

R. CASACION núm.: 711/2021

Ponente: Excma. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: [REDACTED]

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1507/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 711/2021 interpuesto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, representada por el procurador de los tribunales [REDACTED], bajo la dirección letrada de [REDACTED], contra la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 2020, en el recurso de apelación número 36/2020, sobre acceso a información de expediente sancionador.

Ha sido parte recurrida la procuradora de los tribunales [REDACTED], en nombre y representación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), con la asistencia de la letrada [REDACTED]

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales [REDACTED] actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020, por la que desestimó el recurso de apelación (n.º 36/2020) interpuesto por la CNMV contra la sentencia, de 4 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 (recurso n.º 32/2019), en materia de acceso a la información.

Se confirmó en apelación la resolución de 6 de junio de 2019 de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante CTBG) que acuerda estimar por motivos formales la reclamación de un particular, instando a la CNMV a la retroacción de las actuaciones practicadas a fin de incoar el trámite de audiencia al Banco Popular Español SA, afectado por el expediente sancionador objeto de solicitud, con arreglo al artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno -TAIBG- (en adelante la Ley de Transparencia).

SEGUNDO.- Mediante Auto de 30 de junio de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en:

«aclarar, matizar, concretar o, en su caso, corregir, la jurisprudencia sentada por esta Sala en las SSTs de 19 de noviembre de 2020 (RCA 4614/2019), de 29 de diciembre de 2020 (RCA 7045/2019), de 8 de marzo de 2021 (RCA 1975/2020) y de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020), entre otras, en relación con el derecho de acceso a la información regulado en la Ley

19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y la garantía de la confidencialidad prevista en la normativa específica reguladora de los mercados de valores.»

En dicho Auto se afirmaba que las cuestiones que se plantean en este recurso son sustancialmente idénticas a las que se suscitaron en los recursos de casación resueltos en las sentencias de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2020 (RCA 4614/2019) -que la CNMV conoce y trae a colación en su escrito para mostrar su discrepancia- y la posterior STS de 29 de diciembre de 2020 (RCA 7045/2019) dictadas en relación con sentencias de la Audiencia Nacional confirmatorias de las resoluciones del CTBG en las que, o bien se otorgaba el acceso a la información solicitada a la CNMV o bien se ordenaba retrotraer las actuaciones para iniciar el trámite de audiencia previsto en el artículo 19.3 LTAIBG. En ambas sentencias la Sala Tercera de este Tribunal resolvió la cuestión relativa a la interpretación del apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley de transparencia en relación con la regulación del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV).

En las mencionadas sentencias se fijó como jurisprudencia que «(...) las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición Adicional Primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse. La Ley del Mercado de Valores, contiene una regulación sobre la confidencialidad de ciertas informaciones y otros aspectos, pero no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información en materias en las que no se encuentren protegidas por la confidencialidad».

Y se concluía, en relación con el caso concreto, que «la información solicitada debe proporcionarse sin comprometer aquellos datos que sean confidenciales. Si la CNMV consideraba que algún dato estaba protegido por el secreto profesional o podría suponer un perjuicio para terceros, debería haberlo justificado de forma expresa y detallada, explicado las razones válidas por las que dicha información tenía tal carácter, pues como hemos señalado en precedentes sentencias, la aplicación de los límites al acceso a la información requiere su justificación expresa que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida. La CNMV, que no accedió a la petición de información en aplicación de la LMV se limita a insistir en el carácter confidencial de toda la información de supervisión e inspección, en una concepción errónea de la norma sin incluir ninguna explicación adicional sobre el pretendido peligro para el secreto comercial».

La reseñada jurisprudencia ha sido perfilada y matizada con posterioridad. Así en la STS de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020), tras recordar la doctrina sentada en las dos SSTS mencionadas, recuerda que en la STS de 8 de marzo de 2021 (RCA 1975/2020) se aclaró en qué consiste un régimen específico propio manifestando que existe «un régimen específico propio cuando en un determinado sector del ordenamiento jurídico existe una regulación completa que desarrolla en dicho ámbito el derecho de acceso a la información por parte, bien de los ciudadanos en general, bien de los sujetos interesados. En tales supuestos es claro que dicho régimen habrá de ser aplicado con carácter preferente a la regulación de la Ley de Transparencia, que en todo caso será de aplicación supletoria para aquellos aspectos que no hayan sido contemplados en tal regulación específica siempre, claro está, que resulten compatibles con ella». Sin embargo, se añadía en la citada STS de 8 de marzo de 2021, «más frecuente que una regulación alternativa completa es la existencia en diversos ámbitos sectoriales de disposiciones, anteriores a la Ley de Transparencia, que contienen previsiones que afectan al derecho de acceso a la información, muy especialmente en relación con sus límites, como ocurre en el presente asunto con la previsión sobre confidencialidad en el sector de los productos sanitarios. Pues bien, hemos de precisar que en este caso, y aunque no se trate de un régimen específico completo, dicha regulación parcial también resulta de aplicación prevalente de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional, manteniendo la Ley de Transparencia su aplicación supletoria en todo lo demás, esto es, el marco general del derecho de acceso a la información y el resto de la normativa establecida en la Ley de Transparencia, a excepción de lo que haya quedado desplazado por la regulación parcial. Resulta así, por tanto, que cuando la disposición adicional primera dispone que se regirán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, incluye la aplicación prevalente de cualquier regulación sectorial que se refiera al acceso a la información, aunque no se configure como un tratamiento global y sistemático del mismo, quedando en todo caso la Ley de Transparencia como regulación supletoria».

Partiendo de esa doctrina, la STS de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020) viene a concluir que la regulación sobre la confidencialidad prevista en el TRLMV debe considerarse de aplicación prevalente, siendo la LTAIBG de aplicación supletoria como marco general del derecho de acceso a la información en todo aquello que no haya quedado desplazado por la regulación parcial del TRLMV.

Por ello, el Auto de admisión considera que atendiendo a este último matiz en relación con la aplicabilidad prevalente de las previsiones sobre confidencialidad previstas en la Ley de Mercados de Valores, resulta conveniente un nuevo pronunciamiento de este Tribunal pues, como se afirma en el escrito de preparación, la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA también puede apreciarse cuando, aun existiendo jurisprudencia sobre la cuestión litigiosa, es preciso matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicamente diferentes a las ya contempladas.

Y considera que las normas que, en principio serán objeto de interpretación son los artículos 248 del RD Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y 54 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, aprobado por Resolución de 19 de diciembre de 2019, en contraste con las previsiones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (entre ellas, el artículo 19.3).

TERCERO.- La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) formalizó el 21 de septiembre de 2021 la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que el debate casacional se centra así en determinar si la normativa del mercado de valores dispone de un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información que pueda desplazar por completo el régimen general de acceso a la información contenido en la LTAIBG, en el caso de expedientes sancionadores o de supervisión. En este sentido, la STS de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020) prevé que la regulación sobre confidencialidad prevista en la LMV debe considerarse de “aplicación prevalente” de conformidad con lo dispuesto en la Disposición

Adicional primera de la LTAIBG, manteniendo la Ley de Transparencia su aplicación supletoria como marco general del derecho de acceso, en todo lo que no haya quedado desplazado por la regulación parcial del mercado de valores

Considera que, tratándose de expedientes sancionadores o de supervisión, no cabe aplicar la LTAIBG porque el régimen prevalente de la LMV y su normativa de desarrollo es completo y absolutamente incompatible con el de la LTAIBG.

