



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NIILO JÄÄSKINEN  
presentadas el 4 de septiembre de 2014<sup>1</sup>

## Asunto C-140/13

**Annett Altmann,  
Torsten Altmann,  
Hans Abel,  
Doris Anschütz,  
Heinz Anschütz,  
Simone Arnold,  
Barbara Assheuer,  
Ingeborg Aubele,  
Karl-Heinz Aubele**

contra

**Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania)]

«Aproximación de las legislaciones — Directiva 2004/39/CE — Artículo 54, apartados 1 y 2 — Obligación de secreto profesional que incumbe a las autoridades de supervisión de las entidades financieras — Empresa de inversión fraudulenta en quiebra o liquidación — Efecto sobre el secreto profesional — Divulgación de información en el marco de procedimientos civiles o mercantiles siempre que sea necesaria para el desarrollo de los mismos»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas al secreto profesional. La petición ha sido planteada en el marco de un litigio entre los inversores perjudicados,<sup>2</sup> y la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Oficina federal de control de los servicios financieros; en lo sucesivo, «BaFin»), en relación con la resolución adoptada por esta última el 9 de octubre de 2012, por la que se denegaba el acceso a determinada documentación e información sobre la sociedad Phoenix Kapitaldienst GmbH Gesellschaft für die Durchführung und Vermittlung von Vermögensanlagen (en lo sucesivo, «Phoenix»).

1 — Lengua original: francés.

2 — En el estado actual del procedimiento, las partes recurrentes en el asunto principal son: la Sra. Altmann, el Sr. Altmann, el Sr. Abel, la Sra. Anschütz, el Sr. Anschütz, la Sra. Arnold, la Sra. Assheuer, la Sra. Aubele y el Sr. Aubele (en lo sucesivo, en conjunto, «cónyuges Altmann»).

2. En lo que respecta al Derecho de la Unión, la resolución de remisión cita expresamente tres Directivas, a saber, las Directivas 2004/109/CE,<sup>3</sup> 2006/48/CE<sup>4</sup> y 2009/65/CE.<sup>5</sup> Sin embargo, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia se precisó que la única disposición que requiere una interpretación del mismo es el artículo 54 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros.<sup>6</sup>

3. En el marco de las funciones que ejercen en virtud de las diferentes Directivas, en efecto, las autoridades de supervisión del sector financiero reciben una gran cantidad de información de las entidades supervisadas. La cuestión que se plantea en el presente asunto consiste en dilucidar si los inversores pueden tener acceso a dicha información después de que una empresa de inversión fraudulenta haya sido declarada en quiebra o esté en proceso de liquidación obligatoria. Asimismo, también se trata de precisar en qué condiciones «toda aquella información confidencial que no ataña a terceros *podrá ser divulgada en el curso de procedimientos civiles o mercantiles* si fuera necesario para el desarrollo de los mismos».

## II. Marco jurídico

### A. Directiva 2004/39

4. A tenor del artículo 54, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/39, relativo al «Secreto profesional»:

«1. Los Estados miembros se asegurarán de que las autoridades competentes, todas aquellas personas que estén o hayan estado al servicio de las autoridades competentes o de las entidades en que se hayan delegado tareas de conformidad con el apartado 2 del artículo 48, así como los auditores y expertos que actúen en nombre de dichas autoridades, estén sujetos al secreto profesional. Ninguna información confidencial que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones podrá ser divulgada a persona o autoridad alguna, salvo en forma genérica o colectiva tal que impida la identificación concreta de empresas de inversión, gestores del mercado, mercados regulados o cualquier otra persona, sin perjuicio de los supuestos contemplados por el derecho penal o por las demás disposiciones de la presente Directiva.

2. Cuando una empresa de inversión, un gestor del mercado o un mercado regulado haya sido declarado en quiebra o esté en proceso de liquidación obligatoria, toda aquella información confidencial que no ataña a terceros podrá ser divulgada en el curso de procedimientos civiles o mercantiles si fuera necesaria para el desarrollo de los mismos.»

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO L 390, p. 38).

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 177, p. 1).

5 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DO L 302, p. 32).

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DO L 145, p. 1).

## B. Derecho alemán

5. Las disposiciones pertinentes de Derecho alemán son las siguientes:

- los artículos 1 y 3 de la Ley de libertad de información (Informationsfreiheitsgesetz;<sup>7</sup> en lo sucesivo, «IFG»), que versan sobre el principio general y sobre la protección de intereses públicos especiales, respectivamente;
- el artículo 9 de la Ley del sector crediticio (Kreditwesensgesetz;<sup>8</sup> en lo sucesivo «KWG»), relativo al deber de confidencialidad, y
- el artículo 8 de la Ley del mercado de valores (Wertpapierhandelsgesetz;<sup>9</sup> en lo sucesivo «WpHG»), relativo al deber de confidencialidad.

