrativos de elaboración de dichas normas y, por ende, también lo son de los expedientes sobre responsabilidad patrimonial. Concretamente, los estudios se solicitaron para ser tomados como referencia informativa objetiva a la hora de determinar el perjuicio causado por la copia privada de cara a su compensación, en aquel momento, por los Presupuestos Generales del Estado. Por lo tanto, la resolución de estos litigios pendientes pasa, en gran parte, por la valoración de cada uno de estos estudios, motivo por el que la difusión de su contenido, más allá del marco de dichos procedimientos judiciales, podría perjudicar la defensa de la Administración General del Estado.

Adicionalmente, debe señalarse que la difusión de los estudios podría afectar al secreto requerido en procesos de toma de decisión. Ciertamente, en el momento presente se están elaborando varios proyectos normativos con carácter de urgencia para modificar la regulación del límite por copia privada y su compensación a raíz de los últimos pronunciamientos judiciales que han determinado la no conformidad a Derecho europeo de dicha regulación. Por su propia naturaleza, descrita en el párrafo anterior, los estudios contienen criterio para la toma de decisión por el legislador gubernamental respecto de dichos proyectos normativos dado que reflejan el histórico del daño causado por la copia privada de 2012 a 2015. Por lo tanto y al igual que el caso anterior, la difusión de esta información también podría dificultar, en este supuesto, la acción del legislador gubernamental.



Por último, también adicionalmente, ha de recordarse que la metodología empleada en la elaboración de los estudios está protegida por el secreto profesional. En efecto, el método empleado por cada uno de sus autores para determinar el perjuicio causado por la copia privada forma parte de su respectivo saber hacer. La divulgación de los estudios en un marco ajeno al de su elaboración y fines causaría a esos autores un perjuicio grave por la puesta a disposición pública de dicho conocimiento amparado por el secreto profesional.

4°. De acuerdo con la letra f) del apartado 1 del artículo 14 de la Ley 19/2013, el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la igualdad de_ las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 14 de la citada Ley 19/2013, esta Dirección General resuelve denegar el acceso a la información pública a la que se refiere la petición registrada con el número 001-012532.

Ello sin perjuicio de las condiciones adicionales señaladas que concurren en este caso, respecto a dicha información, a lo que la misma afecta al secreto requerido en procesos de toma de decisión y al secreto profesional de sus autores, y que igualmente serían suficientes por sí mismas para limitar el derecho de acceso a aquélla.

3. Con fecha 19 de mayo, el solicitante presentó lo que denominó *Recurso de revisión contra la resolución de fecha 10 de abril de 2017, notificada con fecha 20 de abril* en base a los siguientes argumentos:

PRIMERA.- Que al dictar el acto que se recurre se ha incurrido en un error de Derecho, pues se entiende que por dar acceso a la información solicitada por la entidad que represento, NO "supondría un perjuicio para la igualdad de las partes. en los procesos judiciales v la tutela judicial efectiva" toda vez que, en la actualidad, esa información forma parte de los expedientes de los autos de los procesos judiciales mencionados.

Dicho sea con el debido respeto, si todas las partes interesadas y personadas en el procedimiento judicial conocen los informes que se solicitan (del propio expediente judicial), y se muestren a terceras personas que no son parte del proceso, ni lo pueden ser ya, resulta muy difícil imaginar cómo podrían vulnerarse sus derechos como partes en litigio, se insiste, porque son parte del Expediente Administrativo que el Estado ha debido entregar a los diferentes Juzgados, y ambos los conocen y precisamente para que esa igualdad de las partes esté perfectamente garantizada, o así debe ser.



El principio de igualdad aplicado al proceso se recoge en el art. 14 de la CE (igualdad ante la Ley): "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Se comprende que una parte con predominio de "armas" sobre la otra podría suponer una tutela judicial imparcial, y eso es justo lo que sucedería de no haberse aportado por el organismo responsable al proceso estos informes. Es decir, que más bien es al contrario, que la desigualdad se estaría creando desde esa posición procesal con total mala fe si se ocultasen los informes a la otra parte.

