



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
de 26 de julio de 2017¹

Asunto C-358/16

UBS (Luxembourg) S.A. y otros

[Petición de decisión prejudicial de la Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Luxemburgo)]

«Petición de decisión prejudicial — Directiva 2004/39/CE — Artículo 54, apartados 1 y 3 — Acceso a la información en un procedimiento judicial seguido contra una resolución de la autoridad nacional de supervisión financiera — Secreto profesional — Régimen excepcional para los supuestos contemplados por el Derecho penal — Derecho a una buena administración — Derecho a la tutela judicial efectiva»

I. Introducción

1. ¿Puede una autoridad de supervisión financiera denegar al destinatario de una medida restrictiva el acceso a documentos exculpativos relativos a terceros, invocando el secreto profesional con arreglo al artículo 54 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros?^{2 3}

2. Esta cuestión se plantea en el presente caso en el contexto de una resolución de la autoridad de supervisión financiera luxemburguesa por la cual se denegó al Sr. DV el reconocimiento de la honorabilidad necesaria para poder asumir funciones directivas en empresas de inversión. La razón de tal resolución fue el papel que el Sr. DV desempeñó en la constitución y administración de una empresa que estuvo implicada en el escándalo financiero Madoff.⁴

3. Con la presente petición de decisión prejudicial de la Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Luxemburgo), se plantea al Tribunal de Justicia el reto de conciliar la protección del secreto profesional con la protección del derecho de defensa.

4. Para ello, en primer lugar es preciso examinar si una situación como la presente está comprendida en la excepción que el artículo 54 de la Directiva 2004/39 establece al secreto profesional para los «supuestos contemplados por el derecho penal». En segundo lugar se ha de analizar, a la luz de las garantías del proceso equitativo y de la tutela judicial efectiva, si la regulación del secreto profesional en el artículo 54 de dicha Directiva tiene suficientemente en cuenta el derecho a acceder al expediente que asiste al destinatario de una medida que reúne las características del presente asunto.

¹ Lengua original: alemán.

² 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 2004, L 145, p. 1), en la versión resultante de la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008 (DO 2008, L 76, p. 33) (en lo sucesivo, «Directiva 2004/39»).

³ Véase también la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), y el asunto aún pendiente C-15/16, Baumeister.

⁴ El fraude de inversiones del estadounidense Bernard Lawrence Madoff causó en todo el mundo daños por importe de 65 000 millones de dólares estadounidenses (USD). En 2009, Madoff fue condenado a una pena de 150 años de prisión.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. En el caso de autos, el marco del Derecho de la Unión viene dado por los artículos 41, 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y por la Directiva 2004/39.

6. A título preliminar procede hacer referencia a los considerandos 2, 44, 63 y 71 de la Directiva:

«(2) [...] conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen.

[...]

(44) Con el doble objetivo de proteger a los inversores y de asegurar el funcionamiento armónico de los mercados de valores, [...]

[...].

(63) Es preciso reforzar las disposiciones sobre el intercambio de información entre autoridades competentes nacionales y consolidar los deberes de asistencia y cooperación que se deben entre sí. Debido al aumento de la actividad transfronteriza, las autoridades competentes deben facilitarse mutuamente la información pertinente para el ejercicio de sus funciones, para asegurar así el efectivo cumplimiento de la presente Directiva, incluso en situaciones en las que las infracciones o presuntas infracciones pueden interesar a las autoridades de dos o más Estados miembros. En este intercambio de información es necesario observar el más estricto secreto profesional para asegurar la buena transmisión de esa información y la protección de los derechos de los interesados.

[...]

(71) El objetivo de crear un mercado financiero integrado en el que los inversores estén realmente protegidos y se garantice la eficiencia y la integridad del mercado en general exige el establecimiento de normas comunes aplicables a las empresas de inversión, independientemente del país de la Comunidad en que estén autorizadas, que rijan el funcionamiento de los mercados regulados y otros sistemas de negociación para impedir que la opacidad o distorsión de un solo mercado pueda afectar al funcionamiento del sistema financiero europeo en general. [...]

7. En su título II, la Directiva regula la autorización de las empresas de inversión y las condiciones para el ejercicio de su actividad.

8. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva establece el requisito de la autorización:

«Los Estados miembros exigirán que la prestación de servicios o realización de actividades de inversión como profesión o actividad habitual esté sujeta a autorización previa de conformidad con las disposiciones del presente capítulo. [...]

9. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, letra c), de la Directiva, la autoridad competente podrá revocar la autorización concedida a una empresa de inversión cuando esta «deje de cumplir las condiciones a las que estaba supeditada la concesión de la autorización [...]».

10. El artículo 9, apartados 1, párrafo primero, y 3, de la Directiva se refieren a los requisitos de la autorización relativos a las personas que dirigen una empresa de inversión:

«1. Los Estados miembros exigirán que las personas que efectivamente dirigen las actividades de una empresa de inversión gocen de la honorabilidad y la experiencia suficientes para asegurar la gestión adecuada y prudente de la empresa de inversión.

[...]

3. La autoridad competente denegará la autorización si no está convencida de que las personas que efectivamente dirigirán las actividades de la empresa de inversión gozan de la honorabilidad y la experiencia suficientes, o cuando existan motivos objetivos y demostrables para creer que los cambios propuestos en la dirección de la empresa suponen una amenaza para la gestión adecuada y prudente de la empresa.»

11. El artículo 16, apartado 1, de la Directiva aclara que las condiciones de la autorización inicial y, en particular, las del artículo 9, apartado 3, de la Directiva se deben cumplir en todo momento.

«Los Estados miembros exigirán que las empresas de inversión autorizadas en su territorio cumplan en todo momento las condiciones de la autorización inicial establecidas en el capítulo I del presente título.»

12. El primer capítulo del cuarto título («Autoridades competentes») de la Directiva contiene normas sobre la designación de las autoridades competentes, sus facultades y los recursos disponibles.

13. El artículo 50, apartado 1, de la Directiva establece que «las autoridades competentes dispondrán de todas las facultades de supervisión e investigación necesarias para el ejercicio de sus funciones». De conformidad con el apartado 2, letra [l)], entre dichas facultades se encuentra la de «remitir asuntos para su procesamiento penal».

14. El artículo 51, apartado 1, de la Directiva se refiere a las posibles consecuencias de las infracciones de las disposiciones adoptadas en virtud de la Directiva:

«Sin perjuicio de los procedimientos para la revocación de la autorización ni del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales, los Estados miembros se asegurarán, de conformidad con su Derecho nacional respectivo, de que es posible adoptar las medidas administrativas apropiadas o imponer sanciones administrativas a los responsables en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.»