## III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

6. De la decisión de remisión se desprende que mediante un auto del Amtsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de distrito de Fráncfort del Meno, Alemania) de 1 de julio de 2005 se inició un procedimiento de concurso de acreedores contra la sociedad Phoenix. Al mismo tiempo la sociedad fue disuelta y actualmente se encuentra en liquidación judicial. El modelo empresarial de esa sociedad se basaba en la estafa a los inversores. Los perjudicados fueron alrededor de 30 000 inversores, con unos perjuicios totales de 600 millones de euros.

7. Mediante sentencia del Landsgericht Frankfurt am Main (Tribunal regional de Fráncfort del Meno), dictada el 11 de julio de 2006 en el marco de un proceso penal, dos antiguos directivos de la sociedad fueron condenados, por estafa a los inversores y administración desleal, a penas de prisión de siete años y cuatro meses y de dos años y tres meses, respectivamente.

8. El 21 de mayo de 2012, los cónyuges Altmann, amparándose en el artículo 1 de la IFG,<sup>10</sup> solicitaron ante la BaFin acceder a documentación sobre la sociedad Phoenix, tales como informes de auditores, contratos, actas, notas del expediente, comentarios internos, correspondencia pertinente e informes de actividad y de gestión del Fondo de indemnización de las sociedades de inversión. Se excluían de dicha solicitud los secretos empresariales o comerciales de terceros, y la información sujeta a la obligación de confidencialidad.

9. Mediante resolución de 31 de julio de 2012, la BaFin estimó la solicitud de información en su mayor parte. No obstante, denegó a los solicitantes el acceso al informe de la auditoría especial realizado por Ernst & Young el 31 de marzo de 2002, así como a los informes de los auditores de Phoenix (tanto los correspondientes a los ejercicios 1998 a 2005 como los demás informes), a todos los comentarios internos, los informes, la correspondencia, los documentos, los pactos, los contratos, las notas de expediente y los correos referentes a Phoenix entre el año 1992 y el año 2005, así como a todos los comentarios internos y la correspondencia interna posteriores a la comunicación del mencionado informe de auditoría de Ernst & Young.

7 — Ley de 5 de septiembre de 2005 (BGBl. 2005 I, p. 2722).

8 — En la versión publicada el 9 de septiembre de 1998 (BGBl. 1998 I, p. 2776).

9 — En la versión publicada el 9 de septiembre de 1998 (BGBl. 1998 I, p. 2708).

10 — Con arreglo a dicha disposición, toda persona podrá solicitar el acceso a información oficial a las autoridades federales, en las condiciones establecidas en la IFG.

10. La BaFin denegó estas solicitudes basándose en que conceder el acceso a los documentos solicitados tendría consecuencias negativas para sus funciones de control y supervisión según lo previsto en el artículo 3, apartado 1, letra d), de la IFG. Por otro lado, la BaFin consideró que los deberes de confidencialidad previstos en los artículos 9 de la KWG y 8 de la WpHG impiden el acceso a la información en virtud del artículo 3, número 4, de la IFG.<sup>11</sup>

11. El 21 de agosto de 2012, los cónyuges Altmann interpusieron un recurso administrativo contra dicha denegación. La BaFin desestimó dicho recurso mediante resolución dictada el 9 de octubre de 2012. Además de los motivos de denegación mencionados en la primera resolución, la BaFin declaró que la protección de la propiedad intelectual, de los secretos empresariales y comerciales y de los datos personales se oponen al acceso a la información solicitada.

12. El 12 de noviembre de 2012, los cónyuges Altmann interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la BaFin ante el órgano jurisdiccional remitente, el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal contencioso-administrativo de Fráncfort del Meno). Mediante sentencia de 11 de diciembre de 2012, el órgano jurisdiccional remitente condenó a la BaFin a conceder acceso, al menos parcial, a la información solicitada, pese al deber de confidencialidad específico que incumbe a la BaFin en virtud del artículo 9 de la KWG.

13. Se desprende de la petición de decisión prejudicial que, en un asunto que también versaba sobre el acceso a la información en poder de la BaFin acerca de la sociedad Phoenix, el órgano jurisdiccional remitente declaró, mediante sentencia de 12 de marzo de 2008, que también existe el derecho a la información, previsto en el artículo 1, apartado 1, de la IFG, cuando los fines de protección establecidos en los artículos 9 de la KWG y 8 de la WpHG ya no requieren mantener la confidencialidad. Asimismo declaró que no hay un interés legítimo en que se mantengan los secretos empresariales y comerciales de dicha sociedad ya que la información solicitada se refiere a actos punibles u otras infracciones graves del ordenamiento jurídico.