Por lo tanto, una vez son conocidos por las partes procesales en conflicto, no tiene sentido pensar que se perjudica la igualdad o la imparcialidad de un proceso, por el hecho de que terceras personas ajenas al proceso, con "interés legítimo" acreditado, accedan a la información.

SEGUNDA.- Que a mayor abundamiento, los informes solicitados deben ser puestos a disposición de quienes los soliciten, por aplicación del artículo 7. d), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sobre "Información de relevancia jurídica", que dice expresamente que:

"Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:

- Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 108312009 De 3 de julio".

Y no cabe duda de que precisamente solicitamos esos informes o memorias, que han sido o debieron ser elaborados para la aprobación de cada una de las Órdenes Ministeriales que se citan como "Orden de compensación" de 2012, 2013, 2014 y 2015, en la resolución que se recurre y que han sido impugnadas.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso- Administrativo (Secc. 3a), de fecha 22 de marzo de 2011, señala la obligatoriedad del informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, y de la memoria de impacto económico, ambas obligatorias para su aprobación como norma de derecho interno según el artículo 24.2 y el art. 26 de la Ley del Gobierno, que regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos (que "se ordenarán según la siguiente jerarquía: 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o acordado en el Consejo de Ministros. 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial").

Y EN ESTE CASO CONCRETO, EL CONTENIDO DE ESTOS INFORMES VIENE ADEMÁS DETERMINADO POR LEY, por lo que pocas opciones quedan a la interpretación. La justificación legalmente exigida para proceder a regular "la compensación equitativa por copia privada" viene fijada en el art. 25.1 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que "Dicha compensación, estará dirigida



a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón del límite legal de copia privada". Si no se justifica, no es posible aprobar la norma, y esto es precisamente lo que se solicitaba por quien comparece, esos mal llamados pública y notoriamente "informes de piratería", sobre los que se han aprobado las "Órdenes de compensación".

TERCERO.- Que se da por hecho que los informes/memorias solicitados existen, o las Órdenes Ministeriales citadas en la resolución que se impugna, serían NULAS. La Sentencia de la Audiencia Nacional antes señalada, falló que la Orden Ministerial impugnada en aquel caso, adolecía de un vicio de nulidad al "haberse prescindido de las memorias justificativa y económica, cuyo trámite deviene esencial en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, lo que conlleva la calificación de nulidad de pleno Derecho conforme al artículo 62.2 de la Ley 3011992".

Y dado que los informes existen, se tiene que dar por hecho también que SON DE ACCESO PÚBLICO pues así lo dispone el artículo 7 d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, por cuanto forman parte del expediente de tramitación de una norma de derecho interno.

Por todo ello, se considera que la presunta lesión a la tutela judicial efectiva o el principio de igualdad de armas, alegada en la resolución recurrida, no puede ser objetivamente considerada como una justa causa que desvirtúe la aplicación de los preceptos legales aquí señalados.

4. Mediante informe de 6 de junio de 2017, la DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIAS CULTURALES Y DEL LIBRO, del MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE concluyó que el interesado había realizado una calificación errónea del recurso y que el mismo debía tramitarse como una reclamación al amparo de los artículos 23 y siguientes de la LTAIBG.

Mediante oficio de 7 de junio y entrada el día 14, se recibió en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el recurso presentado por el [REDACTED].

5. La documentación obrante en el expediente, una vez iniciada la tramitación como reclamación presentada en base al art. 24 de la LTAIBG, fue remitida al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE con fecha 28 de junio, para alegaciones.

El escrito de alegaciones tuvo entrada el 5 de julio y en él se contenían los siguientes argumentos:

(...)

2.1. Sobre la validez de la aplicación del límite para garantizar la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.

Visto el «recurso de revisión» interpuesto por el solicitante de acceso, y sin perjuicio de su improcedencia formal como tal, antes señalada, se considera



que no aporta argumento suficiente que modifique o altere el sentido de la resolución impugnada, en la que se denegó el acceso de acuerdo el artículo 14.1.f) de la Ley 19/2013, que estipula que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales y especialmente, para la tutela judicial efectiva, que no pueden afectarse solamente por las intervenciones de las partes personadas en el procedimiento, tal y como pretende hacer valer el solicitante de acceso.