15. El artículo 54 de la Directiva, que lleva por título «Secreto profesional», establece lo siguiente en sus apartados 1 a 3:

«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 necesario para el desarrollo de los mismos.

3. Sin perjuicio de los supuestos cubiertos por el Derecho penal, las autoridades competentes, organismos o personas físicas o jurídicas distintas de las autoridades competentes que reciban información confidencial con arreglo a la presente Directiva podrán utilizarla exclusivamente en el desempeño de sus obligaciones y en el ejercicio de sus funciones —en el caso de las autoridades competentes— dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva o, en el caso de otras autoridades, organismos o personas físicas o jurídicas, para el fin para el que dicha información se les haya proporcionado o en el marco de procedimientos administrativos o judiciales relacionados específicamente con el ejercicio de dichas funciones. 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.»

B. Derecho luxemburgués

16. El artículo 11 de la Ley de 8 de junio de 1979⁵ regula el derecho a acceder al expediente en el procedimiento administrativo y el artículo 13 establece las excepciones.

17. El artículo 19 de la Ley de 5 de abril de 1993,⁶ que fue actualizado con motivo de la transposición de la Directiva 2004/39, establece el requisito de la honorabilidad de forma similar al artículo 9 de la Directiva 2004/39.

18. El artículo 32 de la Ley de 13 de julio de 2007⁷ regula el secreto profesional, al transponer el artículo 54 de la Directiva 2004/39.

III. Procedimiento principal y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. UBS (Luxembourg) S.A.⁸ (en lo sucesivo, «UBS») fundó la sociedad de inversión LUXALPHA SICAV (en lo sucesivo, «Luxalpha») con la colaboración del Sr. DV, que posteriormente pasó a desempeñar una función directiva en Luxalpha. Luxalpha estuvo implicada en el escándalo financiero Madoff y fue liquidada en 2009.

20. Mediante una resolución de 4 de enero de 2010, la Commission de Surveillance du Secteur Financier (Autoridad de supervisión financiera luxemburguesa; en lo sucesivo, «CSSF»), a la vista de su papel en la constitución y gestión de Luxalpha, estimó que el Sr. DV había dejado de ser digno de confianza y que, por ende, ya no era apto para ejercer en una entidad supervisada por la CSSF la función de administrador o cualquier otra función sujeta a autorización. Por lo tanto, le ordenó que dimitiese de todas sus funciones.

21. Contra dicha resolución de la CSSF, el Sr. DV interpuso recurso ante el Tribunal administratif (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo). En relación con el correspondiente procedimiento principal, el Sr. DV requirió a la CSSF la entrega de diversos documentos que había obtenido mientras realizaba su actividad de supervisión en relación con UBS y Luxalpha.

5 Mémorial A n.º 54 de 6 de julio de 1979.

6 Mémorial A n.º 27 de 10 de abril de 1993.

7 Mémorial A n.º 116 de 16 de julio de 2007.

8 Su sucesora desde el 1 de diciembre de 2016 es UBS Europe SE.

22. La CSSF denegó la petición invocando el secreto profesional y el hecho de que en ningún momento había basado la resolución de 4 de enero de 2010 en los documentos solicitados. Alegó que ya había facilitado al Sr. DV todos los documentos referidos a su actuación administrativa.

23. Contra la resolución desestimatoria de la CSSF, el Sr. DV interpuso, en un incidente procesal, un recurso ante el Tribunal administratif (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) en el que solicitaba la entrega de los documentos. En su opinión, los documentos controvertidos son necesarios para su adecuada defensa, pues dan información sobre el verdadero reparto de funciones entre las personas que intervinieron en la constitución de Luxalpha. El Tribunal administratif (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) solo estimó la pretensión respecto a algunos de los documentos solicitados.

24. La Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) resolvió el recurso interpuesto contra dicha resolución mediante sentencia de 16 de diciembre de 2014, por la que se condenó a CSSF a facilitar numerosos documentos relativos al procedimiento principal. UBS y antiguos miembros del consejo de administración de Luxalpha, entre ellos el Sr. Alain Hondequin, se opusieron en tanto que terceros a la sentencia ante la Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo). Los recurrentes consideran que la entrega de los documentos al Sr. DV es contraria al secreto profesional consagrado en el artículo 54 de la Directiva 2004/39.

25. Con estos antecedentes, la Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 TFUE:

- «1) En concreto, sobre el telón de fondo del artículo 41 de la Carta que consagra el principio de una buena administración, ¿la excepción “de los supuestos contemplados por el Derecho penal”, que figura tanto al final del apartado 1 del artículo 54 de la Directiva 2004/39/CE como al comienzo del apartado 3 del mismo artículo 54, cubre un caso al que, con arreglo a la legislación nacional, corresponde una sanción administrativa, pero que considerado desde el punto de vista del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) forma parte del Derecho penal, como la sanción objeto del litigio principal, impuesta por el regulador nacional, en concreto, la autoridad nacional de supervisión, y consistente en ordenar a un abogado colegiado, que deje de ejercer en una entidad supervisada por dicho regulador una función de administrador u otra función sujeta a autorización al tiempo que le ordena que renuncie a todas sus funciones conexas a la mayor brevedad posible?
- 2) En cuanto que la citada sanción administrativa, considerada como tal por el Derecho nacional, exige un procedimiento administrativo, ¿en qué medida la obligación de guardar secreto profesional que una autoridad nacional de supervisión puede invocar al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 de la Directiva 2004/39, anteriormente citada, se halla condicionada por las exigencias de un proceso equitativo que comprende un recurso efectivo tal y como se desprende del artículo 47 de la Carta, y debe considerarse en conjunción con las exigencias derivadas de los artículos 6 y 13 del CEDH en materia de proceso equitativo y de efectividad del recurso y junto con las garantías previstas por el artículo 48 de la Carta, y más en concreto desde la perspectiva del acceso integral del administrado al expediente administrativo de la autoridad que ha impuesto la sanción administrativa y que es al mismo tiempo la autoridad nacional de supervisión con vistas a la defensa de los intereses y derechos civiles del administrado sancionado?»

26. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones por escrito la CSSF, UBS, el Sr. Hondequin y otros y el Sr. DV y otros,⁹ como intervinientes en el procedimiento principal, además de la República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República Helénica, la República Italiana, la República de Polonia y la Comisión Europea. En la vista oral celebrada el 1 de junio de 2017, además de los intervinientes en el procedimiento principal, estuvieron representadas la República Federal de Alemania y la Comisión Europea.

IV. Apreciación

27. El presente procedimiento prejudicial versa sobre la regulación del secreto profesional en el artículo 54 de la Directiva 2004/39.