14. El órgano jurisdiccional remitente subraya que, en una situación como la del caso de autos, no es preciso proteger los intereses de Phoenix, por lo que de forma excepcional se puede prescindir de observar el deber de confidencialidad previsto en el artículo 9 de la KWG y en el artículo 8 de la WpHG.

15. En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales:

«1) [...]»<sup>12</sup>

2) ¿Puede una autoridad de supervisión como la [BaFin] invocar los deberes de confidencialidad que le incumben, en particular, en virtud del Derecho de la Unión, conforme a lo establecido por los artículos 9 de la [KWG] y 8 de la [WpHG]), frente a una persona que le ha solicitado con arreglo a la [IFG] el acceso a información sobre una cierta entidad financiera, aun cuando el principal modelo de negocio de la sociedad, que ofrecía servicios financieros, pero que posteriormente fue disuelta por insolvencia y actualmente se encuentra en liquidación, consistía esencialmente en un

11 — Dichas disposiciones establecen deberes de confidencialidad que incumben a las autoridades y a las personas que ejerzan la supervisión de entidades de crédito y de otras empresas financieras o participen en la misma, así como excepciones a dicha confidencialidad.

12 — El tenor de la primera cuestión, que fue retirada por el órgano jurisdiccional remitente antes de la vista, era el siguiente: «¿Es compatible con el Derecho de la Unión Europea que queden sin aplicación los deberes imperativos de confidencialidad que incumben a las autoridades nacionales encargadas de supervisar a las empresas de servicios financieros y que tienen su fundamento en actos jurídicos del Derecho de la Unión (en este caso, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/48/CE y la Directiva 2009/65/CE) que han sido incorporados al Derecho nacional, como sucede en la República Federal de Alemania con los artículos 9 de la [KWG] y 8 de la [WpHG], debido a la aplicación e interpretación de una disposición de Derecho procesal nacional como el artículo 99 de la Verwaltungsgerichtsordnung?».

fraude a gran escala cuyo objetivo era estafar intencionadamente a los inversores, y los responsables de dicha sociedad han sido condenados por sentencia firme a penas de varios años de prisión?»

16. La petición de procedimiento prejudicial acelerado presentada por el órgano jurisdiccional remitente de conformidad con el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia fue desestimada mediante auto de 28 de junio de 2013.

17. La BaFin, los Gobiernos alemán, estonio, griego y portugués, así como la Comisión Europea han presentado observaciones escritas.

18. Después de una solicitud de aclaraciones por parte del Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 101 del Reglamento de Procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente, mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2014, comunicó al Tribunal de Justicia su decisión de retirar la primera cuestión prejudicial y aportó información complementaria, la cual versaba, en particular, sobre la naturaleza de las actividades de Phoenix y la pertinencia de la Directiva 2004/39.

19. En la vista de 4 de junio de 2014, estuvieron representados los cónyuges Altmann, Frank Schmitt, en calidad de liquidador de Phoenix, los Gobiernos alemán y griego, y la Comisión.

#### IV. Análisis

##### A. Observaciones preliminares

20. Antes de nada, en lo que respecta a la determinación de las disposiciones del Derecho de la Unión aplicables al caso de autos, procede recordar que la resolución de remisión cita tres Directivas, a saber, las Directivas 2004/109, 2006/48 y 2009/65. Sin embargo, una vez iniciado el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, y a raíz de las observaciones escritas recibidas por este y de la cuestión planteada por el mismo, el órgano jurisdiccional remitente, a la luz de la naturaleza de las actividades de Phoenix, confirmó la pertinencia del artículo 54 de la Directiva 2004/39.

21. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, Phoenix venía desarrollando su actividad desde el 26 de marzo de 1998 con arreglo a una autorización concedida en virtud del artículo 64 *sexies*, apartado 2, de la KWG. Conforme a dicha disposición, la autorización prevista en el artículo 32 de la KWG, que Phoenix necesitaba para los mandatos de gestión que ejercía y sus actividades de gestión de carteras, se consideraba otorgada si una entidad de crédito que ejercía regularmente, a 1 de enero de 1998, sus actividades sin disponer de una autorización de la BaFin declaraba, a más tardar el 1 de abril de 1998, realizar actividades sujetas a autorización con arreglo a la KWG y su intención de continuarlas. En el presente asunto, estos requisitos se cumplían. Por este motivo, no era necesaria la concesión expresa de una autorización por parte de la BaFin.

22. A este respecto, procede señalar que la Directiva 2004/39 se aplica a las empresas de inversión y a los mercados regulados.<sup>13</sup> A los efectos de dicha Directiva, se entenderá por «empresa de inversión» toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros.<sup>14</sup> Los «servicios y actividades de inversión» comprenderán cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I de dicha Directiva en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del mismo anexo,<sup>15</sup> y en particular la recepción y

13 — Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2004/39.