Ciertamente, como se indica en la resolución de 10 de abril de 2017, el perjuicio a dichos intereses legítimos puede hacerse también desde fuera del procedimiento, por terceros no personados en el mismo, que alteren su normal tramitación así como la defensa de las distintas partes personadas. Por lo tanto, de concederse el acceso solicitado, correría serio riesgo la posición de defensa de la Administración General del Estado en varios procesos judiciales en curso (puede verse el detalle de los mismos en la resolución impugnada).

Asimismo, nótese que, tal y como se indica en la resolución impugnada, la difusión de la información cuyo acceso se solicita podría afectar al secreto tomado en los procesos de toma de decisión y al secreto profesional, motivos que no hacen sino reforzar la decisión adoptada de no conceder el acceso al solicitante por ser, ambos, motivos de limitación de este derecho (letras j y k del artículo 14.1 de la Ley 19/2013).

2.2. Sobre la consideración, como «normas», de las órdenes por las que se ha determinado la cuantía de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos generales del estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente.

El solicitante de acceso califica en su reclamación como «textos normativos» a las órdenes ministeriales que, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 165/12012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (en adelante, «RD 1657/2012»), han venido determinando, de 2012 a 2015, la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por el establecimiento de la excepción de copia privada (en adelante, «órdenes de compensación»). El solicitante de acceso da por supuesta la naturaleza normativa de las órdenes de compensación a los efectos de aplicarles el artículo 7.d) de la Ley 19/2013 que estipula aquella información que, por poseer relevancia jurídica, deber ser objeto de publicidad activa por las Administraciones Públicas.

En primer lugar, se recuerda que el artículo que alega el reclamante no se aplica al derecho de acceso a la información pública sino a las obligaciones de publicidad activa de las Administraciones Públicas. Dado que lo que aquí se dirime es el ejercicio de aquel derecho, ninguna aplicación debe tener el artículo alegado por el reclamante en la resolución del presente recurso.



Sin perjuicio de que lo anterior es motivo suficiente para denegar esta alegación del reclamante, incluso en el supuesto de que se hiciera una interpretación extensiva de dicho artículo (de tal modo que extendiera su aplicación al derecho de acceso a la información pública), también habría que desestimar esta pretensión del reclamante. En efecto, en contra de lo que este pretende hacer valer, las órdenes de compensación no poseen la condición de disposición normativa (a las que resultaría de aplicación el procedimiento de elaboración normativa previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) sino de actos administrativos (adoptados conforme al procedimiento específico regulado en el RD 1657/2012). Por lo tanto, careciendo las órdenes de compensación de la condición de norma, en ningún caso los informes empleados durante su elaboración deberán ser objeto de publicación activa por esta Administración ni objeto de un reconocimiento de un derecho de acceso.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter potestativo y previo a un eventual Recurso Contencioso-Administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como *“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”*.

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

3. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, cabe decir que este Consejo de Transparencia está de acuerdo con la tramitación dada al escrito presentado por el interesado y que erróneamente fue calificado por el mismo como *Recurso de revisión*, confusión que no podía tener su causa en la resolución dictada por la Dirección General de Industrias Culturales y del Libro del MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE en la que claramente se indicaba que las vías de impugnación posibles eran *la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del 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 (...)

4. En cuanto al fondo del asunto, el presente caso, y como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, son varias las cuestiones que se plantean en el acceso a la información solicitado cuya respuesta es objeto de la presente reclamación.

El objeto de la solicitud de información se concretaba en lo siguiente:

Todos los estudios encargados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para determinar la valoración del daño causado por la copia privada en 2012, 2013, 2014 y 2015

Según figura en los antecedentes de hecho, en aclaración derivada de los argumentos mantenidos tanto por la Administración como por el solicitante, se trataría de los estudios que fueron realizados en el marco de la aprobación de las diversas órdenes ministeriales aprobadas para la fijación de la cuantía de la compensación equitativa por copia privada en los diversos ejercicios indicados en la solicitud.

