

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000036/2020
Tipo de Recurso: APELACION
Núm. Registro General: 00143/2020
Demandante: COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES
Procurador: [REDACTED]
Demandado: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT
D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA
D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER
D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso de apelación interpuesto como parte apelante por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, representada por [REDACTED] interviniendo como apelado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, representado por [REDACTED]. Se recurre en apelación la sentencia dictada en fecha 4 de Febrero de 2020 por el Juzgado Central

[REDACTED]

[REDACTED]

de lo Contencioso Administrativo Número Siete en el Procedimiento Ordinario 32/2019.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Se interpuso por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, recurso frente a la Resolución de 6 de junio de 2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), dictada en Expediente R/0174/2019

Tras la tramitación del oportuno recurso contencioso administrativo por el Juzgado Central de lo Contencioso Número Siete, se dictó sentencia de fecha 4 de Febrero de 2020 cuyo fallo, literalmente, decía: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV) contra la Resolución de 6 de junio de 2019, del CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (CTBG), dictada en Expediente R/0174/2019, debo declarar y declaro que dicha resolución es conforme a Derecho, confirmándola. Con expresa condena en costas a la recurrente.

SEGUNDO. – Por Comisión Nacional del Mercado de Valores se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia tras lo que se dio traslado al Abogado del Estado que se opuso a la admisión del recurso de apelación, interesando la confirmación de la sentencia.

TERCERO. - No habiéndose solicitado la práctica de prueba, se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente recurso de apelación, se señaló, inicialmente, el día 22 de Septiembre aunque posteriormente, se señaló de nuevo para el día 3 de Noviembre, designándose ponente al Ilmo. [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la sentencia dictada en fecha 4 de Febrero de 2020 por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Siete en el Procedimiento Ordinario 32/2019.

Dicha sentencia desestima el recurso contencioso interpuesto frente a la Resolución de 6 de junio de 2019, del CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (CTBG), dictada en Expediente R/0174/2019.

Los hechos en los que se basa la reclamación son los siguientes:

██████████ solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, al amparo de la Ley 19/2013 con fecha 9 de enero de 2019, la siguiente documentación: Copia completa del expediente sancionador abierto frente a Banco Popular Español, S.A., de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que se sancionó a esa entidad con una infracción muy grave y que dio lugar a La resolución publicada en el B.O.E el 10 de agosto de 2016.

-Se contestó por la CNMV mediante resolución de 5 de febrero de 2019 afirmando que, aplicando prioritariamente el régimen especial contenido en las normas y disposiciones descritas -de manera especial los artículos 238 y 248 del TRLMV-, no es posible conceder el acceso a la documentación solicitada, puesto que la misma tiene carácter confidencial y no concurre ninguno de los supuestos específicamente previstos para su divulgación a terceros.

-La reclamante ante la CNMC presentó, mediante escrito de entrada el 13 de marzo de 2019, fechado el 1 de marzo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 242 de la LTAIBG, una reclamación.

-Tras la tramitación pertinente, se dictó resolución, que es la resolución impugnada ante el Juzgado Central de lo Contencioso, que concluía acordando:

PRIMERO: ESTIMAR por motivos formales la reclamación presentada por ██████████ con entrada el 13 de marzo de 2019, fechada el 1 de marzo, contra la resolución, de fecha 5 de febrero de 2019, de la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.

SEGUNDO: INSTAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, retrotraiga actuaciones de manera que se dé audiencia al Banco Popular Español, S.A. para que alegue lo que estime pertinente en defensa de su derecho y, en el mismo plazo, informe a ██████████ y a este Consejo de Transparencia de este trámite, todo ello, con suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.

La mencionada resolución recogía el siguiente razonamiento: no se dan, a juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y como se ha manifestado en los antecedentes tramitados por este organismo, las circunstancias requeridas para entender de aplicación la Disposición adicional primera, apartado 2 de la LTAIBG que dispone que Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información en el sentido en que la misma ha sido interpretado en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a este Consejo por el artículo 38.2 a) en el criterio nº 8 de 2015 ya mencionado

Es decir, si la CNMV entiende que existen documentos en los expedientes sancionadores solicitados que contienen información que pueda afectar al secreto profesional, puede y debe excluirlos u omitirlos, proporcionando el resto de documentos al Reclamante e informando a éste de qué parte de la información ha sido omitida y por qué.

Lo que no puede hacerse, a juicio de este Consejo de Transparencia, es declarar secreto todo el expediente

No debe incluirse información sobre datos de carácter personal de personas físicas que, de existir, deben ser anonimizados o disociados.

Debe facilitarse información que no ponga en peligro el secreto profesional o la confidencialidad debida, a juicio de la CNMV.

En estos supuestos, debe informarse al Reclamante de qué tipo de información no se le proporciona y por qué.

SEGUNDO. – El razonamiento de la sentencia objeto del presente recurso de apelación parte de que, de acuerdo con lo establecido por esta Sección Séptima en supuestos precedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Ley 19/2013 "si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación".

El artículo 24.3 señala que "Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga."

Sobre esta base, la sentencia recurrida en apelación afirma que "Atendida la doctrina emanada de dicha Sentencia y comoquiera que la resolución impugnada instaba a la CNMV a que retrotrajera actuaciones, dándose audiencia al Banco Popular Español, S.A para alegar lo pertinente en defensa de su derecho y se informase a [REDACTED] y al CTBG de ese trámite, con suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido alegaciones o haya transcurrido plazo para su presentación, procede desestimar el recurso".

Y concluye la sentencia afirmando que: "comoquiera que la resolución impugnada instaba a la CNMV a que retrotrajera actuaciones, dándose audiencia al Banco Popular Español, S.A para alegar lo pertinente en defensa de su derecho y se informase a la [REDACTED] y al CTBG de ese trámite, con suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido alegaciones o haya transcurrido plazo para su presentación, procede desestimar el recurso".

TERCERO. – El razonamiento de la sentencia objeto de apelación, que se basa en la correcta cita de precedentes que han sido objeto de sentencias previas de esta misma Sección, hace innecesario reproducir lo dicho por la sentencia de instancia.

Además, esta Sala ya se ha pronunciado en un caso idéntico al que ahora se plantea en el recurso de apelación 8/2019 en donde se dio respuesta a las mismas cuestiones ahora planteadas:

SEGUNDO.- Se plantea en el recurso si la regulación de la Ley de Transparencia debe ceder ante la específica de la Ley del Mercado de Valores, por contener ésta normas sobre acceso a la información obtenida en el ejercicio de las funciones de supervisión e inspección encomendadas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, todo ello por aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013.

La posición de la CNMV es considerar que toda la información contenida en los expedientes de supervisión e inspección es información confidencial y está comprendida en el deber de secreto profesional impuesto por el artículo 248 LMV, que solo puede levantado en los supuestos taxativamente enumerados en dicho precepto, amén de la publicación de datos agregados que no

identifiquen a los interesados y datos sobre sanciones impuestas en cumplimiento esto del artículo 238 h) LMV. Según se explica esta regulación se aprueba en consonancia con la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo del Consejo, de 15 de mayo del 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y el deber de secreto profesional que en su artículo 76 se impone a la autoridad supervisora.

En cambio, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno niega que sea confidencial toda la información contenida en los expedientes de supervisión e inspección, y reconoce el derecho del solicitante al acceso a la información del expediente sancionador que no sea confidencial, imponiendo a la autoridad supervisora el deber de suministrar aquella información que no se considere afectada por el secreto profesional, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. Al no contenerse en la resolución impugnada un pronunciamiento sobre qué información se considera afectada por los límites del artículo 14 de la Ley 19/2013, en puridad lo que se determina es que por la CNMV se proceda a un análisis del expediente y clasificación de la información que considere confidencial.

TERCERO.- No toda la información recabada por la autoridad supervisora puede considerarse información confidencial. Así se desprende claramente del artículo 248 LMV, que alude a "informaciones o datos confidenciales que la CNMV u otras autoridades competentes hayan recibido en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la supervisión e inspección..." de lo que cabe extraer que no se considera confidencial toda la información recibida, pues de lo contrario el precepto hubiera indicado que toda información recabada en el ejercicio de las potestades de supervisión e inspección debe ser considerada confidencial.

En este sentido se ha pronunciado la STJUE de 19 de junio del 2018 (C-15/16), que si bien interpreta el artículo 54, apartado 1º, de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, el artículo 76 de la Directiva 2014/65/UE no es sino fiel trasunto del texto anterior. Según el tribunal europeo la directiva "debe interpretarse en el sentido de que no toda la información relativa a la empresa supervisada que fue comunicada por esta a la autoridad competente ni todas las declaraciones de dicha autoridad que figuren en el expediente de supervisión de que se trate, incluida su correspondencia con otros servicios, constituyen incondicionalmente información confidencial, cubierta, por tanto, por la obligación de guardar el secreto profesional que establece dicha disposición. Esta calificación se aplica a la información en poder de las autoridades designadas por los Estados miembros para desempeñar las funciones previstas por dicha Directiva que, en primer lugar, no tenga carácter público y cuya divulgación, en segundo lugar, pueda perjudicar los intereses de la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o de terceros, o también el correcto funcionamiento del sistema de control de las actividades de las empresas de inversión..."

Por tanto, la jurisprudencia europea define lo que es información confidencial de acuerdo con estas características: 1) la que no tiene carácter público 2) información cuya divulgación pueda perjudicar: a) los intereses de las personas físicas o jurídicas que hayan facilitado la información b) el correcto funcionamiento del sistema de control de las actividades de las empresas de servicios de inversión 3) el transcurso del tiempo determina la pérdida del carácter confidencial de la información.

En la sentencia se advierte que la directiva interpretada no regula un derecho de acceso a la información para el público en general y, por tanto, las legislaciones nacionales pueden ampliar el ámbito de la información que consideren confidencial.

La legislación española no contiene una regulación más estricta del secreto profesional que la establecida en las directivas comunitarias. Para llegar a la conclusión sugerida por la CNMV hubiera sido necesario que la ley clasificara como confidencial toda la información en poder de la autoridad supervisora, cosa que no puede extraerse de los preceptos legales.

Sin perjuicio de que se pueda organizar un sistema de clasificación previa de la información reservada, la forma de operar de la CNMV deberá ser la siguiente: ante una solicitud de información deberá dar audiencia a los interesados, y luego pronunciarse sobre qué información considera confidencial. A esto, en puridad, obligaba la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Dicha sentencia se encuentra pendiente del recurso de casación tramitado ante el TS bajo el número 7045/2019.

La parte recurrente en apelación pretende que se declare la exclusión de la aplicación de la ley 19/2013 y que debe decaer por la aplicación del régimen

especial y propio de transparencia que deriva de la LMV (Real Decreto Legislativo 4/2015) pero tal cosa, como hemos visto, ha sido rechazado por esta Sección en resoluciones precedentes. La existencia y regulación de una serie de registros públicos (artículo 238 de la LMV), no puede ser equiparada a la existencia de un régimen legal completo sobre transparencia y derecho a la información en la LMV y, por esta razón, no puede excluirse la aplicación de la Ley de Transparencia en supuestos como el presente.

CUARTO. – No se olvide que la sentencia apelada se limita a acordar la retroacción para que se practique el trámite de audiencia previsto en los arts. 19.3 y 24.3 ley 19/2013.

El art. 19.3 dispone: Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.

Y el art. 24.3: Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

Estos preceptos deben coordinarse con lo que señala la Disposición Adicional Primera 2 de la misma norma al mencionar que: “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información” y esta Sala ya se ha pronunciado (Apelación 75/2018) entendiéndose que el trámite de audiencia es compatible con la posibilidad de facilitar la información que se solicita a la CNMC.

QUINTO. – Por lo demás, no puede olvidarse la concurrencia de determinadas circunstancias que obligan a la desestimación del recurso:

-No se ha ordenado la publicidad, solo que se dé traslado a los afectados y se adopte la decisión que se considere más conveniente.

-Se trata de un procedimiento ya concluido.

-No se afecta la labor de investigación de la CNMC

Parece que la recurrente olvida la finalidad de la Ley 19/2013 que procede de su propia exposición de motivos: El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En 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.

La parte recurrente en apelación no ha justificado de modo suficiente ni que la aplicación de la LMV sea incompatible y excluyente de la Ley de Transparencia, ni que la aplicación de esta segunda norma, con las garantías de confidencialidad que

se prevén, pueda conllevar perjuicios a las exigencias de confidencialidad derivadas de la puesta en funcionamiento del sistema de supervisión e inspección que está encomendado a la CNMV.

SEXTO. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por cada una de las partes.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], en nombre y en representación de **Comisión Nacional del Mercado de Valores** contra la sentencia dictada en fecha 4 de Febrero de 2020 por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Siete en el Procedimiento Ordinario 32/2019, debemos confirmar la sentencia por ser conforme a Derecho.

Sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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

13-11-2020
9/10