14 — Artículo 4, apartado 1, punto 1, de esta Directiva.

15 — Artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la misma Directiva.

transmisión de órdenes en relación con uno o varios instrumentos financieros, la negociación por cuenta propia, la gestión de carteras y el asesoramiento en materia de inversión en relación con valores negociables, instrumentos del mercado monetario y contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

23. Las partes que presentaron observaciones escritas y el propio órgano jurisdiccional remitente parecen estar de acuerdo sobre la aplicabilidad de la Directiva 2004/39 a las actividades de Phoenix como empresa de inversión. En estas circunstancias, procede centrar el presente análisis en dicha Directiva, si bien la resolución de remisión ni siquiera la menciona.<sup>16</sup> Así, procede analizar la segunda cuestión prejudicial planteada únicamente sobre la base del artículo 54 de la Directiva 2004/39.

24. El hecho de que la Directiva objeto de interpretación haya sido sustituida tras la notificación de la resolución de remisión no representa un problema insuperable para el Tribunal de Justicia en el presente asunto, pues éste ha recibido información complementaria tanto en las observaciones escritas como en la respuesta a las preguntas dirigidas al órgano jurisdiccional remitente. Además, dado que la respuesta a la solicitud de aclaraciones recibida en virtud del artículo 101, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia ha sido notificada a los interesados en virtud de su apartado 2, todos los Estados miembros han tenido la posibilidad de asistir a la vista para pronunciarse sobre todos los escritos presentados ante el Tribunal de Justicia o incluso solicitar la celebración de una vista. En tales circunstancias, no procede poner en cuestión la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial desde el punto de vista del criterio del efecto útil del artículo 23, primer párrafo, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.<sup>17</sup>

25. El órgano jurisdiccional remitente ha descrito el modelo empresarial de Phoenix como una estafa a gran escala. Siguiendo la tesis sostenida por la Comisión en la vista, en mi opinión este hecho no puede cuestionar la aplicabilidad de la Directiva 2004/39 al caso de autos, dado que Phoenix estaba autorizada como empresa de inversión y era objeto de supervisión por parte de la BaFin como tal.

26. Por último, en lo que se refiere a la identificación de la disposición objeto de interpretación, procede recordar que el artículo 54 de la Directiva 2004/39, y más específicamente sus apartados 1 y 3,<sup>18</sup> mencionan en dos ocasiones como excepciones los «supuestos contemplados por el derecho penal».

27. En mi opinión, el objeto de ambas excepciones, que en principio siguen siendo aplicables, a diferencia de la establecida en el apartado 2 de dicho artículo, es hacer posibles las instrucciones y las diligencias penales en todo momento, incluso durante el desarrollo de la actividad normal de la empresa de inversión, por lo que permiten a la autoridad supervisora revelar información a los efectos de dichos procedimientos. Es más, en mi opinión, no se excluye que la autoridad supervisora, en un supuesto cubierto por el derecho penal, pueda también divulgar información amparada por el secreto profesional, por ejemplo, para tranquilizar al mercado si existen rumores de que una empresa supervisada por la autoridad está implicada en actividades delictivas.

28. Pues bien, la presente petición de decisión prejudicial ha sido planteada por un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo en el que se dirime el acceso a información y a los documentos en poder de una autoridad sujeta al deber de confidencialidad. Además, de la resolución de remisión se

16 — Véase, en este sentido, la sentencia *Fuß* (C-243/09, EU:C:2010:609), apartados 39 y 40.

17 — Véase, en este sentido, la sentencia *Medipac-Kazantzidis* (C-6/05, EU:C:2007:337), apartados 31 a 36.

18 — Por lo demás, «los supuestos contemplados por el derecho penal» también se mencionan como excepciones en el artículo 44, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2006/48 y en el artículo 102, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2009/65.

desprende que los procedimientos penales ya habían concluido antes de la presentación de la demanda en el litigio principal. Por tanto, la solicitud de información y documentos no pretende su utilización en los procedimientos penales, y no parece que, en efecto, subsista «asunto Phoenix» alguno desde el punto de vista del Derecho penal.

29. Por consiguiente, no parece que se puedan aplicar al caso de autos las excepciones relacionadas con los «supuestos contemplados por el derecho penal» contenidas en los apartados 1 y 3 del artículo 54 de la Directiva 2004/39. Habida cuenta de la inaplicabilidad de los demás apartados de dicho artículo, relativos al intercambio y transmisión de información entre autoridades competentes y su utilización,<sup>19</sup> conviene concentrarse en la interpretación de los apartados 1 y 2 de esta disposición.

#### *B. Sobre el artículo 54, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/39*

##### 1. El deber de secreto profesional y la facultad de divulgación

30. Según su encabezamiento, el artículo 54 de la Directiva 2004/39 se refiere al secreto profesional. Su apartado 1 fija un principio de base, con precisiones ulteriores en sus apartados 2 a 5.

31. El artículo 54 de la Directiva 2004/39 enuncia los deberes relativos al secreto. Estos deberes están formulados de forma imperativa. En cambio, las excepciones están formuladas de modo facultativo.<sup>20</sup> En otras palabras, este artículo prevé determinados supuestos en los que se permite la divulgación, pero no precisa si las autoridades tienen una obligación jurídica de divulgar los secretos ni, en su caso, cuál sería el alcance de dicha obligación.

32. En efecto, el artículo 54 se limita a señalar las situaciones en las que se autoriza la divulgación en virtud del Derecho de la Unión. La obligación jurídica de divulgación sólo puede fundamentarse en otras disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, tales como, por ejemplo, el artículo 3 de la IFG o una norma procesal que obligue a una autoridad de supervisión a testificar en un proceso civil o mercantil. No obstante, el Derecho nacional sólo podrá imponer una obligación de divulgación a las autoridades de supervisión en la medida en que lo permita el artículo 54 de la Directiva 2004/39.

33. De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia no podrá basarse en una ponderación de las razones a favor y en contra de la divulgación de la información y los documentos solicitados en el caso de autos. Dicha ponderación incumbe bien a la autoridad de que se trate, bien al órgano jurisdiccional nacional competente, en la medida en que la divulgación sea posible con arreglo al artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39. El Tribunal de Justicia únicamente deberá determinar los límites que el artículo 54 de la Directiva 2004/39 impone a la divulgación de información por parte de la autoridad de supervisión o, más específicamente, determinar en primer lugar el alcance del secreto profesional en el presente asunto y definir, a continuación, el marco en el que es posible una excepción al deber de secreto profesional de la autoridad de supervisión. Añadiré que es evidente que el apartado 2 de dicho artículo, dado su carácter de excepción, deberá ser objeto de una interpretación restrictiva.

19 — Véanse los apartados 3 a 5 del artículo 54 de la Directiva 2004/39.

20 — Respecto a las excepciones, véanse el apartado 1, últimas líneas («sin perjuicio de los supuestos contemplados por el derecho penal o por las demás disposiciones de la presente Directiva.»); el apartado 2; el apartado 3, principio y final («Sin perjuicio de los supuestos cubiertos por el Derecho penal» y «sin embargo, si la autoridad competente u otra autoridad, organismo o persona que ha comunicado la información consiente en ello, la autoridad que recibe la información podrá utilizarla para otros fines»), así como los apartados 4 y 5 del mencionado artículo 54.

## 2. Los tres tipos de deberes de confidencialidad

34. Según el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, el objeto propio del secreto profesional es la información confidencial recibida en el ejercicio de sus funciones por una autoridad competente contemplada por esta Directiva. Dicha Directiva no aporta una definición más detallada de dicha información ni define el secreto profesional en relación con conceptos tales como el de secreto comercial, secreto de los negocios u otros deberes de confidencialidad tratados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>21</sup>

35. En mi opinión, la información de la que dispone una autoridad de supervisión de los mercados de instrumentos financieros, prevista en el artículo 54 de la Directiva 2004/39 y por tanto cubierta por el «secreto profesional», puede clasificarse en distintos tipos de confidencialidad.

36. En primer lugar, existe la información sujeta al secreto denominado «bancario», que abarca las relaciones entre la entidad de crédito, la empresa de inversión u otra empresa financiera y sus clientes y partes contratantes.<sup>22</sup> A mi juicio, la mención a la «información confidencial que no atañe a terceros» en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39, se refiere a esta categoría de información confidencial.

37. En segundo lugar, está la información protegida por el «secreto comercial» de las entidades supervisadas. Se trata de los secretos comerciales y los secretos de negocios de las entidades de crédito, las empresas de inversión u otras empresas financieras de que se trate. Es evidente que la confianza que las autoridades competentes han de inspirar necesariamente a las entidades supervisadas requiere que dichos secretos estén protegidos por una obligación de respetar el secreto profesional que vincule a dichas autoridades. De no ser así, la información confidencial necesaria para la supervisión sólo se comunicaría a las autoridades competentes con reticencia o incluso con resistencia.

38. En tercer lugar, existe la información sujeta al secreto propio de las autoridades de supervisión, que se denomina secreto «prudencial», que se impone a la autoridad de supervisión del sector financiero y a las personas que trabajan en ella.<sup>23</sup> En esta categoría se incluyen, en particular, los métodos de supervisión aplicados por las autoridades competentes, las comunicaciones y las transmisiones de información entre las distintas autoridades competentes y entre éstas y las entidades supervisadas, así como cualquier otra información de carácter no público sobre el estado de los mercados supervisados y las operaciones que se desarrollan en los mismos.

39. En una situación como la del litigio principal, la autoridad de supervisión deberá respetar estos tres tipos de deberes de confidencialidad. Sin embargo, las condiciones aplicables a las posibles excepciones a dichos deberes divergen.<sup>24</sup>

40. En primer lugar, la excepción prevista en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 no permite la divulgación de secretos relativos a terceros. Debe señalarse además que la solicitud presentada en el litigio principal no se refiere a este tipo de información.

21 — Véanse, por ejemplo, las sentencias AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión (53/85, EU:C:1986:256), apartados 26 a 28, y Bank Austria Creditanstalt/Comisión (T-198/03, EU:T:2006:136), apartados 70 a 74.

22 — Véanse las sentencias der Weduwe (C-153/00, EU:C:2002:735), apartado 15 y ss., y X y Passenheim-van Schoot (C-155/08 y C-157/08, EU:C:2009:368), apartados 50 y 58.

23 — Sobre el secreto profesional de los agentes de las autoridades competentes en materia de aprobación y de inspección de las entidades de crédito, véase la sentencia Hillenius (110/84, EU:C:1985:495), apartados 27 y 32.

24 — Por lo demás, la información en poder de las autoridades de supervisión también puede contener datos personales. Su tratamiento y transmisión están cubiertos por otras normas específicas, como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).



41. En segundo lugar, en lo que respecta a los secretos prudenciales de la autoridad competente, ha de señalarse que la BaFin desestimó las solicitudes de los cónyuges Altmann principalmente por la razón de que conceder el acceso a los documentos solicitados tendría consecuencias negativas para sus funciones de control y supervisión.

42. No obstante, a mi juicio la segunda cuestión prejudicial no se refiere verdaderamente a los secretos prudenciales, sino que únicamente plantea la cuestión de si el secreto profesional de la autoridad de supervisión competente es aplicable a los secretos comerciales y a los secretos de negocios de una empresa de inversión declarada en quiebra o cuya liquidación forzosa haya sido ordenada, y cuya actividad consistía en ilícitos penales u otras infracciones jurídicas graves. Por tanto, analizaré a continuación este último supuesto.

3. Sobre la protección de los secretos comerciales de una sociedad fraudulenta declarada en quiebra o cuya liquidación forzosa haya sido ordenada

43. En lo que atañe a los secretos comerciales u otros secretos de negocios, es evidente que el interés en su protección puede disminuir, sobre todo en caso de cese de actividades de la empresa de que se trate. Ahora bien, dicho interés en la protección se mantiene plenamente para los secretos con valor comercial, cuyo valor económico puede realizarse en el marco de una liquidación, como parte del activo de la entidad.

44. El liquidador de Phoenix subrayó en la vista que esta sociedad, pese a su liquidación, sigue siendo propietaria de los bienes y derechos que integran el patrimonio social durante el período subsiguiente al procedimiento concursal. Una sociedad fraudulenta en proceso de liquidación judicial puede tener secretos comerciales o de negocios dignos de protección, tales como cálculos de oportunidades de negocio, programas informáticos o información relativa a la estructura de comercialización.

45. Asimismo, considero que una sociedad de inversión en quiebra o en liquidación judicial puede poseer información consistente en secretos comerciales o de negocios, cuya confidencialidad por parte de la autoridad de supervisión competente está protegida por el secreto profesional previsto en el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39. Sin embargo, durante este período, el deber de confidencialidad es de menor entidad que durante el ejercicio normal de las actividades de las empresas supervisadas. En efecto, el sistema del artículo 54 ya pone de manifiesto que para dichas sociedades el secreto profesional presenta una forma más débil, puesto que, de lo contrario, la excepción prevista en el apartado 2 carecería de utilidad.

46. El carácter fraudulento de las actividades de la sociedad en cuestión no afecta a esta conclusión. Este aspecto podrá tomarse en consideración a la hora de aplicar la excepción establecida en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 a la decisión de divulgar o no la información, pero por sí mismo no elimina la aplicabilidad del secreto profesional previsto en el apartado 1 del mismo artículo. En el caso de una sociedad de inversión en quiebra o en liquidación judicial, el secreto profesional protege en realidad los intereses económicos colectivos de los acreedores e inversores de la sociedad deudora, que son considerados también, en su caso, como víctimas de las infracciones cometidas por la dirección o los socios de la empresa de que se trate.

47. En virtud de las consideraciones expuestas, procede proponer una respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, una autoridad de supervisión como la BaFin puede invocar el deber de secreto profesional establecido en el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39 frente a una persona que la ha solicitado acceder a información sobre una determinada empresa de inversión. No obstante, para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, sigue siendo necesario que el Tribunal de Justicia aclare la interpretación de la excepción prevista en el apartado 2 de dicho artículo.

4. El concepto de «en el curso de procedimientos civiles o mercantiles» del artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39

48. En concreto, la excepción prevista en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 está bien delimitada con el siguiente tenor:

«Cuando una *empresa de inversión*, un gestor del mercado o un mercado regulado haya sido declarado en *quiebra* o esté en proceso de *liquidación obligatoria*, toda aquella información confidencial que no ataña a terceros podrá ser divulgada *en el curso de procedimientos civiles o mercantiles* si fuera *necesario* para el desarrollo de los mismos». <sup>25</sup>

49. Así pues, para que dicho apartado 2 resulte aplicable se requiere, en primer lugar, que la entidad de que se trate, en el presente asunto, una empresa de inversión, haya sido declarada en quiebra o esté en proceso de liquidación obligatoria. En tal supuesto, se podrá levantar la barrera que impide la divulgación de información confidencial establecida en el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, en virtud de la excepción prevista en el apartado 2 del mismo artículo. Sin embargo, como ya se ha señalado, la información que ataña a terceros no podrá divulgarse con arreglo a dicha disposición. Es más, la divulgación deberá tener lugar «en el curso de procedimientos civiles o mercantiles», y sólo si «fuera necesario para el desarrollo de los mismos».

50. Es importante subrayar que la aplicabilidad de esta excepción requiere que la empresa de inversión, el gestor del mercado o el mercado regulado de que se trate hayan sido declarados en quiebra o estén en proceso de liquidación forzosa. En otras palabras, la excepción solamente será aplicable si las cosas han ido verdaderamente mal y la entidad de que se trata ha cesado sus actividades normales. Este hecho justifica que se soslaye el secreto profesional que vincula a la autoridad de supervisión competente, con el fin de tomar en consideración otros intereses legítimos, en particular los intereses ligados al buen desarrollo de los procedimientos civiles o mercantiles.

51. La solicitud de divulgación de información confidencial debe realizarse en el curso de procedimientos civiles o mercantiles. <sup>26</sup> Este criterio suscita dos cuestiones de interpretación íntimamente ligadas entre sí y que han sido objeto de un intenso debate entre las partes. La primera cuestión hace referencia al vínculo entre el procedimiento civil o mercantil y la divulgación de información confidencial cubierta por el secreto profesional establecido en el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39. La segunda cuestión versa sobre la relación entre los conceptos del Derecho procesal nacional y el requisito de que los procedimientos sean civiles o mercantiles.

52. Ha de señalarse, sobre el primer aspecto, que el legislador de la Unión ha permitido la divulgación *en el curso* de procedimientos civiles y mercantiles, y no *a los efectos* de dichos procedimientos. Por consiguiente, según el tenor de la excepción, que debe interpretarse de manera estricta, para que sea aplicable el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 se requiere siempre la existencia de un procedimiento civil o mercantil *en curso*.

25 — El subrayado es mío. Debe señalarse que existen excepciones similares por estructura y contenido en el artículo 44, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2006/48 y en el artículo 102, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2009/65. El artículo 25, apartado 1, de la Directiva 2004/109, por el contrario, se basa en un enfoque distinto, pues no menciona la limitación a los «procedimientos civiles o mercantiles» y cede a los Estados miembros la facultad de fijar eventuales excepciones, con arreglo al siguiente tenor: «La información cubierta por el secreto profesional no podrá divulgarse a ninguna otra persona o autoridad excepto en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro».

26 — En alemán, «*in zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren weitergegeben werden*»; en inglés, «*may be divulged in civil or commercial proceedings*»; en finés, «*siviili- tai kauppaoikeudellisessa menettelyssä*» (el subrayado es mío).

53. Sin duda, el requisito del procedimiento civil o mercantil en curso es cumplido por los propios procedimientos concursual o de liquidación. Sin embargo, a mi entender el tenor de la disposición controvertida pone de manifiesto que el legislador no ha querido limitar a dichos procedimientos los casos en los que es posible la divulgación de información confidencial, sino que, antes al contrario, ha pretendido incluir también otros procedimientos vinculados al procedimiento principal de que se trate.<sup>27</sup>

54. Así, también cabe aplicar la excepción prevista en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 en el curso de procedimientos civiles o mercantiles entre la sociedad en quiebra, o en liquidación judicial, y un tercero, en relación con el cobro de los créditos de la sociedad, la restitución de sus bienes o su responsabilidad contractual o extracontractual. Los objetivos de la legislación de la Unión en relación con los mercados financieros exigen claramente que las autoridades de supervisión contribuyan, en la medida de lo posible, a esclarecer debidamente las relaciones económicas y jurídicas de una empresa de inversión en quiebra. Sin embargo, de la sentencia Paul y otros se desprende que ello sólo es posible dentro de los límites derivados de la protección del interés general y, en particular, de la garantía de la estabilidad del sistema financiero, que son los deberes propios de las autoridades de supervisión.<sup>28</sup>

55. Según mi parecer, el Derecho de la Unión tampoco impide que tales procedimientos puedan tener lugar entre las demás partes interesadas, como por ejemplo los inversores o los acreedores individuales de la sociedad afectada, por una parte, y su dirección, socios o empleados, por otra parte, ya sea en interés de la sociedad en quiebra o en liquidación (*actio pro socio*), o en su propio interés, siempre y cuando dichas acciones sean admisibles en el Derecho nacional.