Para una mejor sistematización de los argumentos que se van a desarrollar en la presente reclamación es preciso identificar las tres cuestiones principales que se plantean en el mismo:

- a. La aplicación al acceso solicitado del límite previsto en el art. 14.1 f), relativo a la protección de la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
 - b. Adicionalmente, la aplicación del límite previsto en el art. 14.1 k), relativo a la protección de la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y el recogido por el art. 14. j), secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial
 - c. La consideración de la información solicitada como informes en el sentido del artículo 7 d) de la LTAIBG que dispone que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias publicarán: *Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.*
5. En primer lugar, y también a efectos de sistematizar de una manera más adecuada los argumentos que van a desarrollarse, conviene analizar la naturaleza de las órdenes ministeriales. Para ello, debe estarse, efectivamente, a lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y, en concreto, en su artículo 23- de la potestad reglamentaria- que se pronuncia en los siguientes términos:



1. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes.

2. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

3. Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

1.o Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

2.o Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.

4. Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.

Por su parte, el artículo el 25 relativo a la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas indica que:

Las decisiones de los órganos regulados en esta Ley revisten las formas siguientes:

f) Órdenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados.

A juicio de este Consejo de Transparencia, la naturaleza jurídica normativa de las órdenes Ministeriales no puede ser negada, por lo que no es sostenible el argumento de la Administración en el sentido de que las órdenes de compensación no poseen la condición de disposición normativa (a las que resultaría de aplicación el procedimiento de elaboración normativa previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) sino de actos administrativos (adoptados conforme al procedimiento específico regulado en el RD 1657/2012).



6. En dicho Real Decreto, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se dispone lo siguiente:

Artículo 3. Cuantía de la compensación.

1. La **cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por el establecimiento de la excepción de copia privada** en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, **se determinará, dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio, mediante Orden del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, conforme al procedimiento establecido en el artículo 4.**

(...)

Artículo 4. Procedimiento para determinar la cuantía de la compensación.

1. La Secretaría de Estado de Cultura acordará, durante el primer trimestre de cada año, la iniciación de oficio del procedimiento para la determinación de la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio anterior.

2. La instrucción de este procedimiento corresponderá al titular de la Subdirección General de Propiedad Intelectual, que podrá adoptar las medidas necesarias para la determinación, conocimiento o comprobación de los datos que precise, incluyendo el requerimiento de información directa o indirectamente relacionada con la instrucción de este procedimiento, a cualquier entidad o persona pública o privada, y a salvo de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos.

Durante la tramitación del procedimiento se dará audiencia a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

3. El Ministro de Educación, Cultura y Deporte determinará, **mediante Orden motivada**, la cuantía de la compensación equitativa por copia privada y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

4. Esta Orden ministerial deberá adoptarse **en el plazo de seis meses** a contar desde la fecha del acuerdo de inicio y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

Es decir, resulta innegable a nuestro juicio que las órdenes de compensación no dejan de ser Órdenes Ministeriales que regulan una materia concreta y que comparte la naturaleza de disposiciones normativas de carácter reglamentario a la que se refieren los preceptos de la Ley del Gobierno antes reproducidos.



Esta es también la posición que mantuvo la Administración en la respuesta proporcionada al interesado y que es objeto de su resolución y en la que expresamente señala que *Los estudios cuyo acceso se solicita son parte de los expedientes administrativos de elaboración de dichas normas.*

7. Dicha mención nos lleva al análisis de la aplicación a los informes objeto de la solicitud de lo dispuesto en el artículo 7 letra d) de la LTAIBG, que incluye entre las obligaciones de publicidad activa, esto es, de publicación de oficio y sin necesidad de solicitud expresa, la siguiente información:

d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

A este respecto, debe volverá a traerse a colación los propios argumentos de la Administración recogidos en la resolución recurrida *Los estudios cuyo acceso se solicita son parte de los expedientes administrativos de elaboración de dichas normas* y, en relación a ello, el objetivo de la previsión de publicidad activa en el precepto de la LTAIBG antes indicado.

