

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000039/2020
Tipo de Recurso: APELACION
Núm. Registro General: 00148/2020
Demandante: COMISIOAN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES
Procurador: [REDACTED]
Demandado: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

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 treinta de octubre de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 2 dictó sentencia el 21 enero 2020 en el recurso contencioso administrativo nº 23/2019 desestimando el recurso suscitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores representada por el Procurador [REDACTED].

Contra esta sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante del que se dio traslado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno representado

[REDACTED]

[REDACTED]

por el procurador [REDACTED] que solicitó la confirmación de la misma con imposición de costas a la parte actora. Se señaló para deliberación y fallo el día 13 octubre 2020.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La CNMV interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 21 enero 2020 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 2 en el recurso nº 23/2019. En dicha sentencia se dice que la resolución impugnada del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estima por motivos formales la reclamación realizada por [REDACTED] contra la resolución del CNMV de 28 diciembre 2018. E insta a la CNMV a que *en el plazo máximo de 10 días hábiles retrotraiga las actuaciones practicadas e inicie el trámite de audiencia al afectado por el expediente sancionador objeto de solicitud*, conforme al art. 19.3. E instar a la CNMV a que en el mismo plazo certifique al Consejo de Transparencia la realización del trámite mencionado.

La reclamación formulada consistía en: *Copia íntegra de todos y cada uno de los documentos que conforman el expediente sancionador abierto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) por infracción muy grave contra [REDACTED] cuya sanción fue declarada en firme el 15 de noviembre de 2018 y publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), del 27 de noviembre de 2018.*

El Juzgador en atención al art. 14 Ley 19/2013: *“1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”.*

Según el número 2 del precepto, 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.

Art. 19.3.: *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 Juzgador de instancia hace hincapié en que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al estimar en parte no acuerda que se dé la información requerida, lo que dice es que se ha omitido un trámite esencial que impide ofrecer una respuesta a la reclamación formulada. Y la sentencia desestima el recurso contencioso administrativo formulado por la CNMV.

SEGUNDO: La Comisión Nacional del Mercado de Valores interpone recurso de apelación y alega que se encuentra pendiente la cuestión debatida de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por lo que existe litispendencia. Auto de admisión de 5 diciembre 2019, recurso de casación 4614/2019.

El recurrente suscita ante esta Sala el régimen especial de la Ley Mercado de Valores y se opone incluso a la retroacción para dar audiencia al afectado por la

información. Insiste la CNMV en que no se opone a la transparencia y que la propia normativa de la CNMV **regula que debe de darse a conocer**. Ahora bien, el RDLeg 2015 establece un régimen de confidencialidad que debe cumplirse y siguiendo ese principio y aún en el supuesto de que se diera audiencia al posible afectado, se vulneraría el propio régimen del CNMV. Y suplica que se tenga por interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 21 enero 2020 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 2 y se dicte sentencia estimando el recurso de apelación, se anule la sentencia de instancia y la resolución del 17 abril 2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por considerar que el RDLeg 4/2015 de 23 octubre, prevé un régimen específico de acceso a la información de actuaciones supervisoras e inspectoras de la CNMV que excluye por completo la aplicación de la Ley 19 /2013 de 9 diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, conforme a su DA1ª2.

Se opone al recurso de apelación el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

TERCERO: El RDleg 4/2015 en el art. 238 preve la publicidad de las sanciones, pero también contempla el secreto profesional en el art. 248, sobre lo que no tiene duda alguna este tribunal pues ciertos documentos de un expediente pueden ser



declarados

confidenciales quedando sujetos a un deber de reserva. Pero el asunto que nos ocupa es diferente. Estamos ante una resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que no se pronuncia sobre el fondo de la reclamación que se le ha formulado, tan solo exige el cumplimiento de un trámite de audiencia que considera necesario para resolver, por lo que ante esa falta de resolución sobre el fondo por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno resulta prematura la discusión que ha suscitado la CNMV.

CUARTO: Este Tribunal es conocedor del auto de admisión del recurso de casación formulado contra la sentencia de 8 abril 2019. Pero mantiene el criterio de la sentencia de 25 junio 2019. En esta sentencia con un supuesto similar al enjuiciado en este caso, se declara expresamente que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no se pronuncia sobre la pretensión principal, se limita a retrotraer. En esta sentencia decíamos:

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.”

Por consiguiente, no toda la información que tenga que facilitar la CNMV tiene ese carácter confidencial por lo que hasta que no se concluyan todas las actuaciones exigidas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno cualquier cuestión es anticipatoria de una resolución que no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto.

QUINTO: Por último, en referencia a la litispendencia, aunque la causa petendi sea la misma, aunque haya una coincidencia de elementos estamos ante procesos distintos pues se trata de examinar una resolución que antes no había sido objeto de recurso de apelación y por consiguiente tampoco de recurso de casación. Por lo que se debe rechazar la litispendencia planteada.

No procede hacer un especial pronunciamiento sobre costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la medida en que no se recibió una respuesta adecuada en la instancia sobre una de las cuestiones planteada y la decisión del caso ofrece dudas jurídicas.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima, ha dictado el siguiente

FALLO

DESESTIMAMOS la apelación nº 39/20 promovida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores representada por el Procurador [REDACTED] contra la sentencia de 21 de enero de 2020 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 2.

No hay expresa condena en costas.

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.

Asi por esta sentencia, lo acordamos mandamos y firmamos

05-11-2020
7/8