28. La primera cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las excepciones que establecen los apartados 1 y 3 para los «supuestos contemplados por el Derecho penal». Con la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la forma en que se regula el secreto profesional en el artículo 54 de la Directiva 2004/39, en cuanto al derecho a acceder al expediente que asiste al destinatario de una medida como la del presente caso, es conforme con las garantías de un juicio justo y de la tutela judicial efectiva.

29. Ante todo, procede señalar que, para responder a las cuestiones prejudiciales, deben tomarse en consideración los objetivos perseguidos por la Directiva 2004/39 y el contexto en que se inserta su artículo 54.

30. La Directiva 2004/39 persigue la creación de un mercado integrado de instrumentos financieros que ofrezca a los inversores un alto nivel de protección y permita que las empresas de inversión presten servicios en toda la Unión, tomando como base la supervisión ejercida en el Estado miembro de origen.¹⁰ Por su parte, incumbe al artículo 54 de la Directiva 2004/39 garantizar el buen intercambio de información necesario para alcanzar dicho fin. Dado que esto exige que tanto las empresas de inversión supervisadas como las autoridades competentes puedan estar seguras de que la información confidencial proporcionada mantendrá en principio su carácter confidencial,¹¹ el artículo 54, apartado 1, de la Directiva prohíbe, en principio, la transmisión de información confidencial a terceros salvo de forma genérica o anónima.

A. Sobre la primera cuestión prejudicial: «supuestos contemplados por el Derecho penal»

31. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la excepción al secreto profesional que el artículo 54 de la Directiva 2004/39 prevé para los «supuestos contemplados por el Derecho penal», teniendo en cuenta el derecho a una buena administración, puede aplicarse a una medida con las características de la resolución de la CSSF de 4 de enero de 2010.

32. Esta expresión se encuentra, dentro del artículo 54 de la Directiva 2004/39, tanto en el apartado 1 como en el apartado 3, primera frase.

⁹ El Sr. EU, afectado por una decisión de la CSSF de 18 de junio de 2010 similar a la dirigida contra el Sr. DV, también interviene en el litigio principal y en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

¹⁰ Véanse la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartado 26, y los considerandos 2, 31, 44 y 71 de la Directiva 2004/39.

¹¹ Véanse las sentencias de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartados 31 y 32, y de 11 de diciembre de 1985, Hillenius (110/84, EU:C:1985:495), apartado 27, así como los considerandos 44 y 63 de la Directiva 2004/39.

33. La última parte del artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39 establece que la prohibición de divulgación de información confidencial a terceros no se aplica a los «supuestos contemplados por el Derecho penal». El artículo 54, apartado 3, de la Directiva 2004/39 se refiere a la utilización de información confidencial por la autoridad competente. Dicha utilización solo está permitida para determinados fines que allí se detallan, «sin perjuicio de los supuestos cubiertos por el Derecho penal».¹²

1. Sobre la interpretación autónoma de la excepción

34. En primer lugar, procede señalar que la Directiva 2004/39 no contiene ninguna definición de los «supuestos contemplados por el Derecho penal» y tampoco se remite a la legislación de los Estados miembros a este respecto.

35. Por lo tanto, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la expresión debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme.¹³

36. A ello no se opone el hecho de que el artículo 54, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2004/39 obligue a los Estados miembros a garantizar el respeto del secreto profesional, sin precisar su contenido, pues la posible facultad de los Estados miembros, aquí no controvertida,¹⁴ para regular el concepto de «secreto profesional» halla sus límites en el Derecho de la Unión y, en particular, en las excepciones taxativamente previstas en el artículo 54 de la Directiva 2004/39¹⁵ a la prohibición de divulgar información confidencial.

37. A esto se añade que, sin una interpretación uniforme en toda la Unión de los casos en que excepcionalmente esté permitida la divulgación de información confidencial a terceros, se vería comprometido el buen intercambio de información entre las distintas autoridades y empresas de inversión, pues los interesados no podrían estar seguros de que la información confidencial va a mantener en principio su carácter confidencial. Además, esto sería contrario al considerando 2 de la Directiva 2004/39, según el cual esta pretende precisamente alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Unión tomando como base la supervisión del país de origen.

2. Sobre la relevancia de la excepción

38. Para interpretar la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» se plantean, en esencia, dos alternativas. Por un lado, es posible una interpretación «sustantiva» conforme a la cual por «supuestos contemplados por el Derecho penal» deban entenderse los casos que versen sobre un delito o una sanción penal. Este podría haber sido el caso del procedimiento principal, ya que la decisión de la CSSF quizá revista naturaleza penal. Por otro lado, se propone una interpretación «procesal», según la cual dicha excepción solo permite la divulgación de información confidencial cuando sea necesario con destino a un procedimiento de instrucción o un proceso penal con arreglo a la legislación nacional.

12 Considero dudoso que la «utilización» de datos confidenciales con arreglo al artículo 54, apartado 3, pueda comprender también la «divulgación» de la información en el sentido del artículo 54, apartado 1, de la Directiva (véanse, no obstante, las conclusiones del Abogado General Slynn presentadas en el asunto Hillenius, 110/84, EU:C:1985:333, p. 3950). Dado que ambos apartados prevén una excepción en [casi] idénticos términos para los «supuestos contemplados/cubiertos por el Derecho penal», la respuesta a esta cuestión no es decisiva a este respecto.

13 Véanse las sentencias de 18 de octubre de 2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669), apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 9 de noviembre de 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840), apartado 28.

14 Véase el asunto pendiente C-15/16, Baumeister, que tiene por objeto la interpretación de los conceptos de «secreto profesional» e «información confidencial».

15 Véase la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartado 35.

39. Para saber cuál de las interpretaciones es la correcta se han de tener en cuenta, en particular, el contexto en el que se utilizan los términos interpretados y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte.¹⁶

a) Sobre el contexto de la excepción en el artículo 54 de la Directiva 2004/39

40. En el presente asunto, el contexto en que se utiliza la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» apunta en contra de su interpretación «sustantiva».

41. En primer lugar, del carácter excepcional de la expresión interpretada¹⁷ y de la necesidad de «observar el más estricto secreto profesional» que se menciona en el considerando 63 de la Directiva 2004/39 se deduce que los «supuestos contemplados por el Derecho penal» han de ser interpretados en sentido estricto. Si se aplicase la excepción a todos los casos que tuvieran por objeto un delito o una sanción penal, se privaría de sentido a la regla general del artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, con arreglo a la cual se prohíbe la divulgación de información confidencial a terceros.

42. Asimismo, se ha de tener en cuenta que el tenor del artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39 no impone ningún otro requisito a la violación del secreto profesional en los supuestos contemplados por el Derecho penal.