En efecto, el artículo 7, denominado información de relevancia jurídica, tiene como finalidad aportar más transparencia al proceso de adopción de normas y cumplir así con lo indicado en el Preámbulo de la norma en el sentido de permitir a los ciudadanos someter a escrutinio *la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones.*

A nuestro juicio, el conocimiento de los informes y estudios realizados en el marco de una decisión pública es un elemento esencial para conocer el fundamento de dicha decisión y permitir el control de la misma y, por ende, la responsabilidad pública de los intervinientes en ella; cuestiones clave en las que se basa la LTAIBG.

Así, la sentencia nº 41/2017 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, dictada en el PO 3/2016 reconocía el derecho a conocer

“Aquello que es relevante en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, como los informes que ayudan a conformar el criterio final y definitivo del Gobierno (...)

En la misma sentencia se afirmaba que *(La) Normativa reguladora del derecho a la información pública (...) configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública; cuya salvaguardia corresponde al CTBG; siendo el acceso a la información la regla general; y la aplicación de los límites justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección; atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.*





Se ha de tener, pues, presente, las circunstancias de cada caso; y partir de la definición de información pública contenida en el art. 13 de la Ley 19/2013, como aquellos contenidos o documentos elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”

En tal sentido, la referencia a memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos deben entenderse en sentido amplio de tal manera que permita el conocimiento de la actuación pública que predica la Ley haciendo de la restricción en el acceso la excepción.

A este argumento debe añadirse el reconocimiento que realiza la propia Administración en la resolución recurrida de que los textos solicitados *son parte de los expedientes administrativos de elaboración de dichas normas*

Por lo tanto, entendemos que el objeto de la solicitud entraría dentro del concepto de memorias e informes del artículo 7d) de la LTAIBG.

8. No obstante lo anterior, el artículo 5 de la LTAIBG, al regular los principios generales de aplicación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa prevé expresamente en su apartado 3 que *Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. (...)*

Es por lo tanto necesario analizar la aplicación de los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1 y alegados por la Administración.

El argumento fundamental que sostiene la Administración para denegar el acceso a la información solicitada es la aplicación del límite al derecho de acceso recogido en el artículo 14.1 f) según el cual

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.

Dicha previsión debe ponerse en relación con lo indicado en el apartado segundo de dicho precepto, según el cual:

2. La 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.

9. Respecto de la aplicación de los límites, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas por el art. 38.2



a) de la LTAIBG, aprobó el criterio interpretativo nº 2 de 2015 en el que se indica lo siguiente:

Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, “podrán” ser aplicados.

De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos.

La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.

En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable. Este, además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.

Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público).

En el caso que nos ocupa, la denegación se fundamenta en el límite del perjuicio a la igualdad de las partes en los procesos judiciales y a la tutela judicial efectiva por el hecho de que esa información *forma parte de los expedientes de procesos judiciales ante la Audiencia Nacional en los que la Administración General del Estado es parte* que, según información que aporta la Administración, tienen como objeto las Órdenes ministeriales de diversos ejercicios.

A este respecto, este Consejo de Transparencia ha podido comprobar que en varios de los procedimientos señalados por la Administración la audiencia Nacional ya ha dictado sentencia:

- *Recurso 18/14 presentado por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión («AISGE»), Derechos de autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión («DAMA»), Entidad de Gestión de derechos de los productores audiovisuales («EGEDA») y Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos («VEGAP») contra la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2012 (en adelante,*



«Orden de compensación de 2012»). **Resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional 4870/2016 de 12 de diciembre de 2016**