1º El régimen especial propio de transparencia, acceso y confidencialidad de la información en el mercado de valores previsto en la LMV.

En primer lugar, relata el régimen de acceso y registros públicos del art. 238 LMV en general y la publicidad en materia sancionadora adicional del art. 275 de la LMV y su régimen de informes sobre su actuación.

Seguidamente aborda el régimen de confidencialidad en lo relativo a actuaciones derivadas de la supervisión e inspección (art. 248 de la LMV). Y a tal efecto afirma que existe diversa información sobre el mercado de valores que no es pública: información privilegiada (en términos del RAM) que no es pública y cuya difusión inmediata puede perjudicar los legítimos derechos del emisor; información no privilegiada de carácter no público (datos de clientela, contratos y operaciones, aspectos de su empresa protegidos por secreto comercial, etc.). Asimismo, otros terceros pueden disponer información no pública de las entidades supervisadas por la CNMV (auditores, analistas externos independientes, etc.).

Toda esta información está en conocimiento o disponible para la CNMV en el marco de sus competencias de supervisión e inspección, permitiéndole así el más amplio conocimiento de la entidad supervisada, pero la contrapartida es la confidencialidad como principio general respecto de los datos o información derivados de la supervisión o inspección de la CNMV. A su juicio, así lo reconoce expresamente el art. 248 de la LMV bajo la rúbrica

“secreto profesional”, que ha sido desarrollado reglamentariamente por el artículo 54 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV (RRI).

El art. 248 LMV prevé unas excepciones muy tasadas al principio de confidencialidad en sus apartados 2 y 4, referidas a requerimientos de autoridades parlamentarias, judiciales o administrativas e incluso en tales casos deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo una confidencialidad reforzada (STS, Sección 3ª, de 9 de diciembre de 2014 (rec. 4076/2011) aplicando restrictivamente el acceso a la información.

De la lectura del art. 54 RRI (y de su antecesor, art. 51), se deduce claramente la incompatibilidad con la afirmación de la sentencia recurrida de que «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». Ni la Sentencia recurrida ni las sentencias de esta Sala 1565/2020 y 1817/2020 justifican las razones por las que no habría de aplicarse el RRI.

2º Existe un régimen especial propio de la normativa del mercado de valores, a la luz del contexto de Derecho de la Unión Europea en el que se integra.

La Directiva MIFID II, es el marco jurídico en que se ubica la LMV y el RRI. Particularmente, las medidas referidas al principio de confidencialidad del art. 248 LMV están expresamente previstos por los arts. 71 y 76 MIFID II.

La sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2014, C-140/13, Altmann y otros, (sentencia *Altmann*) interpretó por vez primera el precepto prácticamente idéntico de la anterior Directiva 2004/39, MIFID I (artículo 54) estableciendo que la confidencialidad constituye en este ámbito un principio general que sólo admite las excepciones expresamente tasadas en la norma. En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de Gran Sala del TJUE de 19 de junio de 2018, C-15/16, Baumeister (sentencia *Baumeister*).Y se reitera el principio por la Sentencia de 13 de septiembre de 2018, C-358/16, UBS Europe y otros (sentencia *UBS* párrafos 36 y 38).

La sentencia *Baumeister* ha definido la noción de “información confidencial” en su párrafo 46, siendo especialmente relevante el margen de los Estados miembros para legislar al respecto que puede alcanzar, como hace la LMV y el RRI, la totalidad de los expedientes de supervisión o sancionadores (párrafo 44 de la citada sentencia).

La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida y las sentencias del Tribunal Supremo nº 1565/2020 y 1817/2020 citan la STJUE *Baumeister* pero solo reproducen el apartado 46 ignorando el resto de la jurisprudencia del TJUE y la normativa de mercado de valores.

Considera que la pretendida necesidad de que la Ley clasifique como confidencial toda la información en poder de la autoridad supervisora se cumple acudiendo al artículo 54 del Reglamento de Régimen Interior.

3º Consecuencias de la existencia de un régimen especial propio en la LMV: Inaplicabilidad de la LTAIBG conforme a su D.A.1ª.2. En todo caso, incompatibilidad de la LTAIBG con MIFID II.

Sentado lo anterior, parece evidente que el acceso en el mercado de valores, respecto a actuaciones de supervisión e inspección, debe regirse por su normativa específica, la LMV y el RRI, con exclusión de la LTAIBG, en aplicación de la DA 1ª.2 de esta última, ya que la normativa del mercado de valores es, en términos de la jurisprudencia de esta Sala en su Sentencia de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020), prevalente.

La confrontación del régimen de acceso de la Ley de Transparencia con el régimen de acceso a datos confidencial de la LMV y MIDIF II no deja lugar a dudas de la incompatibilidad intrínseca. Y esa incompatibilidad del régimen del Reglamento CE 1049/2001 en el que se inspira la Ley de Transparencia y el régimen de confidencialidad del mercado de valores esta constatada por el TJUE en su sentencia *Baumeister*, apartados 40 a 43.

La última parte de la sentencia *Baumeister* es completamente omitida por la sentencia recurrida y por las de esta Sala, 1565/2020 y 1817/2020. Sin

embargo, de haberla tenido en cuenta, su fallo, a juicio de esta parte, debería haber sido muy distinto.

Lo que aclara el TJUE es que no cabe aplicar el régimen de acceso del Reglamento CE 1049/2001 al mercado de valores, sencillamente porque «sólo cabe dar curso a dicha solicitud en los supuestos taxativamente enumerados» por la propia normativa del mercado de valores. El objetivo o finalidad de la LTAIBG, al igual que el del Reglamento CE 1049/2001, es conferir un acceso lo más ampliamente posible, mientras que el del secreto profesional de MIFID II, traspuesto en el artículo 248 LMV y 54 RRI, es directamente el opuesto, garantizar la confidencialidad salvo en las excepciones taxativamente señaladas en el mismo.

4º La doctrina de las SSTS 1565/2020 y 1817/2020 que conviene matizar, aclarar o corregir.

Las SSTS 1565/2020 y 1817/2020 han omitido, al igual que la sentencia recurrida, cualquier mención al RRI que, siendo de aplicación prevalente, conforme a la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2021, determinaría la estimación de la pretensión de esta parte de considerar excluidos del acceso de la LTAIBG los expedientes sancionadores o de supervisión.

También han omitido las sentencias cualquier motivación sobre aquellos aspectos que hacen incompatible su postura con la jurisprudencia del TJUE, y que también se han expuesto anteriormente.

Considera que ningún Estado miembro tiene una interpretación del secreto profesional que permita la compatibilidad con las normas de transparencia en los términos acordados en las SSTC 1565/2020 y 1817/2020 ya que ninguno permite el acceso a los expedientes sancionadores, ninguno tiene como regla general el acceso sino la confidencialidad.

Y finalmente considera que de no aceptarse la tesis de la CNMV debería plantearse una cuestión prejudicial por el riesgo evidente para la supervisión de los mercados financieros ya que los Estados miembros

comparten información de supervisión con la CNMV por lo que se corre el riesgo de que no quieran compartir su información confidencial.