56. Sin embargo, dicha excepción no cubre la solicitud por la que se pretende acceder a información confidencial en poder de la autoridad de supervisión competente, con objeto de investigar si una parte de dicha información podría ser útil para un recurso ulterior independiente que no forma parte de un procedimiento civil o mercantil existente.

57. En lo que se refiere al segundo aspecto considero, al igual la Comisión, que el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 no define el tipo de órgano jurisdiccional nacional, sino que más bien hace referencia a la naturaleza de los procedimientos en los que puede tener lugar la divulgación. Así, no se excluye que, en virtud del Derecho nacional, un procedimiento civil o mercantil pueda desarrollarse con carácter excepcional ante un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. En consecuencia, el concepto de procedimientos civiles y mercantiles no está vinculado a los procedimientos previstos en los actos del Derecho de la Unión relativos a la cooperación en materia de procedimientos civiles o mercantiles.

58. No obstante, un procedimiento contencioso-administrativo aislado del que conoce un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, relativo al acceso a documentos e información en poder de una autoridad de supervisión, y cuyo objetivo no sea garantizar un procedimiento equitativo a una de las partes de un procedimiento civil o mercantil pendiente, sino aplicar el principio de transparencia en el contexto del acceso a documentos administrativos y de la libertad de información, no está comprendido en absoluto en el concepto de procedimiento civil o mercantil en el sentido del artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39.

27 — Esta conclusión se deduce de la utilización del plural y de la inexistencia de una referencia limitativa al procedimiento principal de quiebra o liquidación. Si el legislador hubiese querido limitar la posibilidad de divulgación a estos procedimientos, habría optado por una expresión que hiciera referencia expresa al procedimiento de quiebra o liquidación.

28 — Véase, en este sentido, la sentencia Paul y otros (C-222/02, EU:C:2004:606), apartados 40, 44 y 47.

59. Por último, procede recordar que la información objeto de la divulgación debe ser necesaria para el desarrollo del procedimiento civil o mercantil de que se trate. Así pues, la divulgación ha de ser limitada. Incumbe en primer lugar a la propia autoridad de supervisión de que se trate apreciar si la divulgación es o no necesaria. Ahora bien, dentro de los límites fijados por el Derecho nacional, cabe que el juez que conoce del procedimiento civil o mercantil deba establecer lo que es o no necesario, habida cuenta del procedimiento en curso. En la medida en que exista una diferencia de opiniones entre la autoridad y el juez que conozca del procedimiento civil o mercantil de que se trate, serán las disposiciones nacionales sobre el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales generales y los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo las que permitan determinar si el juez civil o mercantil es competente para resolver con carácter vinculante esa cuestión, por estar relacionada con la aplicación de las normas procesales sobre la práctica de la prueba, o si debe remitir dicha cuestión al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente para que se pronuncie sobre ella.

60. Según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el litigio principal es un procedimiento contencioso-administrativo aislado que se desarrolla fuera del marco previsto en el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39. De ser así, lo cual deberá ser comprobado por el órgano jurisdiccional nacional, no se aplicaría la excepción prevista en ese apartado.

## V. Conclusión

61. A la luz de todas las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main:

«Una autoridad de supervisión competente puede invocar los deberes de confidencialidad que le incumben conforme al Derecho de la Unión y, en particular, en virtud del secreto profesional previsto en el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, frente a una persona que le ha solicitado información sobre una determinada empresa de inversión que actualmente se encuentra en liquidación judicial tras su disolución por insolvencia, pese a que el modelo empresarial fundamental de dicha sociedad consistía en una estafa a gran escala con el objetivo deliberado de defraudar a los inversores, y varios responsables de dicha sociedad han sido condenados por sentencia firme a penas de varios años de prisión.

En cualquier caso, cuando una empresa de inversión haya sido declarada en quiebra o esté en proceso de liquidación forzosa, toda aquella información confidencial que no ataña a terceros sólo podrá ser divulgada en virtud del artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 en el curso de procedimientos civiles o mercantiles y si fuera necesario para el desarrollo de los mismos. No se podrá divulgar dicha información confidencial con objeto de sustentar un recurso ulterior independiente que no esté comprendido en el marco del procedimiento civil o mercantil pendiente.»