- *Recurso 22/14 presentado por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Centro Español de Derechos Reprográficos («CEDRO») contra la Orden de compensación de 2012. **Resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional 2736/2017 de 29 de junio de 2017***
- *Recurso 558/2016, presentado por CEDRO y VEGAP contra la Orden ECO 1649/2016, de 10 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2015 (en adelante, «Orden de compensación de 2015»). **Resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional 2324/2017 de 8 de junio de 2017***
- *Recurso 564/2016, presentado por AISGE, contra la Orden de compensación de 2015. Recurso 580/2016, presentado por AIE, AGEDI y SGAE, contra la Orden de compensación de 2015. **Resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional 1760/2017 de 4 de mayo de 2017***

10. Por otro lado, el perjuicio al límite del art. 14.1 f) ya ha sido objeto de interpretación en diversas resoluciones adoptadas por este Consejo de Transparencia, una de las cuales era relativa, al igual que el caso que nos ocupa, a informes realizados en el marco de la elaboración de una Orden Ministerial. En efecto, en el expediente R/0514/2016, finalizada por resolución de 28 de febrero de 2017 se indicaba lo siguiente:

En el presente caso, el IDAE no justificó suficientemente, en su respuesta al solicitante, por qué resultaba de aplicación este límite, aplicándolo de manera automática, lo que no es conforme con la LTAIBG, a la vista del Criterio citado. Es en vía de Reclamación cuando el Instituto, si bien sucintamente y tan sólo con indicación de un proceso judicial contra la Orden Ministerial indicada, argumenta su decisión.

A juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, vincular tan sólo a la existencia de un procedimiento judicial la vulneración de la igualdad de las partes y la tutela judicial efectiva sin justificar en qué medida el conocimiento de la información solicitada puede suponer tal perjuicio no es conforme con la literalidad o el espíritu de la norma.

(...)

En nuestra opinión, sólo de información de la que se argumente que pueda perjudicar la posición procesal y de defensa de alguna de las partes, precisamente por su contenido e incidencia en el mismo, puede predicarse la aplicación del límite alegado. La ausencia de una argumentación coherente y consistente, limitada a señalar tan sólo la existencia de un proceso, y la naturaleza de lo solicitado, desarrollado anteriormente, lleva a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a concluir que no estamos ante información cuyo conocimiento pueda perjudicar el límite previsto en el artículo 14.1 f)



11. En línea con lo anterior, debe señalarse que es generalizada la interpretación restrictiva del límite alegado, restringiéndolo a información que puede perjudicar de forma constatable la igualdad de las partes en un procedimiento judicial e incluso llegando a considerarlo de aplicación sólo a documentos elaborados expresamente con ocasión de un procedimiento.

Así, debe recordarse que la previsión del art. 14.1 f) coincide con la del art. 3.1 i del Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos, que prevé como límite al acceso la protección de

- i) *la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia;*

En la memoria explicativa del Convenio se señala que *“este apartado está destinado a proteger la igualdad de las partes en los procesos judiciales y el buen funcionamiento de la justicia. Este límite persigue asegurar la igualdad las partes en procesos judiciales tanto ante tribunales nacionales como internacionales y puede, por ejemplo, autorizar a una autoridad pública a denegar el acceso a documentos elaborados o recibidos (por ejemplo de su abogado) en relación con los procesos judiciales de los que sea parte. Deriva del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a un proceso equitativo. Los documentos que no son creados con vistas a procesos judiciales como tales no pueden ser denegados al amparo de este límite”*.

Por su parte, existe jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sigue la interpretación restrictiva de este límite. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de septiembre de 2010, dictada en los Recursos de casación acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P se señala lo siguiente:

72 *De este modo, cuando la Comisión decide denegar el acceso a un documento cuya divulgación se le solicitó, le corresponderá, en principio, explicar las razones por las que el acceso a dicho documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por una excepción prevista en el artículo 4 del Reglamento nº 1049/2001 que invoca dicha institución (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Suecia y Turco/Comisión, apartado 49, y Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, apartado 53).*

73 *Ciertamente, dado que invalidan el principio del mayor acceso posible del público a los documentos, estas excepciones deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto (sentencias, antes citadas, Sison/Consejo, apartado 63; Suecia/Comisión, apartado 66, y Suecia y Turco/Consejo, apartado 36).*

74 *No obstante, contrariamente a lo que sostiene la API, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la institución interesada puede basarse, a este respecto, en presunciones generales que se aplican a*



determinadas categorías de documentos, toda vez que consideraciones de carácter general similares pueden aplicarse a solicitudes de divulgación relativas a documentos de igual naturaleza (véanse las sentencias, antes citadas, Suecia y Turco/Consejo, apartado 50, y Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, apartado 54).