Termina suplicando dicte sentencia que:

1.- Establezca como doctrina que el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y su normativa de desarrollo, el artículo 54 del reglamento de Régimen Interior de la CNMV aprobado por Resolución de 19 de diciembre de 2019, prevé un régimen específico completo 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 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, conforme a su D.A.1ª.2, al considerar confidencial todo informe documento, dato u otra información de que disponga la CNMV como consecuencia del ejercicio de las funciones relacionadas con el ejercicio de la supervisión o de la potestad sancionadora, hasta tanto no se acuerde su incorporación a los registros públicos

Como consecuencia de lo anterior, anule la sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional, de 4 de noviembre de 2020 (recurso de apelación 36/2020) y anule la resolución de 6 de junio de 2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que debió, inadmitir o desestimar el recurso del solicitante de acceso por tratarse de información de actuaciones supervisoras o inspectoras de la CNMV excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, conforme a su D.A. 1ª.2

2.-Subsidiariamente y para el caso de no estimar la anterior petición, plantee al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial señalada en el apartado 64 del presente escrito y resuelva en consecuencia.

CUARTO.- En su escrito de 23 de noviembre de 2021 de oposición al recurso de casación el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), alega:

Coexisten dos debates distintos: uno, sobre la normativa aplicable a este supuesto, en relación con la aplicación o no de la LTAIBG, y otro sobre la cuestión de fondo, el carácter confidencial o no de la documentación solicitada (no dilucidado en vía judicial). El primero se refiere a la prevalencia de la LMV y RRI sobre la LTAIBG, puesto que, como hemos visto, la sentencia objeto de la casación considera que estamos ante un supuesto de aplicación de la LTAIBG sin perjuicio de la posible aplicación, en el caso concreto, de alguno de los límites del derecho de acceso a la información pública recogidos en el art. 14 que no llega a plantearse puesto que no hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (entrega o no de la documentación). El segundo hace referencia a la interpretación del art. 248 LMV y 54 RRI.

No cabe apreciar la incompatibilidad intrínseca entre el régimen de la LTAIBG y la regulación del acceso a datos confidenciales contemplados en la LMV porque si bien esta última norma garantiza la confidencialidad con las excepciones especialmente señaladas en línea con la normativa europea, por su parte, la LTAIBG regula de forma completa y general el derecho de acceso a la información pública. Concluye que no resultan irreconciliables, pudiendo afirmarse que la LMV viene a establecer un régimen singular que comprende las limitaciones de acceso a la información por motivos de confidencialidad y la LTAIBG prevé el régimen general de acceso a la información o transparencia pasiva.

Si bien la LMV se refiere a la confidencialidad de los datos e información que la CNMV haya recibido en el ejercicio de sus funciones no cabe deducir de sus términos -tal como ha declarado el TJUE- que toda la información de la que disponga obtenida de ejercicio de sus potestades de supervisión haya de considerarse necesariamente como información confidencial. Sin perjuicio de volver sobre esta cuestión más adelante, estas sentencias, consideran en definitiva (y así lo establecen dando respuesta a la cuestión de interés casacional) que la regulación de la confidencialidad de determinada información en la LMV no excluye la aplicación de la LTAIBG en cuanto norma general básica que garantiza el acceso a la información pública.

Sostiene la prevalencia de la LTAIBG que se proclama con carácter general por la jurisprudencia mencionada más arriba no impide en absoluto la aplicación de los preceptos de la LMV referidos a la confidencialidad en general y en lo relativo a las actuaciones derivadas de la supervisión e inspección en particular, en los términos recogidos en el art. 248 LMV, que debe de canalizarse, a juicio de esta parte, a través de la aplicación de los límites del art. 14 interpretados a la luz de lo dispuesto en la normativa sectorial y no aplicando de forma preferente la normativa sectorial y subsidiariamente la LTAIBG. Con la primera solución se salvaguardan adecuadamente no sólo las limitaciones previstas en la normativa sectorial (que, insistimos, no quedan excluidos en absoluto por la aplicación de la LTAIBG) sino, sobre todo, el derecho de acceso a la información pública y su debida tramitación y garantías en los términos previstos en la LTAIBG. Que esta haya sido precisamente la solución prevista para la protección de datos de carácter personal en el art. 5 de la LTAIBG (que, no lo olvidemos, tiene carácter de derecho fundamental) avala, a nuestro juicio, que esta es la interpretación más correcta y sobre todo la más adecuada y conforme con el espíritu y finalidad de la LTAIBG.

Los límites y obligaciones de confidencialidad previstas en la normativa sectorial quedan suficientemente garantizada no sólo a través de la necesaria ponderación de los intereses y circunstancias en juego, sino vía la aplicación de los límites recogidos en el art. 14 de la LTAIBG. Pero al mismo tiempo no se compromete –y nos parece muy relevante- el carácter transversal de la LTAIBG y la interpretación más favorable a la transparencia, interpretación consagrada jurisprudencialmente.

En todo caso, añade algunas reflexiones sobre la interpretación del art. 248 de la LMV y art. 54 RRI, afirmando que lo previsto en el art. art. 54 del RRI (reglamento interno de la CNMV) es un reglamento de régimen interior aprobado por resolución de la CNMV de 19 de diciembre de 2019 en base a lo establecido en el art. 20 LMV y que no puede apartarse de lo que establece la LMV ni mucho menos constituir o formar parte de una regulación alternativa del régimen de transparencia previsto en la LTAIBG.

No es su objeto ni puede serlo no ya regular un régimen de transparencia en el ámbito de la LMV sino ni siquiera realizar una interpretación *ad extra* de las previsiones contenidas en el art. 248 de dicha norma. Por tanto, no cabe sostener, como se afirma de contrario, que estemos ante un desarrollo reglamentario de la LMV en este sentido, sino ante una regulación de régimen interior, orientada a la regulación de los organismos, funciones y régimen de los empleados de la CNMV que son los obligados por este reglamento de régimen interior.

Si ya resulta muy discutible que pueda entenderse que la LMV contiene un régimen alternativo al de la LTAIBG en el ámbito del derecho de acceso a la información pública resultaría sumamente arriesgado para las garantías del correcto ejercicio de este derecho que en un reglamento de régimen interno, con las finalidades establecidas en el art. 20 LMV, y en un apartado relacionado con el deber de confidencialidad y las incompatibilidades de los empleados de la CNMV se establezcan limitaciones adicionales al derecho de acceso a la información pública para organismos o ciudadanos no previstas en la legislación sectorial.

Considera que existen diferencias reseñables entre el art. 248 LMV en que se habla del carácter confidencial de las informaciones o datos confidenciales que reciba la CNMV en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección y el art. 54 RRI que se refiere al carácter de reservado o confidencial de «todo informe, documento, dato u otra información de que disponga la CNMV como consecuencia del ejercicio de las funciones relacionadas con el ejercicio de la supervisión o de la potestad sancionadora a las que se refiere el artículo 4».

En este último ha desaparecido la referencia al carácter confidencial de la documentación recibida por la CNMV, y adquiere este carácter toda la información de que disponga la CNMV como consecuencia del ejercicio de sus funciones de supervisión y sancionadoras. Esta última no se encuentra expresamente mencionada en el art. 248 LMV aunque es indudable que las funciones de supervisión e inspección pueden desembocar en el ejercicio de la potestad sancionadora. Por otra parte, sólo se refiere a las excepciones al

deber de secreto recogidas en el párrafo 4º del art. 248 LMV y no a las del apartado 2.

Entendemos que con respecto al derecho de acceso a la información pública (en su vertiente de los límites aplicables) debe de prevalecer lo establecido en la norma de la LMV sobre lo que señala el RRI dado que, insistimos, no puede considerarse bajo ningún concepto que un reglamento de régimen interno (con independencia de su rango normativo) pueda desarrollar, interpretar o constituir una regulación alternativa del régimen del derecho de transparencia de la CNMV y menos aún del derecho de acceso a la información pública.

Y respecto de las sentencias del TJUE (STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-15/16) declara que no toda información que figura en un expediente de una autoridad de supervisión financiera es necesariamente información confidencial cubierta con la obligación de guardar secreto profesional.

Ni en la Directiva 2004/39/CE ni en ninguna de estas sentencias se dice que toda la información que obre en poder de la CNMV en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección tenga carácter confidencial o reservado (en línea, por cierto, con lo establecido en la LMV) ni mucho menos, como se pretende de contrario, que se consideren excluidos de todo acceso los expedientes sancionadores o de supervisión.

Tampoco ha reconocido el TJUE, como se nos dice de contrario, una supuesta incompatibilidad entre el art. 54 de la Directiva y el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dado que la sentencia que se invoca de contrario (sentencia *Baumeister*) se limita a reconocer, como es obvio, que el art. 54 de la Directiva responde a un objetivo distinto del que persigue dicho Reglamento y que cuando estemos en el marco de la normativa específica de los mercados financieros la solicitud de acceso presentada por un particular y siempre que por las autoridades competentes se considere que la información solicitada es confidencial (de acuerdo con lo establecido en el apartado 35 de la propia

sentencia) se aplicará lo previsto en el art. 54. Precisamente la aplicación de este precepto demuestra, al contrario de lo que se pretende de contrario, que no hay incompatibilidad intrínseca alguna.

Las legislaciones nacionales pueden ampliar el ámbito de la información que consideren confidencial, pero el caso es que hoy por hoy el texto de la LMV no ha cambiado y no contiene una definición de información confidencial que vaya más allá de lo dispuesto en las sucesivas Directivas comunitarias.

Lo que se determina es que por la CNMV se proceda a un análisis del expediente y clasificación de la información que considere confidencial y además ante una solicitud de información deberá dar audiencia a los interesados, y luego pronunciarse sobre qué información considera confidencial. A esto y no a otra cosa es a lo que obligaba la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Finalmente, considera que no es necesario plantear cuestión prejudicial alguna ya que la interpretación del art, 54 de la Directiva 2004/39/CE (el equivalente al actual 76 de la Directiva 2014/65/UE) ha sido ya resuelto por el TJUE, por lo que se trata de un acto aclarado

QUINTO.- La CNMV, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.4 LJCA, en relación con el art. 271 LEC, presenta escrito de alegaciones el 12 de abril de 2022, aportando la STS nº 311/2022, de 10 de marzo, RCA 148/2021. Tras mencionar la Sentencia de 10 de marzo, que aporta a Autos, y considera decisiva para resolver el presente recurso de casación, realiza una serie de alegaciones respecto a la misma.

Por Diligencia de Ordenación de 19 de abril de 2022 se acuerda no unir a las actuaciones la sentencia aportada por la CNMV, por tener conocimiento este Tribunal del contenido de sus propias sentencias.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2022, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la CNMV el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020, que desestimó el recurso de apelación (n.º 36/2020) interpuesto por dicha Comisión contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2020, por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 7 en el procedimiento ordinario n.º 32/2019.

Los hechos que dan lugar a la litis se contraen a la solicitud deducida por una persona en fecha 9 de enero de 2019 al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno, dirigida a la CNMV, interesando copia completa del expediente sancionador abierto frente a Banco Popular Español, S.A., que concluyó con la imposición de una sanción a dicha entidad por la comisión de una infracción muy grave, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 10 de agosto de 2016.

Por resolución de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de 5 de febrero de 2019 se denegó el acceso a la información solicitada por entender que el acceso de terceros a la documentación que obra en poder de la CNMV ha de hacerse conforme al régimen jurídico específico contenido en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre y su reglamento de Régimen interior, sin que sea de aplicación la Ley de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante Ley de Transparencia) en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de esta última norma. Y ello por entender que la información obtenida

o elaborada por la CNMV en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la supervisión e inspección tiene un carácter reservado y confidencial y está amparada por el deber de secreto (art. 248 de la LMV) no pudiendo ser divulgada a ninguna persona o autoridad, salvo en los supuestos exceptuados en ese mismo precepto. Sin que el legislador especial haya querido abrir al acceso público a todo el contenido de los expedientes sancionadores, limitando la publicidad a la publicación en un registro de las sanciones impuestas en los últimos cinco años por la comisión de infracciones graves y muy graves [art. 238. h) LMV].

- La solicitante presentó en fecha de 1 de marzo de 2019 una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que se resolvió por resolución 174/2019 de 6 de junio de 2019 estimando la reclamación, instando a la CNMV a fin de que con retroacción de actuaciones se concediera al Banco Popular Español SA el trámite de audiencia previsto en el art. 19.3 de la Ley de Transparencia. Dicha resolución consideró que era aplicable la normativa contenida en la Ley de Transparencia al caso debatido, sin que se viese desplazada por la aplicación de la Disposición Adicional Primera.

Así mismo, consideró que, a tenor del criterio jurisprudencial existente, procedía conceder el trámite de audiencia a terceros, previsto en el art. 19.3 de la Ley de Transparencia, para que el afectado por la información pueda exponer lo que en su defensa considere necesario.

- La resolución del Consejo de Transparencia fue recurrida por la CNMV ante el Juzgado Central de lo Contencioso administrativo nº 7 que por sentencia de 4 de febrero de 2020 (rec. 32/2019) desestimó el recurso.

- Contra la sentencia del Juzgado Central la CNMV interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Esta Sala dicta sentencia el 4 de noviembre de 2020 (apelación 36/2020) –aquí recurrida- desestimando el recurso de apelación.

La Sala de la Audiencia Nacional se remite a su propio precedente -La Sentencia dictada en apelación nº 8/2019, que parcialmente transcribe- y

considera que el Consejo de Transparencia no se pronuncia sobre el fondo de la reclamación de acceso a la información solicitado, sino que tan solo acuerda conceder el cumplimiento de un trámite de audiencia que considera necesario para resolver. En todo caso, y dado que la CNMV considera que no resultaba aplicable la Ley de Transparencia en lo relativo al derecho al acceso a la información por el carácter confidencial de toda la información recabada en el ejercicio de las funciones de inspección y supervisión, el Tribunal argumenta - por remisión- que conforme a las previsiones del art. 248 de la LMV y la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 19 de junio de 2018, C-15/16) no toda la información interesada puede considerarse confidencial y con cita de la jurisprudencia europea y demás, indica que ante una solicitud de información la CNMV deberá dar audiencia a los interesados y luego pronunciarse sobre qué información considera confidencia.

SEGUNDO.- Delimitación del objeto del recurso de casación.

La cuestión casacional que se suscita en este recurso consiste en determinar si cuando se solicita el acceso a la información contenida en un expediente sancionador de la CNMV, que finalizó con una sanción firme, resulta de aplicación la Ley de Transparencia, en concreto, sí procede el trámite de audiencia al interesado previsto en el art. 19 antes de decidir si se concede o no la información solicitada.

La CNMV considera que toda la información obtenida en el ejercicio de sus funciones de supervisión y de inspección, y por extensión la incluida en los expedientes sancionadores instruidos como consecuencia de dichas funciones, tiene carácter confidencial y reservada por lo que queda sometida a un régimen de acceso restringido y sometida al secreto profesional en los términos previstos en el art. 248 de la LMV por lo que no resulta de aplicación la Ley de Transparencia.

El Auto de admisión de 30 de junio de 2021 consideró que el interés casacional se centra en aclarar, matizar, concretar o, en su caso, corregir, la jurisprudencia sentada por esta Sala en las SSTS de 19 de noviembre de 2020 (RCA 4614/2019), de 29 de diciembre de 2020 (RCA 7045/2019), de 8 de

marzo de 2021 (RCA 1975/2020) y de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020), en relación al derecho de acceso a la información regulado en la Ley 19/2012, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y la garantía de confidencialidad prevista en la normativa específica reguladora de los mercados de valores. En dicho Auto se puso de manifiesto que el recurso se plantea en términos prácticamente idénticos al del recurso de casación 148/2021, promovido igualmente por la CNMV y en el que hemos dictado Sentencia el 10 de marzo de 2022, a cuya fundamentación jurídica nos vamos a remitir por su plena similitud con el supuesto aquí enjuiciado.

El recurso entablado por la CNMV se articula en torno a los siguientes argumentos:

1º Existe un régimen especial y propio de transparencia y acceso a la información en la LMV, tanto en lo relativo a la publicidad activa (art. 275 de la LMV que regula la publicidad en materia sancionadora) como en lo relativo a la publicidad pasiva, esto es, el acceso a la información de la que dispone la CNMV.

Este régimen propio, por lo que respecta al acceso a la información, parte de las especialidades que plantea la confidencialidad de la información manejada por la CNMV, en los términos regulados por las Directivas MIFID I y II (arts. 71 y 76 MIFID II), la jurisprudencia del TJUE y a nivel nacional por los arts. 248 de la LMV y art. 54 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV (RRI).

2º Este régimen específico de confidencialidad resulta incompatible con el derecho al acceso a la información regulado en la Ley de Transparencia lo que determina la inaplicabilidad de esta norma conforme a su Disposición Adicional 1ª La STS de 18 de marzo de 2021 (rec. 3934/2020) ha declarado prevalente la aplicación de la LMV sobre la ley de transparencia. Y ello implica que no resulta de aplicación las previsiones de la Ley de Transparencia, en lo relativo al derecho al acceso a la información, ni siquiera para exigir un trámite de audiencia a los interesados respecto de la información pública solicitada.

Pues bien, dados los términos idénticos en los que se plantea el presente recurso de casación con el ya resuelto en la Sentencia nº 311/2022, de 10 de marzo (RCA 148/2021), hemos de remitirnos a sus razonamientos jurídicos que dan respuesta a la cuestión aquí suscitada.

TERCERO.- Sobre el carácter transversal de la Ley de Transparencia y su aplicación a los entes reguladores.

La Ley 19/2013, por lo que respecta al acceso a la información pública, se constituye como la normativa básica trasversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa al resto de las normas. Dicha norma también resulte aplicable, en principio y dejando a salvo sus peculiaridades, a los entes reguladores y a la información que manejan. Así se dispone expresamente en el art. 2.c) de la Ley de Transparencia al extender el ámbito subjetivo de aplicación del título referido a la transparencia de la actividad pública, que incluye las disposiciones referidas al derecho de acceso a la información pública, a los «Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad». Y así lo ha confirmado este Tribunal en relación a la CNMV, en sus sentencias nº 1565/2020, de 19 de noviembre de 2020 (rec. 4614/2019), STS nº 1.817/2020 de 29 de diciembre de 2020 rec. 7045/2019).

Esta norma queda desplazada cuando existan previsiones sectoriales que articulen un régimen propio y específico que resulte incompatible con el régimen general. Así lo dispone la Disposición Adicional Primera apartado segundo de la Ley 19/2013 al afirmar «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».

Varios han sido los pronunciamientos de este Tribunal Supremo respecto del alcance de esta previsión y de la eventual aplicación supletoria de la Ley de Transparencia.

En la STS nº. 748/2020, de 11 de junio (rec. 577/2019) se afirmó que «El desplazamiento de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013 y, por lo tanto, del régimen jurídico general previsto en dicha norma, en todo lo relativo al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en un ámbito o materia determinada, creando así una regulación autónoma en relación con los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse».

Esta interpretación, por lo que respecta específicamente a la CNMV y su especial régimen en torno a la confidencialidad de la información que maneja, se plasmó en las sentencias de este Tribunal STS nº 1565/2020, de 19 de noviembre de 2020 (rec. 4614/2019) y STS nº 1.817/2020 de 29 de diciembre de 2020 (rec. 7045/2019). Las sentencias, tras analizar las previsiones contenidas en la Ley del Mercado de Valores, afirmaban que «[...] siendo cierta la existencia de un particular régimen en el tratamiento de la información de la CNMV que obedece a sus características propias y su relevancia y potencial carácter comercial, también lo es que en lo que se refiere al acceso a la información que da lugar a la controversia, no cabe entender que la LMV contenga una regulación completa de este aspecto que desplace la LTAIBG como norma básica general en esta materia ex Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013. No cabe apreciar la incompatibilidad intrínseca que la parte sostiene en el régimen de la LTAIBG y la regulación del acceso a datos confidenciales contemplados en la LMV. Esta última norma garantiza la confidencialidad con las excepciones especialmente señaladas en línea con la normativa europea pero, por su parte, la LTAIBG regula de forma completa y general el derecho de acceso a la información pública, siendo así que no resultan irreconciliables, pudiendo afirmarse que la LMV viene a establecer un régimen singular que comprende las limitaciones de acceso a la información por motivos de confidencialidad y la LTAIBG prevé el régimen general de acceso a la información o transparencia pasiva». Dichas sentencias concluyeron que «[...] La Ley del Mercado de Valores, contiene una regulación sobre la confidencialidad de ciertas informaciones y otros aspectos, pero no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información en materias en las que no se encuentren protegidas por la confidencialidad.».

En una posterior sentencia -STS nº 314/2021, de 8 de marzo de 2021 (rec. 1975/2020)- se matizó, aún más, el alcance de la disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 19/2013, profundizando en el correcto entendimiento de cuando existe un régimen específico alternativo y cómo

opera la supletoriedad de la Ley de Transparencia en tales casos. Y a tal efecto, se afirmaba que «[...] sin duda hay un régimen específico propio cuando en un determinado sector del ordenamiento jurídico existe una regulación completa que desarrolla en dicho ámbito el derecho de acceso a la información por parte, bien de los ciudadanos en general, bien de los sujetos interesados. En tales supuestos es claro que dicho régimen habrá de ser aplicado con carácter preferente a la regulación de la Ley de Transparencia, que en todo caso será de aplicación supletoria para aquellos aspectos que no hayan sido contemplados en tal regulación específica siempre, claro está, que resulten compatibles con ella. En este sentido, conviene subrayar que, en contra de lo que se ha alegado en ocasiones, la existencia de un régimen específico propiamente tal no excluye la aplicación supletoria de la Ley de Transparencia».

Y a continuación se añadía «Sin embargo, más frecuente que una regulación alternativa completa es la existencia en diversos ámbitos sectoriales de disposiciones, anteriores a la Ley de Transparencia, que contienen previsiones que afectan al derecho de acceso a la información, muy especialmente en relación con sus límites, como ocurre en el presente asunto con la previsión sobre confidencialidad en el sector de los productos sanitarios. Pues bien, hemos de precisar que en este caso, y aunque no se trate de un régimen específico completo, dicha regulación parcial también resulta de aplicación prevalente de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional, manteniendo la Ley de Transparencia su aplicación supletoria en todo lo demás, esto es, el marco general del derecho de acceso a la información y el resto de la normativa establecida en la Ley de Transparencia, a excepción de lo que haya quedado desplazado por la regulación parcial.

Resulta así, por tanto, que cuando la disposición adicional primera dispone que se registrarán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, incluye la aplicación prevalente de cualquier regulación sectorial que se refiera al acceso a la información, aunque no se configure como un tratamiento global y sistemático del mismo, quedando en todo caso la Ley de Transparencia como regulación supletoria».

Esta matización se aplicó también a la CNMV y en la sentencia STS nº 389/2021, de 18 de marzo de 2021 (rec.3934/2020), tras recoger la jurisprudencia dictada en la materia, se concluía que «la regulación sobre la confidencialidad prevista en el TRLMV debe considerarse de aplicación prevalente, siendo la LGTB de su aplicación supletoria como marco general del derecho de acceso a la información en todo aquello que no haya quedado desplazado por la regulación parcial del TRLMV». Doctrina reiterada en la sentencia 144/2022, de 7 de febrero (casación 6829/2020, F.J. 3º, apartado D/).

No existe, sin embargo, contradicción entre que lo afirmado en la STS nº 389/2021, de 18 de marzo de 2021 (rec. 3934/2020) y lo sostenido en las sentencias anteriores -SSTS de 1565/2020 y 1817/2020-, ambos pronunciamientos resultan complementarios.

La conclusión que se extrae de esta jurisprudencia es que cuando la disposición adicional primera apartado segundo de la Ley de Transparencia dispone que se regirán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico propio de acceso a la información, la remisión no solo comprende los supuestos en los que se contenga un tratamiento global y sistemático del derecho sino también aquellas regulaciones sectoriales que afecten a aspectos relevantes de este derecho y que impliquen un régimen especial diferenciado del general. En estos casos, este régimen especial se aplica de forma preferente a las previsiones de la ley de transparencia, quedando esta última como regulación supletoria.

Por ello, la preferente aplicación de unas disposiciones especiales no impide la aplicación supletoria de la Ley de Transparencia en los demás extremos no regulados por la norma sectorial, excepto, claro está, de aquellas previsiones que resulten incompatibles con las especialidades contempladas en la norma especial.

CUARTO.- Sobre la aplicación preferente del régimen de confidencialidad previsto en la LMV y su incompatibilidad con la Ley de Transparencia.

Y señalamos que a la vista de esta jurisprudencia es posible abordar el núcleo de la presente controversia: si las especialidades contenidas en la normativa que regula la CNMV en relación con la confidencialidad de la información que maneja, resultan incompatibles con la aplicación, incluso supletoria, de la Ley de Transparencia.

La CNMV sostiene que las especialidades contenidas en su normativa específica, en particular el deber de secreto que afecta a toda la información de la que dispone en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección, y por añadidura de los datos obrantes en los expedientes sancionadores,

resulta incompatible con la aplicación, incluso supletoria, de la Ley de Transparencia. A tal efecto, argumenta que la contrapartida para poder obtener una información privilegiada en el ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección exige, como principio general, considerar confidencial y someter a un deber de secreto todos los datos e informaciones recabados. Así se desprende de la regulación contenida en el art. 248 de la LMV del art. 54 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV y se deduciría, a su juicio, también de la regulación prevista en la Directiva Midif II (art. 76) y de la jurisprudencia del TJUE (en especial la sentencia de 19 de junio de 2018 C-15/16 Baumeister y la sentencia de 13 de septiembre de 2018 C-358/16 UBS Europe).

Por ello, considera que las características esenciales del derecho de acceso a la información tal y como se regulan en la Ley de Transparencia, - una amplia legitimación para solicitar información sin necesidad de acreditar un interés legítimo alguno (art. 12 LTAIBG), una amplia definición de lo que se considera información pública (art. 13 LTAIBG) y unos límites tasados al acceso que se interpretan restrictivamente (art. 14 LTAIBG)-, resultan incompatibles con la confidencialidad de la información que maneja y el deber de secreto que se le impone no solo para salvaguardar los intereses de las entidades supervisadas sino también para poder ejercer correctamente sus funciones de inspección y supervisión.

Es cierto, y de ello debemos partir, que el correcto funcionamiento de la actividad de control ejercida por las autoridades de supervisión sobre los mercados financieros y el intercambio de información entre las autoridades de los diferentes Estados miembros exige que tanto las empresas supervisadas como las autoridades competentes puedan estar seguras de que la información confidencial proporcionada se mantendrá reservada frente a terceros, con las únicas excepciones contempladas en la legislación sectorial.

Por ello, tanto la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento y del Consejo de 21 de abril de 2004 (MIDIF I en su artículo 54), como la posterior Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 (MIDIF II en su artículo 76), imponen a las autoridades de supervisión y sus

empleados un estricto deber de secreto respecto de la información confidencial que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones.

Y así se pronuncia también la jurisprudencia del TJUE al afirmar que «la falta de dicha confianza comprometería la buena transmisión de la información confidencial necesaria para el ejercicio de la actividad de supervisión».

Ello implica que «a fin de proteger no solamente a las empresas directamente afectadas, sino también el normal funcionamiento de los mercados de instrumentos financieros de la Unión, el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39 impone como regla general la obligación de guardar secreto profesional.

34 Los casos concretos en los que la prohibición general de divulgar información confidencial amparada por el secreto profesional no obstaculiza su transmisión o utilización se enuncian de manera detallada en el artículo 54 de la Directiva 2004/39.

35 Resulta de ello que la prohibición general de divulgar información confidencial no puede tener excepciones más allá de las situaciones previstas específicamente en dicho artículo». (STJUE de 12 de noviembre de 2014 (C-140/13, asunto Altmann).

Ahora bien, resulta relevante destacar que tanto estas Directivas como la jurisprudencia que las interpreta, y por añadidura el art. 248 de la LMV, tan solo establecen el deber de secreto respecto de la “información confidencial”, y, por lo tanto, no resulta de aplicación a la restante información que manejen estas autoridades que no deba tener dicha consideración.

La sentencia del TJUE de 19 de junio de 2018, Gran Sala, asunto C-15/16, caso Baumeister recuerda: «Por lo que respecta al tenor del artículo 54 de la Directiva 2004/39, el hecho de que dicho artículo se refiera reiteradamente a la «información confidencial» y no, genéricamente, a la «información», implica que debe distinguirse entre la información confidencial y otra información no confidencial que las autoridades competentes posean en el ejercicio de sus funciones».

Ello implica que, a los efectos de respetar el correcto funcionamiento de este organismo y deber de secreto que se le impone, debe establecerse un diferente tratamiento dependiendo de que el acceso aparezca referido a una información declarada confidencial respecto de la que no tiene este carácter. Así lo establece el Tribunal de Justicia de la Unión cuando confronta el

régimen de secreto de la información confidencial manejada por las autoridades de supervisión con el derecho de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión contenido en el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, asimilable al derecho de acceso a la información contenido en la Ley de Transparencia nacional.

La STJUE de 19 de junio de 2018, Gran Sala, asunto C-15/16, afirma a este respecto que:

«[...] el artículo 54 de la Directiva 2004/39, responde a un objetivo distinto del que persigue el Reglamento n.º 1049/2001.

41 En efecto, este último tiene por objeto conferir al público un derecho de acceso lo más amplio posible a los documentos de las instituciones de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo, C-39/05 P y C-52/05 P, EU:C:2008:374, apartado 33, y de 16 de julio de 2015, ClientEarth/Comisión, C-612/13 P, EU:C:2015:486, apartado 57).

42 A la luz de este objetivo, el Tribunal de Justicia declaró que el Reglamento n.º 1049/2001, en principio, impone a la institución de la Unión que se propone denegar el acceso a un documento la obligación de explicar las razones por las que el acceso a dicho documento podría menoscabar concretamente el interés protegido por alguna de las excepciones al derecho de acceso en cuestión, sin perjuicio de la posibilidad de que esta institución se base, a este respecto, en presunciones generales aplicables a alguna categoría de documentos cuando consideraciones de carácter general similares puedan aplicarse a solicitudes de divulgación relativas a documentos de la misma naturaleza (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo, C-39/05 P y C-52/05 P, EU:C:2008:374, apartados 48 a 50, y de 16 de julio de 2015, ClientEarth/Comisión, C-612/13 P, EU:C:2015:486, apartados 68, 69 y 77).

43 En cambio, cuando un particular presente una solicitud de acceso a información relativa a una empresa supervisada a las autoridades competentes y estas consideren que, habida cuenta de los requisitos acumulativos enunciados en el apartado 35 de la presente sentencia, la información solicitada es confidencial, en el sentido del artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, solo podrán dar curso a dicha solicitud en los supuestos taxativamente enumerados en dicho artículo 54».

Consideraciones estas que resultan por entero trasladables al ámbito interno cuando se ejercita el derecho de acceso a la información que se considera confidencial, aplicándose en estos casos las especialidades propias de la normativa del mercado de valores para determinar los requisitos que deben concurrir para declarar la información confidencial y los límites y excepciones de la difusión de dicha información. Ahora bien, estas especialidades desaparecen cuando se trata de acceder a la información pública de la que dispone la CNMV que no tenga carácter confidencial, pues en tales casos rige como supletoria las previsiones y los límites contenidos en la Ley de Transparencia. Tal y como se consideró en las STS nº 1565/2020, de 19 de noviembre de 2020 (rec. 4614/2019) y STS nº 1.817/2020 de 29 de diciembre de 2020 (rec. 7045/2019) STS nº 389/2021, de 18 de marzo de 2021 (rec. 3934/2020), antes reseñadas.

QUINTO.- Sobre el alcance de la confidencialidad de la información manejada por la CNMV.

A tenor de lo expuesto, el problema se constriñe a determinar qué información ha de ser considerada confidencial.

Para la CNMV lo es, como norma general, todos los datos, documentos e informes derivados del ejercicio de las funciones de supervisión e inspección, y por extensión toda la información obrante en los expedientes sancionadores, lo que le lleva a afirmar la inaplicabilidad por incompatible de las previsiones de la Ley de Transparencia en esta materia. A su juicio, así se desprende de las propias normas de la Unión Europea -art. 76 de la Directiva 2014/65/UE (Midif II)- y de la jurisprudencia del TJUE y, a nivel nacional, del artículo 248 de la LMV y muy especialmente del art. 54 del Reglamento de Régimen Interior que lo desarrolla reglamentariamente.

Tal conclusión no puede ser compartida en términos tan amplios y con el alcance pretendido por la CNMV.

La normativa de la Unión Europea no establece que información debe ser considerada confidencial. El TJUE recuerda a este respecto que «[...] ni el artículo 54 de la Directiva 2004/39 ni ninguna otra de sus disposiciones indican expresamente

cuál es la información en poder de las autoridades competentes que debe calificarse de «confidencial» y que, por tanto, está cubierta por la obligación de secreto profesional». Afirmación esta que resulta por entero trasladable al art. 76 de la Directiva 2014/65/UE (Midif II) que reproduce dicho precepto y al art. 248 de la LMV que lo transpone al ámbito nacional. En todos ellos se regula el alcance del deber de secreto respecto de la información confidencial, pero sin definir qué información ha de considerarse como tal.

Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea si contribuye a aclarar este extremo. En efecto, atendiendo a las dudas interpretativas surgidas en esta materia el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo alemán planteo una cuestión prejudicial de interpretación del art. 54 de la anterior Directiva 2004/39/CE preguntándole si el concepto de “información confidencial” y, por tanto, el secreto profesional anudado al mismo, comprendía, al margen de cualquier otro requisito, toda la información de la empresa transmitida por la empresa supervisada a la autoridad supervisora o debía de reunir determinados requisitos y si el transcurso del tiempo permitía establecer una presunción *iuris tantum* de que dicha información había perdido tal carácter.

Y en respuesta a esta cuestión el TJUE en su sentencia de 19 de junio de 2018, Gran Sala (asunto C-15/16, caso Baumeister), consideró que «[...] del tenor del artículo 54 de la Directiva 2004/39, ni del marco de dicho artículo, ni de los objetivos perseguidos por dicha Directiva, puede deducirse que sea obligatorio que toda la información relativa a la entidad supervisada y comunicada por ésta a la autoridad competente, y todas las declaraciones de dicha autoridad en su expediente de supervisión, incluida su correspondencia con otros órganos, se considerarán confidenciales» (considerando 34). Y añadía «[...] De estas consideraciones se desprende asimismo que la prohibición general de divulgación de información confidencial establecida en el artículo 54, apartado 1, de dicha Directiva se aplica a la información en poder de las autoridades competentes, por una parte, que no sea pública y, por otra parte, cuya divulgación pueda afectar negativamente a los intereses de la persona física o jurídica que facilitó dicha información o de terceros. o el correcto funcionamiento del sistema de seguimiento de las actividades de las empresas de servicios de inversión que el legislador de la Unión estableció al adoptar la Directiva 2004/39» (considerando 35). Para finalmente afirmar que «la información en poder de las autoridades competentes que podría constituir secretos comerciales, pero que tiene una antigüedad mínima de cinco años, debe, en principio, debido al paso del tiempo, considerarse

histórica y, por tanto, haber perdido su carácter secreto o confidencial, a menos que, excepcionalmente, la parte que invoca esta naturaleza demuestra que, a pesar de su antigüedad, dicha información sigue constituyendo un elemento esencial de su posición comercial o de la de terceros interesados. Tales consideraciones carecen de incidencia en relación con la información en poder de dichas autoridades cuya confidencialidad pueda justificarse por razones distintas de la importancia de dicha información con respecto a la posición comercial de las empresas afectadas».

En definitiva, el TJUE entendió que no toda información que figura en un expediente de una autoridad de supervisión financiera ha de ser considerada información confidencial cubierta por la obligación de guardar secreto profesional. Para ello se precisa que reúna determinados requisitos: a) que no tenga carácter de pública b) que su divulgación pueda perjudicial a los intereses de quien la haya proporcionado o de terceros o que afecte al correcto funcionamiento del sistema de seguimiento de las actividades de las empresas de servicios de inversión. Ambos requisitos han de concurrir de forma acumulativa para que sea aplicables las limitaciones de acceso a la información en los términos regulados en la LMV.

Es cierto que, como señala esta misma sentencia, que «los Estados miembros siguen siendo libres de decidir ampliar la protección contra la divulgación a todo el contenido de los expedientes de supervisión de las autoridades competentes o, a la inversa, permitir el acceso a la información que obre en poder de las autoridades competentes y que no sea información confidencial en el sentido de dicha disposición».

Pero la ley nacional de Mercado de Valores, en concreto el invocado art. 248, no amplía la protección del deber de secreto a toda la información recibida por la CNMV en el ejercicio de sus funciones de supervisión o inspección sino tan solo la refiere a “la información o datos confidenciales”. Por el contrario, la Ley de Transparencia, en cuanto norma transversal, permite el acceso a la información pública que no sea confidencial que obre en poder de las autoridades regulatorias.