43. Lo anterior presenta un fuerte contraste con la excepción del artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39, que pretende facilitar la divulgación de información confidencial «si las cosas han ido verdaderamente mal y la entidad de que se trata ha cesado sus actividades normales»¹⁸ y, pese a todo, impone requisitos adicionales. En efecto, el artículo 54, apartado 2, de la Directiva 2004/39 solo es de aplicación en determinadas situaciones (cuando, mediante resolución judicial, una empresa de inversión haya sido declarada en quiebra o esté en proceso de liquidación forzosa), limita la divulgación a un contexto determinado (en el curso de procedimientos civiles o mercantiles) y únicamente permite la divulgación de determinada información (información que no ataña a terceros y que sea necesaria para el desarrollo del procedimiento).

44. Mediante esta comparación entre los apartados 1 y 2 del artículo 54 de la Directiva 2004/39 se evidencia que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» no puede comprender todos los casos en que, desde el punto de vista sustantivo, se trate de delitos o sanciones penales, ya que, ante la falta de otros requisitos, tal interpretación socavaría, sin justificación aparente, la estricta protección del secreto profesional que persigue el artículo 54 y que es indispensable para alcanzar los objetivos de la Directiva 2004/39. Además, en esos supuestos se desvirtuarían al mismo tiempo las detalladas restricciones del artículo 54, apartado 2. En particular, se ha de entender que el legislador habría previsto más condiciones si la fórmula «supuestos contemplados por el Derecho penal» hubiese de comprender también los supuestos en que se trate de delitos relacionados con el mercado de valores o, como en este caso, de la naturaleza penal de una medida.

b) Sobre el fin perseguido con la excepción

45. A favor de considerar que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» no puede comprender todos los casos en que, desde el punto de vista sustantivo, se trata de delitos o sanciones penales cabe aducir también el objetivo de dicha expresión.

¹⁶ Véanse las sentencias de 18 de octubre de 2011, *Brüstle* (C-34/10, EU:C:2011:669), apartado 31; de 19 de diciembre de 2013, *Fish Legal y Shirley* (C-279/12, EU:C:2013:853), apartado 42, y de 29 de octubre de 2015, *Saudaçor* (C-174/14, EU:C:2015:733), apartado 52.

¹⁷ Véanse las sentencias de 22 de abril de 2010, *Comisión/Reino Unido* (C-346/08, EU:C:2010:213), apartado 39, y de 26 de febrero de 2015, *Wucher Helicopter y Euro-Aviation Versicherung* (C-6/14, EU:C:2015:122), apartado 24.

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto *Altmann y otros* (C-140/13, EU:C:2014:2168), punto 50.

46. El artículo 51, apartado 1, de la Directiva 2004/39 aclara que, «sin perjuicio de los procedimientos para la revocación de la autorización ni del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales», existe una obligación de adoptar «las medidas administrativas apropiadas o imponer sanciones administrativas» para poder actuar, en caso de infracción de la Directiva, contra los responsables.

47. En mi opinión, las expresiones «sin perjuicio de los supuestos contemplados por el Derecho penal» del artículo 54, apartado 1, y «sin perjuicio de los supuestos cubiertos por el Derecho penal» del artículo 54, apartado 3, de la Directiva 2004/39 deben entenderse también como la confirmación de que queda intacto el derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales. Dichas expresiones dejan claro que, en los casos en que con arreglo al Derecho de los Estados miembros deba imponerse una sanción penal o se haya iniciado un procedimiento con tal fin, el secreto profesional no se ha de oponer a la transmisión de información a las autoridades pertinentes. De forma análoga, para el caso de que la iniciativa no parta de las autoridades de los Estados miembros, el artículo 50, apartado 2, letra l), de la Directiva 2004/39 regula el derecho de la autoridad competente a remitir asuntos para su procesamiento penal.

48. Con la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» se pretende evitar un conflicto con el derecho de los Estados miembros a imponer y perseguir sanciones penales.

49. Esta finalidad también es coherente con el asunto Altmann y otros,¹⁹ basado en una petición de información por parte de los inversores perjudicados por una empresa de inversión que actuó fraudulentamente. En ese asunto, el Tribunal de Justicia resolvió que no se trataba de un procedimiento penal, pues la petición de información «fue presentada con posterioridad a las condenas penales que se dictaron contra los responsables de [la empresa de inversión]». ²⁰ Ni el modelo de negocio fraudulento de la sociedad ni las condenas penales de los responsables tuvieron como consecuencia que el caso constituyese materia penal a efectos de la Directiva 2004/39. ²¹ En este sentido, el Abogado General Jääskinen argumentó en sus conclusiones que la petición de información «no [pretendía] su utilización en los procedimientos penales». ²² En su opinión, precisamente el objeto de la excepción «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». ²³

50. Por último, también en relación con la determinación del objetivo de la excepción para los «supuestos contemplados por el Derecho penal», procede señalar que la excepción no impone ningún otro requisito. La idea de que en casos relacionados con delitos o sanciones penales el artículo 54, apartado 1, de la Directiva permite la transmisión de cualquier información confidencial en cualquier contexto a cualquier autoridad o persona no puede ser lo que pretenda la excepción prevista para los «supuestos contemplados por el Derecho penal», pues tal interpretación contravendría el objetivo principal del artículo 54 de la Directiva 2004/39, consistente en garantizar una estricta protección del secreto profesional.

c) Otras consideraciones

51. Una interpretación «procesal» de los «supuestos contemplados por el Derecho penal» viene corroborada también por las siguientes consideraciones.

19 Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362).

20 Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartado 39.

21 Véase la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartado 41.

22 Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2168), punto 28.

23 Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2168), punto 27.

52. En primer lugar, dicha interpretación es coherente con la sistemática de la Directiva 2004/39. En su artículo 51, apartado 1, la Directiva distingue claramente entre las medidas de supervisión y administrativas, que son la materia propia de la Directiva, y las sanciones penales de los Estados miembros, que no se ven afectadas por ella. Sería contraria a esta distinción una interpretación sustantiva de la excepción en el sentido de que lo determinante es la naturaleza penal de la medida y de que, por lo tanto, toda medida administrativa de naturaleza penal también se habría de calificar como supuesto contemplado por el Derecho penal.

53. Además, la interpretación «procesal» es compatible con el hecho de que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» se utiliza en numerosos actos de Derecho financiero,²⁴ lo cual indica que se trata más bien de una fórmula dirigida a evitar colisiones y facilitar el intercambio de información con fines de enjuiciamiento penal que de una consideración individual de las medidas, distinguidas en función del carácter propio y el ámbito material de la Directiva.