75 Pues bien, en el caso de autos, ninguna de las partes en el presente asunto ha impugnado la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 75 de la sentencia impugnada, según la cual **los escritos procesales de la Comisión a los que se solicitó acceso fueron redactados por esta institución en su condición de parte en tres recursos directos aún pendientes en la fecha en que la decisión impugnada fue adoptada** y que, por ello, se puede considerar que cada uno de esos escritos forma parte de una misma categoría de documentos.

76 Procede, en consecuencia, comprobar si consideraciones de orden general permitan concluir que la Comisión podía basarse válidamente en la presunción de que la divulgación de dichos escritos perjudicaría los procedimientos jurisdiccionales y no estaba obligada a apreciar en concreto el contenido de todos los documentos.

77 Para ello, procede señalar de entrada que los escritos procesales presentados ante el Tribunal de Justicia en un procedimiento jurisdiccional poseen características muy concretas, pues guardan relación, por su propia naturaleza, con la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia antes que con la actividad administrativa de la Comisión, actividad esta última que no exige, por otra parte, el mismo grado de acceso a los documentos que la actividad legislativa de una institución comunitaria (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, antes citada, apartado 60).

78 **En efecto, estos escritos se redactan exclusivamente a los efectos de dicho procedimiento jurisdiccional y constituyen un elemento esencial del mismo. Mediante el escrito de demanda, el demandante delimita el litigio y es concretamente en la fase escrita de dicho procedimiento –al no ser obligatoria la fase oral– donde las partes facilitan al Tribunal de Justicia los elementos en base a los que éste está llamado a pronunciar su decisión jurisdiccional.**

85 A este respecto, procede señalar que la protección de estos procedimientos conlleva, en particular, que se garantice el respeto de los principios de igualdad de armas y de buena administración de la justicia.

86 Pues bien, por una parte, en cuanto a la igualdad de armas, procede señalar que, como declaró en esencia el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 78 de la sentencia recurrida, si el contenido de los escritos de la Comisión tuviese que ser objeto de un debate público, las críticas vertidas frente a los mismos, más allá de su verdadero alcance jurídico, podrían influir



en la posición defendida por la institución ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

87 Además, tal situación podría falsear el equilibrio indispensable entre las partes en un litigio ante los mencionados órganos jurisdiccionales –equilibrio que está en la base del principio de igualdad de armas– en la medida en que únicamente la institución afectada por una solicitud de acceso a sus documentos, y no el conjunto de partes en el procedimiento, estaría sometida a la obligación de divulgación.

92 Por otra parte, en cuanto a la buena administración de la justicia, la exclusión de la actividad jurisdiccional del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos, sin distinguir entre las distintas fases del procedimiento, se justifica por la necesidad de garantizar, durante todo el procedimiento jurisdiccional, que los debates entre las partes y la deliberación del órgano jurisdiccional que conoce del asunto pendiente se desarrollen serenamente.

93 Pues bien, la divulgación de los escritos procesales en cuestión llevaría a permitir que se ejercieran, aunque sólo fuera en la percepción del público, presiones externas sobre la actividad jurisdiccional y que se perjudicara la serenidad de los debates.

*94 En consecuencia, ha de reconocerse la existencia de una presunción general de que la divulgación de los escritos procesales presentados por una institución en un procedimiento jurisdiccional perjudica la protección de dicho procedimiento, en el sentido del artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001 **mientras dicho procedimiento esté pendiente.***

Por otro lado, la misma interpretación de carácter restrictivo es también la que está siendo adoptada a nivel autonómico por diversas Autoridades de control, como es el caso del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (por ejemplo, en su resolución 31/2017, de 1 de marzo) o la Comisión de Garantía del Derecho de acceso a la Información Pública de Cataluña (por ejemplo, en su resolución 181/2017, de 7 de junio).