Llegados a este punto, la CNMV invoca la previsión contenida en el art. 54 del Reglamento de Régimen Interior, aprobado el 19 de diciembre de 2019, que al regular el “deber de secreto” dispone:

«1. Conforme al artículo 248 de la Ley del Mercado de Valores, el personal al servicio de la CNMV deberá guardar secreto, incluso después de cesar en sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza reservada o confidencial hubiera conocido en el desempeño de su actividad.

2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior tendrá el carácter de reservado o confidencial todo informe, documento, dato u otra información de que disponga la CNMV como consecuencia del ejercicio de las funciones relacionadas con el ejercicio de la supervisión o de la potestad sancionadora a las que se refiere el artículo 4, hasta tanto no se acuerde su incorporación a los registros públicos, en su caso.

3. El personal de la CNMV no podrá prestar declaración, ni testimonio, ni publicar, comunicar, exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo expreso permiso otorgado por la CNMV en los términos establecidos en el Código General de Conducta del Personal de la CNMV.

A juicio de la entidad recurrente en casación, este precepto, desarrollo de la previsión contenida en el art. 248 de la LMV, establece el carácter reservado o confidencial de todos los informes, documentos o datos que estén a disposición de la CNMV frente a todo aquel que pretenda tener acceso a dicha información, estableciendo así un límite sustancial que hace incompatible el derecho de acceso a la información pública con las previsiones de dicha norma.

Pues bien, de la simple lectura del precepto se desprende que la especificación de lo que se considera tiene “carácter reservado o confidencial” lo es “a los efectos de lo establecido en el apartado anterior”, en el que se regula el deber de secreto para el personal al servicio de la CNMV. Se trata, por tanto, de una previsión de carácter interno destinada al personal de la CNMV y no un reglamento ejecutivo dictado en desarrollo de la LMV invocable frente terceros, y desde luego no sirve para ampliar el alcance de lo que, a los efectos del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, tiene carácter confidencial para los solicitantes, ni para condicionar o limitar la aplicación de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno.

Por otra parte, un reglamento de régimen interior no es un instrumento adecuado para incidir *ad extra* en el alcance de lo que ha de considerarse

información confidencial ni mucho menos para limitar o condicionar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Y así lo habíamos anticipado ya en nuestra sentencia STS 34/2020, de 17 de enero (rec. 7487/2018) respecto de este mismo reglamento de régimen interior de la CNMV, aunque referido a otro aspecto distinto, cuando dijimos que «El reglamento interno es un conjunto de reglas, un conjunto ordenado de normas que tiene validez en el contexto interno, que han de interpretarse en ese exclusivo entorno interior, sin que pueda trasladarse a las relaciones con terceros o fuera de dicho ámbito».

SEXTO.- Sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE.

Finalmente, la entidad recurrente considera que de no aceptarse su postura este Tribunal estaría obligado a plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE por cuanto se separaría de la jurisprudencia del TJUE, asumiendo una posición respecto de la información manejada por la CNMC que podría en riesgo su labor de supervisión y el intercambio de información con otros entes supervisores de la Unión Europea.

Este Tribunal no considera necesario plantear cuestión prejudicial de interpretación alguna al TJUE por cuanto la decisión adoptada se basa precisamente en la jurisprudencia dictada por dicho Tribunal interpretando el art. 54 de la Directiva 2004/39, MIFID I, previsión reproducida por el art. 76 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 (MIDIF II). Sin que, por otra parte, se alberguen dudas sobre la correcta interpretación de estos preceptos en relación con el alcance de la confidencialidad de la información obtenida por los entes supervisores de los mercados financieros, a la vista de lo afirmado en la TJUE de 19 de junio de 2018, Gran Sala, asunto C-15/16, caso Baumeister, tal y como se ha expuesto a lo largo de esta resolución, lo que hace innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial según dispone la doctrina del “acto aclarado”.

Por último, debe recordarse que la cuestión prejudicial ante el TJUE no es el instrumento adecuado para la interpretación de las normas nacionales, cuya interpretación corresponde a este Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- Sobre la solución del caso enjuiciado.

Ciertamente el Consejo de Transparencia no se pronuncia sobre el fondo de la reclamación, esto es, sobre si la información solicitada puede ser facilitada total o parcialmente o por el contrario si tiene carácter confidencial, limitándose a ordenar que se retrotraigan las actuaciones para conceder un trámite previo de audiencia a la persona afectada por la información solicitada.

Esta decisión ha de ser confirmada, pues tal y como se ha razonado a lo largo de esta sentencia, no toda la información que se pide a la CNMV o la que se incorpora a un expediente sancionador resuelto por dicho organismo tiene carácter confidencial, sin que, por otra parte, la concesión de un trámite de audiencia ex artículo 19.3 de la Ley de Transparencia como aquí sucede, para la entidad bancaria afectada por la información solicitada, que no ha sido declarada previamente confidencia, pueda alegar lo que a su derecho convenga, pueda ser considerado incompatible con las previsiones contenidas en la Ley del Mercado de Valores.

OCTAVO.- Sobre la cuestión de interés casacional.

En el Auto de admisión se consideraba de interés casacional aclarar, matizar, concretar o, en su caso, corregir, la jurisprudencia sentada por esta Sala en las SSTS de 19 de noviembre de 2020 (RCA 4614/2019), de 29 de diciembre de 2020 (RCA 7045/2019), de 8 de marzo de 2021 (RCA 1975/2020) y de 18 de marzo de 2021 (RCA 3934/2020), en relación con el derecho de acceso a la información regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y la garantía de la confidencialidad prevista en la normativa específica reguladora de los mercados de valores.

A tal efecto, ha de señalarse que no se aprecia contradicción entre lo afirmado en la STS nº 389/2021, de 18 de marzo de 2021 (rec. 3934/2020) y lo sostenido en las sentencias anteriores -SSTS de 1565/2020 y 1817/2020-, sino que ambos pronunciamientos resultan complementarios.

Conforme dicha jurisprudencia cuando la disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013 de Transparencia dispone que se registrarán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico propio de acceso a la información, la remisión no solo comprende los supuestos en los que se contenga un tratamiento global y sistemático del derecho sino también aquellas regulaciones sectoriales que afecten a aspectos relevantes de este derecho y que impliquen un régimen especial diferenciado del general. En estos casos, este régimen especial se aplica de forma preferente a las previsiones de la ley de transparencia, quedando esta última como regulación supletoria.

No toda información que figura en un expediente de una autoridad de supervisión financiera ha de ser considerada información confidencial cubierta por la obligación de guardar secreto profesional. Para ello se precisa que reúna determinados requisitos: a) que no tenga carácter de pública b) que su divulgación pueda perjudicial a los intereses de quien la haya proporcionado o de terceros o que afecte al correcto funcionamiento del sistema de seguimiento de las actividades de las empresas de servicios de inversión. Ambos requisitos han de concurrir de forma acumulativa para que sean aplicables las limitaciones de acceso a la información en los términos regulados en la LMV.

La concesión de un trámite de audiencia, conforme a lo previsto en la Ley de Transparencia, para que el afectado por la información solicitada, que no ha sido declarada previamente confidencial, pueda alegar lo que a su derecho convenga no se considera incompatible con las especialidades que en relación con el deber de secreto plantea la Ley del Mercado de Valores.

NOVENO.- Costas.

Procede, por todo lo expuesto, desestimar el recurso de casación sin que se aprecien temeridad o mala fe que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 de la LJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico octavo:

1º Desestimar el recurso de casación 711/2021 interpuesto por el representante legal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020, (rec. apelación n.º 36/2020) confirmando la sentencia impugnada.

2º No procede hacer condena en costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.