



Roj: **SAN 1611/2019 - ECLI:ES:AN:2019:1611**

Id Cendoj: **28079230072019100166**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **75/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1611/2019,**
ATS 12854/2019,
STS 3866/2020,
ATS 3405/2021

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000075 / 2018

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00370/2018

Apelante: COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Procurador ÁLVARO GARCÍA DE LA NOCEDA DE LAS ALAS PUMARIÑO

Apelado: MINISTERIO DE EMPLEO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA EN APELACION

Ilma. Sra. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a ocho de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso de apelación 75/2018 promovido por el Procurador de los Tribunales don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en nombre y representación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), contra la sentencia 83/2018, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 5, de 3 de julio , sobre acceso



a información. Ha comparecido como parte apelada Ministerio de Empleo y Seguridad Social, representado por el Abogado del Estado, siendo ponente D^a MARIA JESUS VEGAS TORRES, Magistrada de esta Sección

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución de dictada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con fecha de 18 de septiembre de 2017, por la que se estimaba la reclamación presentada por D. Jacobo contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 28 de diciembre de 2015, Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 5 dictó sentencia, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV), frente a la resolución de 18-9-17 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dictada en el expediente nº NUM000 , por la que se estima la reclamación presentada por D. Jacobo , contra la resolución de la CNMV.

Declaro que dicha resolución no es ajustada a Derecho, y en consecuencia procede anularla.

La entidad recurrida, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES; en el plazo máximo de 15 días hábiles, deberá remitir al solicitante, la información consistente en el texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras cuyos fallos se han publicado en el BOE respecto a Popular Banca Privada, SA (BOE de 31 de diciembre de 2016) y Banco Popular Español, SA (BOE de 10 de agosto de 2016)"; garantizando en dicha información, la confidencialidad y la reserva de los documentos en ellas contenidos; lo que se hará motivadamente".

SE GUNDO. - Frente a dicha sentencia la representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores interpuso recurso de apelación, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que termina solicitando de la Sala que dicte sentencia por la que revoque la sentencia recurrida únicamente en la parte del fallo en la que considera que se debe dar acceso a la información solicitada por el particular, por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 238 y 248 del TRLMV, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

TE RCERO. - Evacuado el oportuno traslado, las representaciones procesales del Consejo de Transparencia y BBUEN Gobierno y de D. Jacobo , respectivamente, formularon escrito de oposición, en los que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, termina solicitando de Sala que dicte sentencia por la que, desestimando el recurso, se confirme íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado Central; con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en esta alzada.

CU ARTO. - Elevados los autos a la Sala y admitido el recurso, quedaron pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 19 de febrero del año en curso.

QU INTO. Por providencia dictada el 20 de febrero de 2019, la Sala (Sección Séptima) acordó, con suspensión del señalamiento, como diligencia final oír a las partes por plazo de diez días para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la posible falta de legitimación activa de la parte apelante, toda vez que como la misma afirma en su recurso de apelación, la Sentencia apelada ha estimado la pretensión por ella ejercitada con carácter subsidiario en la demanda presentada en la instancia, verificado lo cual, con el resultado obrante en autos, se señaló nuevamente para deliberación, votación y fallo el día 26 de marzo del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 5 dictó sentencia 83/2018, de 3 de julio 3 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV), frente a la resolución de 18-9-17 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dictada en el expediente nº NUM000 , por la que se estima la reclamación presentada por D. Jacobo , contra la resolución de la CNMV.

Declaro que dicha resolución no es ajustada a Derecho, y en consecuencia procede anularla.

La entidad recurrida, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES; en el plazo máximo de 15 días hábiles, deberá remitir al solicitante,



la información consistente en el texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras cuyos fallos se han publicado en el BOE respecto a Popular Banca Privada, SA (BOE de 31 de diciembre de 2016) y Banco Popular Español, SA (BOE de 10 de agosto de 2016)"; garantizando en dicha información, la confidencialidad y la reserva de los documentos en ellas contenidos; lo que se hará motivadamente"

La citada Sentencia, tras describir extensamente los antecedentes, fundamentos y motivos de impugnación y de oposición y cita de los preceptos de la normativa reguladora aplicables al caso, rechaza, en primer lugar, el motivo de impugnación que denunciaba la falta de audiencia de los afectados por la información solicitada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 19/2013 porque en el caso examinado el motivo de denegación de la información radicó en que tenía carácter reservado y no podía ser divulgada sin consideración alguna a la protección de los derechos e intereses de terceros a los que no se aludía, por lo que entendió que el motivo de impugnación no encajaba en el precepto invocado. Y añade que, de acceder a la reclamación, no se lesionarán derechos e intereses de terceros.

Y por cuanto se refiere al fondo de las cuestiones planteadas, reconoce la existencia de normativa específica en la materia analizada, que ha de tenerse presente, si bien, entiende que, del tenor de los artículos 238 y 248 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, no puede concluirse que la información solicitada no pueda concederse con las prevenciones recogidas en dichos preceptos específicos, es decir, garantizando los datos o información confidenciales/ reservados que la Comisión Nacional del Mercado de Valores haya obtenido en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección. Por ello concluye que el solicitante de la información tiene derecho al acceso del texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras cuyos fallos se hayan publicado en el BOE respecto a Popular Banca Privada SA (BOE de 31 de diciembre de 2016) y Banco Popular Español (BOE de 10 de agosto de 2016), previamente depurado en los términos indicados, realizando las reservas oportunas en relación a los datos confidenciales o reservados que el texto pueda contener y que, así resulta del apartado 7 del artículo 275 del Real Decreto Legislativo 5/2015. Añade que, dado que el texto completo de las resoluciones alude a conductas publicadas, no se considera que el acceso a la información solicitada afecta a intereses de terceros sino al deber de reserva de dichos datos.

SE GUNDO .- Disconforme con la sentencia, la Comisión Nacional del Mercado de valores, en apretada síntesis, concluye que no procede dar acceso " *al texto íntegro de las resoluciones sancionadoras, garantizando la confidencialidad y reserva de los documentos (sic-se entiende, datos) en ellas contenidos* ", en tanto que -en una interpretación literal, contextual y teleológica- no puede accederse a tales textos pues la única previsión de acceso general por cualquier tercero a información derivada de tales procedimientos es la vía del art. 238 h) TRLMV; y porque en principio todos los datos recabados en el ejercicio de sus funciones por la apelante están sometidos a una regla general de confidencialidad, secreto o reserva, con las excepciones previstas en el art. 248 TRLMV (que incluye, por supuesto, la ponderación judicial en un proceso en que el alzamiento de la confidencialidad se justifique por quien pretende el acceso-y no al revés- como necesario).

Reconocido, como hace el Juzgado, la norma especial del TRLMV para el acceso, debe aplicarse la misma en el sentido que señala tanto la jurisprudencia del TJUE, como la de la Sala a la que tengo el honor de dirigirme. Reitera que con la interpretación del Juzgado (que invierte la regla general, convirtiéndola en el libre acceso a la información por cualquier tercero, a salvo reservas parciales) se defrauda toda la regulación del TRLMV sobre qué información propia de, o referida a, los sujetos supervisados en este ámbito regulado deben ser de general acceso (en el caso del procedimiento sancionador, información delimitada por el art. 238 h); y cuál debe ser revelada bajo las excepciones del art. 248. Con ello no sólo se quebranta el TRLMV, sino la propia Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la LTBG, que recoge la aplicación prevalente de tal TR, reconocida por el propio Juzgado; y por ello la Sentencia debe ser revocada, con estimación del recurso y denegación del acceso pretendido, en aplicación del TRLMV.

Y para terminar señala que, de forma subsidiaria, que, incluso si no se considerase de prevalente aplicación el TRLMV, la propia LTBG avala la reserva o secreto como regla general en nuestro caso, además de que se habría omitido un trámite esencial como es el de la audiencia de la entidad sancionada.

TE RCERO .- La parte apelada y la representación procesal del sr. Jacobo se oponen al recurso e interesan su desestimación por entender que la Sentencia apelada es conforme a derecho.

CU ARTO.- Con carácter previo cumple manifestar que, como acontece en el caso examinado, cuando el demandante acumula en su demanda una pretensión principal y otra u otras como subsidiarias (esto es, para el caso de que fuera desestimada la principal), si fuera estimada una pretensión subsidiaria y desestimada la principal, la tutela judicial que solicitó le fue negada en parte, por lo que fue afectado desfavorablemente por la sentencia de primera instancia y, por tanto, tenía el gravamen que le legitimaba para apelar y solicitar

la estimación de su pretensión principal (en este sentido, sentencia 178/2013, de 25 de marzo de la Sala 1ª del TS)

QUINTO. - Previamente a cualquier otra consideración la Sala estima pertinente traer a la vista el planteamiento de la sentencia, respecto del trámite de audiencia a los posibles interesados, pues la apreciación que hagamos al respecto no cabe duda que va a condicionar nuestra decisión.

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".

Por otra parte, el artículo 24.3 de la misma normativa establece que "La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . 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.

De las actuaciones practicadas se extrae que el sr. Jacobo solicitó tener acceso al texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras cuyos fallos se hayan publicado en el BOE respecto a Popular Banca Privada SA(BOE de 31 de diciembre de 2016) y Banco Popular Español (BOE de 10 de agosto de 2016). El Consejo de Gobierno y Transparencia accedió a la solicitud de información sin evacuar trámite de audiencia en los términos previstos en el artículo 24.3 de la misma Ley al Banco Popular Español SA . y a Popular Banca Privada SA.

Es evidente, por tanto, que los afectados por la información solicitada, cuyos intereses podrían verse afectados por el suministro de aquella a un tercero, estaba perfectamente identificado.

Sobre la omisión de estos trámites ya se ha pronunciado la Sala en diversas ocasiones, resolviendo que, en estos casos, lo que procede es dejar sin efecto la resolución de la reclamación y volver sobre el procedimiento para subsanar el defecto de forma cometido (artículo 113.2, Ley 30/1992), es decir, para sustanciar el trámite omitido, antes de resolver aquella.

Atenidas las consideraciones que anteceden procede estimar el recurso, bien que parcialmente, a fin de que se dé trámite de audiencia en debida forma a los terceros interesados en la tramitación del expediente ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

SE XTO. - Sin costas -ex artículo 139 LRJCA .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO. - Estimar en parte el recurso de apelación deducido por la representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra la sentencia 83/2018, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 5, de 3 de julio fecha 28 de mayo de 2018, que se deja sin efecto.

SEGUNDO. - Acordar la retroacción del procedimiento administrativo a fin de que por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se proceda a dar trámite de audiencia en debida forma a. Banco Popular Español SA. y a Popular Banca Privada SA

TERCERO.- Sin 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.