54. Por último, esta visión «procesal» de la excepción se ve confirmada también por el artículo 76, apartado 1, de la Directiva 2014/65/UE,²⁵ que refunde la Directiva 2004/39. Aun cuando la Directiva 2014/65, que entró en vigor el 2 de julio de 2014, sólo sustituye a la Directiva 2004/39 con efectos a partir del 3 de enero de 2017, la nueva redacción puede servir de guía interpretativa en cuanto a los supuestos contemplados por el Derecho penal. De conformidad con el artículo 76, apartado 1, de la Directiva 2014/65, la prohibición de transmitir información confidencial se entiende «sin perjuicio de los requisitos contemplados por el Derecho penal o fiscal nacional». Por lo tanto, no se trata de la transmisión de información confidencial a los destinatarios de medidas de supervisión ni de la naturaleza penal de dichas medidas, sino más bien de señalar que el secreto profesional no se opone a la transmisión cuando ésta sea necesaria para los fines del Derecho penal o fiscal nacional.

55. En conclusión, procede declarar que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» no excluye de la aplicación del secreto profesional todos los casos en que se trata de un delito o de una sanción penal. Por el contrario, la excepción que con dicha expresión se introduce pretende posibilitar la transmisión de información confidencial a las autoridades nacionales competentes para los procedimientos de instrucción o los procesos penales, si así lo requiere el Derecho penal o procesal nacional. Por lo tanto, casos como el presente no constituyen «supuestos contemplados por el Derecho penal».

56. En qué medida es compatible el artículo 54 de la Directiva 2004/39 con el principio general de buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta²⁶ y con el derecho que tal principio garantiza a acceder al expediente²⁷ es algo que se ha de analizar al tratar sobre la segunda cuestión prejudicial.

²⁴ Véanse, en particular, el artículo 53, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO 2013, L 176, p. 338); el artículo 70, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO 2010, L 331, p. 84), y el artículo 24, apartado 1, de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO 2015, L 337, p. 35).

²⁵ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO 2014, L 173, p. 349).

²⁶ Véanse la sentencia de 8 de mayo de 2014, N. (C-604/12, EU:C:2014:302), apartado 49, y la explicación del artículo 41 de la Carta (Explicaciones a la Carta de los Derechos Fundamentales; DO 2007, C 303, p. 17) y jurisprudencia citada.

²⁷ Véanse las sentencias de 18 de julio de 2013, Comisión y otros/Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518), apartado 99, y de 18 de diciembre de 1992, Cimenteries CBR y otros/Comisión (T-10/92 a T-12/92 y T-15/92, EU:T:1992:123), apartados 37 a 41.

3. Sobre la alternativa de una interpretación «sustantiva» de los «supuestos contemplados por el Derecho penal»

57. En caso de que el Tribunal de Justicia no siga mi propuesta y decida que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» comprende los casos que tengan por objeto delitos o sanciones penales, habría que analizar si una resolución como la adoptada por la CSSF el 4 de enero de 2010 es de naturaleza penal.

58. En cuanto a la cuestión de cuándo se ha de clasificar una medida dentro del Derecho penal, se ha de considerar o bien una remisión al concepto de «delito» y de «pena» de cada Estado miembro, o bien una interpretación autónoma.

59. Sin embargo, la primera alternativa se topa con las dudas antes expuestas en los puntos 34 a 37.

60. Una interpretación autónoma del concepto «supuestos contemplados por el Derecho penal» podría verse respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de *non bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta. Con remisión a los «criterios de Engel»²⁸ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), el Tribunal de Justicia ha resuelto que, para apreciar la naturaleza penal de una medida, tres criterios son pertinentes: el primero es la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno, el segundo la propia naturaleza de la infracción y el tercero la naturaleza y gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado.²⁹

61. Respecto al primer criterio, cabe señalar que el Derecho luxemburgués clasifica una medida como la resolución de la CSSF dentro del Derecho administrativo.

62. En cuanto al segundo criterio, se han de tener en cuenta el público destinatario de la normativa en que se basa la medida, la finalidad de dicha normativa y los bienes jurídicos protegidos por ella.³⁰

63. Una resolución con las características del presente asunto no se dicta respecto a la colectividad, al contrario de lo que es típico en el Derecho penal. Sólo puede ir dirigida a los miembros de un determinado grupo, concretamente al estrecho círculo de personas que de forma voluntaria han decidido ejercer funciones directivas en empresas sujetas a autorización en el mercado de valores.

64. En cuanto a los objetivos de la resolución de la CSSF, cabe señalar que el criterio de la honorabilidad que establece el artículo 9, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2004/39 pretende asegurar «la gestión adecuada y prudente de la empresa de inversión».³¹ Al igual que los demás criterios que deben cumplir las empresas de inversión para obtener la autorización, este requisito va dirigido a la protección de los inversores y a garantizar la estabilidad del sistema financiero.³² A fin de asegurar esta protección, la idoneidad de los directivos no se examina únicamente dentro del procedimiento de autorización, sino también después, de forma regular, por parte de la autoridad competente.³³ Por lo tanto, cuando la CSSF determina que ya no existe confianza en que el Sr. DV ofrezca garantías suficientes para la gestión adecuada y prudente de la

28 Véase TEDH, sentencia de 8 de junio de 1976, Engel y otros c. Países Bajos (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071), §§ 80 a 82.

29 Véanse la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 35, que se remite a la sentencia de 5 de junio de 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319), apartado 37, y mis conclusiones presentadas en el asunto Bonda (C-489/10, EU:C:2011:845), puntos 45 a 50 y jurisprudencia citada.

30 Véanse la sentencia de 5 de junio de 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319), apartado 39, y TEDH, sentencias de 21 de febrero de 1984, Ötztürk c. Alemania (ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479), § 53; de 24 de febrero de 1992, Bendenoun c. Francia (ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786), § 47, y de 10 de junio de 1996, Benham c. Reino Unido (ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092), § 56.

31 Si no se cumple o se deja de cumplir este requisito, la autoridad competente puede denegar la autorización a la empresa de inversión (véanse los artículos 7, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Directiva 2004/39) o le puede retirar la autorización de que ya disponga [véase el artículo 8, párrafo primero, letra c), de la Directiva 2004/39].

32 Véanse el considerando 17 y los considerandos 2, 31, 44 y 71 de la Directiva 2004/39.

33 Véanse los artículos 16 y 17 de la Directiva 2004/39.

empresa de inversión, no pretende sancionarle, sino prevenir riesgos para el sistema financiero y para los inversores. Asimismo, cuando en la resolución se afirma que, por ese motivo, el Sr. DV carece de idoneidad para desempeñar funciones directivas en una empresa sometida a la supervisión de la CSSF, la decisión no persigue los fines represivos que caracterizan el Derecho penal. Por el contrario, se trata de una consecuencia jurídica derivada directamente de la Directiva 2004/39, conforme a la cual solo las personas honorables pueden asumir tales funciones. El requerimiento al Sr. DV para que dimita de los cargos que ostente es la consecuencia necesaria de la prevención eficaz de los riesgos y es un medio menos drástico en comparación con la revocación de la autorización a la empresa de inversión.

65. Tampoco los bienes jurídicos aquí protegidos implican una calificación penal de la resolución de la CSSF de 4 de enero de 2010, ya que la protección de los inversores y la estabilidad del mercado financiero generalmente son protegidas tanto por el Derecho penal como por el Derecho administrativo.

66. Por lo que respecta al tercer «criterio de Engel», la naturaleza y la gravedad de la medida impuesta, el TEDH atiende a la pena máxima prevista en abstracto para la infracción.³⁴ La aplicación de esta medida al presente asunto plantea ciertas dificultades, ya que de la resolución de remisión no se deduce que la resolución administrativa se fundamente en una normativa que establezca un margen de penas, ni que esa resolución se inscriba en una relación jerárquica con otras medidas. Por el contrario, lo que hace dicha resolución es aplicar el requisito de la autorización del artículo 9, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2004/39. A este respecto, el presente asunto se diferencia también de las sentencias del TEDH sobre las sanciones de las autoridades de supervisión del mercado financiero.³⁵

67. Si se tiene en cuenta la naturaleza de la resolución aquí controvertida, se advierte en primer lugar que la declaración de la falta de honorabilidad y el requerimiento para apartarse de las funciones directivas en las empresas de inversión no van ligadas a ninguna pena pecuniaria o privativa de libertad. Y tampoco se amenaza con tales sanciones, típicas del Derecho penal, para el caso de que no se atienda el requerimiento. Por otro lado, es cierto que el Derecho penal también conoce la inhabilitación profesional, pero eso no significa que toda resolución que tenga consecuencias negativas para la libre elección de la actividad profesional del destinatario implique automáticamente su calificación como de naturaleza penal. Las restricciones de la libertad profesional mediante requisitos personales de la autorización son típicas también del Derecho administrativo y, en particular, en materia de prevención de riesgos.

68. Si se considera la gravedad de la resolución que nos ocupa, se comprueba que sus consecuencias para el destinatario son de gran calado: el destinatario no cumple los requisitos para desempeñar funciones directivas en empresas de inversión y debe dimitir de los correspondientes cargos que ostente. Esto puede implicar perjuicios económicos y el menoscabo de la reputación del destinatario ante la sociedad.

69. No obstante, se ha de tener en cuenta que la resolución solo afecta a determinadas actividades dentro de un determinado sector profesional. Al Sr. DV no se le niega ni la asunción de otras funciones en empresas de inversión ni el ejercicio de la profesión de abogado. A esto se añade que los perjuicios económicos también se habrían producido si la autoridad de supervisión, en lugar de requerir al Sr. DV para que dimitiera, hubiese revocado la autorización a la empresa de inversión, para lo cual estaría facultada en virtud del artículo 8, párrafo primero, letra c), de la Directiva 2004/39 si, en contra de las exigencias de la Directiva 2004/39, la empresa de inversión hubiera mantenido al Sr. DV en su puesto. Por último, también es importante el hecho de que la resolución de la CSSF no aparta al Sr. DV de las actividades directivas durante un período prolongado de tiempo o de forma

³⁴ Véase TEDH, sentencia de 9 de octubre de 2008, *Ezeh and Connors c. Reino Unido* (ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598), § 120.

³⁵ Véanse TEDH, sentencias de 11 de junio de 2009, *Dubus S.A. c. Francia* (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), y de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens c. Italia* (ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), que se diferencian del presente asunto también en que la CSSF no es un órgano jurisdiccional.

permanente, pues lo que hace es reflejar la opinión jurídica de la CSSF en el momento de adoptarla. Si una empresa de inversión que cuenta con el Sr. DV en un puesto directivo solicita a la CSSF la autorización, o una empresa autorizada comunica a la CSSF su intención de incorporar al Sr. DV a un puesto de ese tipo, será precisa una nueva resolución sobre su idoneidad. Asimismo, se ha de tener en cuenta que la resolución de la CSSE, tal y como ha confirmado la representante de dicha autoridad en la vista oral, no ha sido publicada, de manera que de la resolución no se derivan directamente consecuencias negativas para la reputación social del destinatario.

70. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la situación aquí considerada no implica una inhabilitación profesional regulada por el Derecho penal. Por lo tanto, de la aplicación del tercer «criterio de Engel» tampoco se deduce que la decisión de la CSSF de 4 de enero de 2010 sea de naturaleza penal.

71. En consecuencia, en caso de sostenerse una interpretación «sustantiva», habría de responderse a la primera cuestión prejudicial que la expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» no comprende la situación del caso de autos. Si el Tribunal de Justicia apreciase la naturaleza penal de la resolución, la consecuencia sería que el artículo 54 de la Directiva 2004/39 no se opondría a la divulgación de información confidencial. Dado que el artículo 54 no supedita a ningún otro requisito la divulgación de información en «supuestos contemplados por el Derecho penal», el secreto profesional quedaría prácticamente sin efecto en cualquier asunto con aspectos jurídico-penales. Además, serían inevitables las intromisiones en los respectivos procedimientos de instrucción o procesos penales nacionales. De esta manera, queda de nuevo patente que al interpretar el concepto de «supuestos contemplados por el Derecho penal» recogido en el artículo 54 de la Directiva 2004/39 no se ha de aplicar una concepción «sustantiva», sino una de carácter «procesal».

4. Conclusión parcial

72. En atención a las anteriores consideraciones, procede responder del modo siguiente a la primera cuestión prejudicial:

73. La expresión «supuestos contemplados por el Derecho penal» que utiliza el artículo 54, apartados 1 y 3, de la Directiva 2004/39 no comprende los casos en que una autoridad nacional de supervisión declara que una persona no es digna de confianza y, por lo tanto, no es idónea para desempeñar funciones directivas en una empresa sometida a su supervisión, por lo que la conmina a dimitir de los correspondientes cargos que ostente.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial: el derecho a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva

74. Con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la forma en que se regula el secreto profesional en el artículo 54 de la Directiva 2004/39, en cuanto al derecho a acceder al expediente que asiste al destinatario de una medida como la del presente asunto, es conforme con las garantías de un juicio justo y de la tutela judicial efectiva con arreglo a los artículos 47 y 48 de la Carta y a los artículos 6 y 13 del CEDH.

75. En primer lugar, procede señalar que el CEDH no es un instrumento jurídico que haya sido incorporado formalmente al ordenamiento jurídico de la Unión, por lo que la interpretación del artículo 54 de la Directiva 2004/39 debe efectuarse a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta.³⁶

³⁶ Véanse las sentencias de 3 de septiembre de 2015, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión (C-398/13 P, EU:C:2015:535), apartado 46, y de 15 de febrero de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), apartados 45 y 46 y jurisprudencia citada.

1. Sobre el artículo 47 de la Carta

76. En su párrafo primero, el artículo 47 de la Carta consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y, en el párrafo segundo, el derecho a un juicio justo.

77. La Directiva 2004/39 garantiza que se satisfagan los requisitos de la tutela judicial efectiva con arreglo al artículo 47, párrafo primero, de la Carta. El artículo 52, apartado 1, de la Directiva 2004/39 establece que las decisiones de la autoridad competente deben estar debidamente motivadas y han de poder ser objeto de recurso judicial. En cuanto a la efectividad de la tutela judicial, la garantía del artículo 47, párrafo primero, de la Carta se limita a la disponibilidad de un recurso ante un órgano jurisdiccional que sea independiente de la autoridad competente para adoptar la decisión restrictiva de derechos y que esté facultada para revisar la decisión. El cumplimiento de estos requisitos en el presente asunto se deduce de la motivación de la resolución de la CSSF de 4 de enero de 2010 y del procedimiento principal.

78. El derecho a un juicio justo mencionado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta comprende, en primer lugar, el principio de contradicción, con arreglo al cual las partes en un proceso deben tener, sobre todo, derecho a conocer y a discutir todos los documentos y observaciones presentados al juez a fin de influir en su decisión.³⁷ No obstante, en casos como el presente dicho derecho no se ha visto afectado, ya que las partes no están debatiendo sobre información que haya sido incorporada al procedimiento judicial. Por lo tanto, tampoco existe la posibilidad de que la resolución judicial se fundamente en hechos y escritos de los cuales las partes no hayan podido tener conocimiento.³⁸

79. El derecho a un juicio justo también comprende, con arreglo al artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, la protección del derecho de defensa. Esta expresión del principio general del Derecho de la Unión tiene su correspondencia para el procedimiento administrativo en el artículo 41 y, para el procedimiento penal, en el artículo 48, apartado 2, de la Carta. La protección del derecho de defensa comprende también el acceso al expediente.

80. Este derecho, como a título de ejemplo demuestra el artículo 41, apartado 2, letra b), de la Carta, se refiere al expediente que «concierna» a la persona. Esto incluye, en primer lugar, toda información y todos los escritos de cargo en que la autoridad base su decisión.³⁹ Además, el derecho de acceso al expediente comprende los escritos de descargo⁴⁰ y aquellos que, pese a no haber sido utilizados para fundamentar la decisión, guarden una relación objetiva con ella.⁴¹ Es irrelevante la cuestión de a qué dossier pertenece físicamente la información.

81. En opinión del Sr. DV, los documentos aquí controvertidos han de arrojar luz sobre la «verdadera» distribución de funciones en la constitución de Luxalpha. Por lo tanto, dado que la CSSF basó su resolución, entre otras razones, en el papel desempeñado por el destinatario en la fundación de Luxalpha, la información solicitada consiste en documentos que podrían ser de descargo.

37 Véanse las sentencias de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), apartado 47, y de 4 de junio de 2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363), apartado 55.

38 Véase la sentencia de 4 de junio de 2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363), apartado 56, y de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros (C-89/08 P, EU:C:2009:742), apartado 52 y jurisprudencia citada.

39 Véase la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 68.

40 Véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartados 68, 74 y 75, y de 25 de octubre de 2011, Solvay/Comisión (C-110/10 P, EU:C:2011:687), apartado 49.

41 Véase la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartados 125 y 126.

82. Sin embargo, la CSSF obtuvo dichos documentos de UBS y de Luxalpha con motivo de su actividad de supervisión, y el hecho de que la información afecte a terceros no excluye el derecho de acceso al expediente. No obstante, se han de tener en cuenta los derechos fundamentales de esos terceros, pues el derecho de acceso al expediente no es absoluto, sino que, como a título de ejemplo se desprende del artículo 41, apartado 2, letra b), de la Carta, se halla sujeto a la reserva del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

83. Por lo tanto, procede efectuar una ponderación entre el derecho de acceso al expediente y el secreto profesional. En el caso de la Directiva 2004/39, el resultado de esa ponderación efectuada por parte del legislador europeo es el artículo 54. Es preciso comprobar si a este respecto se ha conseguido un equilibrio proporcionado de los intereses contrapuestos a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta.

84. Se ha de tener en cuenta que el artículo 54 de la Directiva 2004/39 no concede preferencia absoluta al secreto profesional frente al derecho de acceso al expediente en el procedimiento administrativo. Si bien dicha disposición prohíbe, en principio, la divulgación de información confidencial, sí permite su transmisión en forma genérica o colectiva.⁴² Además, el artículo 54 regula diversas excepciones, si bien de carácter taxativo, a dicha prohibición, entre las cuales figuran los ya analizados «supuestos contemplados por el Derecho penal».

85. La opción del legislador autor de la Directiva 2004/39 por un respeto estricto del secreto profesional se basa en la idea de que con ello no solo se protege a las empresas directamente afectadas, sino que también se garantiza el buen funcionamiento de los mercados de instrumentos financieros de la Unión.⁴³

86. La calidad de la información proporcionada por las empresas de inversión a las autoridades de supervisión y el intercambio de información entre las autoridades dependen de la confianza en la confidencialidad de la información transmitida. Por lo tanto, sin una estricta protección del secreto profesional se verían comprometidos el sistema de supervisión de las empresas de inversión, basado en el intercambio de información, y, por ende, también la deseada protección de los inversores en los mercados de la Unión.

87. A esto se añade que la información reunida por las autoridades de supervisión puede ser de gran valor económico. Reducir la protección del secreto profesional podría conducir a abusos en el ejercicio del derecho de acceso al expediente con objeto de utilizar información confidencial para otros fines.

88. Asimismo, es preciso considerar que el estricto respecto del secreto profesional con arreglo al artículo 54 de la Directiva 2004/39 puede hacer que el destinatario de una medida restrictiva de derechos solo obtenga para su defensa la información que le conceda la misma autoridad de supervisión que ha adoptado la medida impugnada. De esa manera, la autoridad de supervisión podría limitar la efectividad del derecho de defensa judicial de los destinatarios de sus medidas. Menos dudas suscitaría que existiese una separación organizativa entre la autoridad de supervisión y la autoridad que adopta la medida restrictiva de derechos. En el presente asunto, la CSSF es el organismo competente

⁴² Véase la sentencia de 18 de junio de 2008, Hoechst/Comisión (T-410/03, EU:T:2008:211), apartados 153 y 154, en relación con la exigencia de versiones o resúmenes no confidenciales de documentos.

⁴³ Véase la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros (C-140/13, EU:C:2014:2362), apartado 33.

para supervisar las empresas de inversión y el que adopta las medidas correspondientes y decide sobre el acceso a la información.⁴⁴ Por lo tanto, dado que también pueden suscitarse dudas acerca de la imparcialidad de la autoridad en el procedimiento administrativo, es preciso garantizar un control judicial efectivo de sus resoluciones.⁴⁵

89. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la autoridad competente ya interfiere en el secreto profesional al transmitir la información de cargo utilizada para fundamentar su resolución. Así las cosas, no parece admisible que la autoridad pueda negarse, invocando de forma genérica al secreto profesional, a facilitar información potencialmente de descargo y que guarda relación con la resolución.

90. No obstante, en mi opinión, en casos como el presente la Directiva 2004/39 permite un equilibrio proporcionado entre el derecho de defensa y la protección del secreto profesional, ya que el primero puede garantizarse aquí de forma diferente a la concesión del acceso a los posibles documentos de descargo por parte del destinatario de la resolución.

91. Si bien el artículo 54, apartado 1 de la Directiva 2004/39, conforme a su tenor literal, dispone que la información confidencial no puede ser transmitida «a persona o autoridad alguna», lo cual podría incluir también a los órganos jurisdiccionales nacionales, en contra de esta interpretación cabe aducir el artículo 54, apartado 3, de la Directiva 2004/39, con arreglo al cual la autoridad competente puede utilizar la información confidencial en el marco de procedimientos judiciales relacionados específicamente con el ejercicio de sus funciones. Lo mismo indica el artículo 50, apartado 2, letra l), de la Directiva 2004/39, que contempla la facultad de remitir asuntos a un órgano jurisdiccional. Por lo tanto, la Directiva no se opone a que en casos como el presente la autoridad permita al órgano jurisdiccional competente acceder a los correspondientes documentos. El juez nacional competente deberá decidir entonces si los documentos tienen efecto de descargo y cómo pueden ser incorporados al procedimiento de conformidad con el Derecho nacional.

92. Si bien el derecho a un juicio justo exige, en principio, que dicha información también sea transmitida al destinatario de la medida para que pueda pronunciarse al respecto en el procedimiento judicial, puede estar justificada una restricción de ese derecho siempre que se trate de información que tan solo de forma probable pueda reducir su responsabilidad y que, de no ser así, en ningún caso sería incorporada al procedimiento judicial.

93. De esta manera se puede garantizar, por un lado, la estricta protección del secreto profesional pretendida por la Directiva 2004/39 y, por otro, el derecho del destinatario de una medida como la del presente asunto a un juicio justo.

2. Sobre el artículo 48 de la Carta

94. En cuanto al artículo 48 de la Carta, procede señalar que protege la presunción de inocencia y el derecho de defensa que se han de reconocer al «acusado»,⁴⁶ de manera que está concebido para procesos genuinamente penales.

⁴⁴ La remisión que hace el Sr. DV a la sentencia del TEDH de 11 de junio de 2009, *Dubus S.A. c. Francia* (ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204), no es correcta, ya que se basa en la idea errónea de que la CSSF (al igual que la Commission bancaire en dicho asunto, §§ 24 y 55 de la sentencia) es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 6, apartado 1, del CEDH o de los artículos 47 y 48 de la Carta.

⁴⁵ Véase la sentencia de 16 de mayo de 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 55, y, sobre el principio de imparcialidad establecido en el artículo 47, apartado 2, de la Carta, véase la sentencia de 14 de junio de 2017, *Online Games y otros* (C-685/15, EU:C:2017:452), apartados 60 a 64, y, en relación con el artículo 41, apartado 1, de la Carta, mis conclusiones presentadas en el asunto *España/Consejo* (C-521/15, EU:C:2017:420), puntos 98 a 115.

⁴⁶ Véase la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 83.

95. Por lo tanto, el derecho fundamental a que se refiere no es pertinente en el presente asunto. En efecto, ni el procedimiento de supervisión que desembocó en la adopción de la resolución administrativa de la CSSF, de carácter preventivo, ni el procedimiento contencioso-administrativo en que se efectúa el control de dicha resolución pueden calificarse de procesos penales.

96. Pero incluso en el caso de un procedimiento penal el artículo 48 de la Carta no se opone a una regulación del secreto profesional como la del artículo 54 de la Directiva 2004/39, pues en ese caso la interpretación «procesal» que propongo de los «supuestos contemplados por el Derecho penal» con arreglo al artículo 54, apartados 1 y 3, de la Directiva 2004/39 permite la transmisión de información confidencial a las autoridades judiciales. A estas les corresponde entonces la función de transmitir al acusado, de conformidad con el Derecho penal nacional, la información necesaria para la defensa de sus derechos.

3. Conclusión parcial

97. En conclusión, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que la autoridad de supervisión competente puede denegar la entrega de posible información de descargo y de carácter confidencial al destinatario de una medida como la del presente asunto, invocando el secreto profesional con arreglo al artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, si no es de aplicación ninguna de las excepciones previstas en dicho artículo y si el derecho de defensa del destinatario de la medida es garantizado por otro medio.

V. Conclusión

98. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales de la Cour administrative (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Luxemburgo), en los siguientes términos:

- «1) La expresión “supuestos contemplados por el Derecho penal” que utiliza el artículo 54, apartados 1 y 3, 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, en la versión resultante de la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, no comprende los casos en que una autoridad nacional de supervisión declara que una persona no es digna de confianza y, por lo tanto, no es idónea para desempeñar funciones directivas en una empresa sometida a su supervisión, por lo que la conmina a dimitir de los correspondientes cargos que ostente.
- 2) La autoridad de supervisión competente puede denegar la entrega de posible información de descargo y de carácter confidencial al destinatario de una resolución en la que se declara que una persona no es digna de confianza y, por lo tanto, no es idónea para desempeñar funciones directivas en una empresa sometida a su supervisión, por lo que se le conmina a dimitir de los correspondientes cargos que ostente, invocando al secreto profesional con arreglo al artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2004/39, si no es de aplicación ninguna de las excepciones previstas en dicho artículo y si el derecho de defensa del destinatario de la medida es garantizado por otro medio.»