Asimismo, debe señalarse que, a nuestro juicio, el perjuicio podría darse cuando, por ejemplo, la documentación que se solicite sea conocida por una de las partes en detrimento de la otra, pero difícilmente cuando ambas partes en el procedimiento tienen acceso a lo solicitado por estar incluido, precisamente, entre la documentación que conforma el expediente judicial.

Teniendo en cuenta todos los argumentos señalados, entiende este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que no se ha motivado de forma suficiente el perjuicio que podría derivarse del acceso a la información solicitada, cuyo conocimiento entronca directamente con la actuación pública tal y como hemos indicado, a la igualdad de las partes en procesos judiciales, algunos de los cuales ya han finalizado en fase de instancia tal y como se ha señalado.



Por lo tanto, debe estimarse la reclamación en este punto.

12. En lo relativo a la aplicación del límite previsto en el artículo 14.1 k), debe tenerse en cuenta que la decisión en cuyo marco fueron emitidos los informes objeto de la solicitud ya ha sido adoptada y se corresponde con las *órdenes de compensación 2012, 2013, 2014 y 2015*.

Es decir, a nuestro juicio, y en la misma línea de que debe argumentarse debidamente el perjuicio que pudiera derivarse del acceso a la información solicitada teniendo en cuenta la posible existencia de un interés público en el acceso- que ya ha quedado demostrado en argumentos anteriores relativos a la relación entre la información solicitada y el conocimiento de las decisiones públicas y la responsabilidad por las mismas- entendemos que no puede predicarse *sine die*- siempre es posible una nueva decisión pública bajo la forma de proyecto normativo que modificase una norma existente- el perjuicio al proceso de toma de decisiones.

Asimismo, del propio objeto de la solicitud queda demostrado que los informes fueron realizados con ocasión de la elaboración de cada una de las órdenes de compensación, por lo que claramente atendían a las circunstancias presentes en ese momento y que podían ser distintas de la de períodos anteriores. Por ello, la elaboración de futuros proyectos normativos atenderá en buena lógica a las circunstancias del momento en que se desarrollen.

Por lo tanto, la reclamación debe ser estimada en este punto.

13. Finalmente, cabe analizar la aplicación del último de los límites alegados, el previsto en el art. 14.1 j), relativo al secreto profesional.

Debe señalarse a este respecto que, más allá de una mención al perjuicio al *secreto profesional de los autores de los informes*, la Administración no aporta más argumentos sobre la aplicación de este límite. Y ello, por lo tanto, contraviniendo el criterio interpretativo aprobado por este Consejo y que ya ha sido reproducido en apartados anteriores de esta resolución.

El secreto profesional, como ha señalado el Consejo de Transparencia en alguna de sus resoluciones- a título de ejemplo se señala la R/0044/2017, de 25 de abril- ampara supuestos en que el deber de confidencialidad, unido al deber de secreto, se predica respecto de documentos o informaciones conocidos en ejercicio de las funciones desempeñadas por un organismo. En el caso que nos ocupa, y dada la naturaleza de la información que se solicita y, como hemos indicado previamente, la relevancia de la misma en el control del proceso de toma de decisiones públicas, dicho límite no puede considerarse de aplicación.

14. Por todos los argumentos que anteceden, la presente reclamación debe ser estimada y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE debe proporcionar



Todos los estudios encargados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para determinar la valoración del daño causado por la copia privada en 2012, 2013, 2014 y 2015

III. RESOLUCIÓN

Considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede

PRIMERO: ESTIMAR la Reclamación presentada por [REDACTED] con fecha de entrada el 14 de junio de 2017 contra la Resolución de 10 de abril de 2017 del MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a [REDACTED] la información referida en el Fundamento Jurídico 13 de la presente Resolución.

TERCERO: INSTAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE a que, en el mismo plazo máximo de 10 días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia copia de la información enviada a la Reclamante.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1, c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez

