Estudios

La contratación de servicios de comprobación por la CNMV. Análisis de los contratos de Mistery Shopponing (1)

Beatriz BELANDO GARÍN

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia-Estudi General

El presente artículo examina el contenido y alcance de los contratos de obtención datos a través de la técnica del *mystery shopping* desarrollados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Se examina el valor de los datos obtenidos, su confidencialidad, las garantías de la profesionalidad y sigilo del personal a cargo de estos contratos. El examen combinado entre la posibilidad de estos contratos y su ejecución práctica, muestra importantes deficiencias que corresponde cubrir.

CNMV, *Mystery Shopping,* contratos de servicios, potestad de inspección

This article examines the content and scope of data collection contracts through the mystery shopping technique developed by the National Securities Market Commission. It examine the value of the guaranteed data, its confidentiality, the guarantees of professionalism and the secrecy of the personnel in charge of these contracts. The combined examination between the possibility of these contracts and their practical execution shows important improvements that must be covered.

CNMV, *Mystery Shopping,* service contracts, inspection power

I. Introducción

La protección del inversor minorista es uno de los ejes principales de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo (MiFID II). Son muchas las reformas que la nueva Directiva incluye, pero desde la perspectiva del pequeño inversor, el foco se centra en la imposición de nuevos requisitos de información en los servicios de asesoramiento realizado por las empresas de servicios de inversión (ESI) y en la delimitación del llamado «asesoramiento independiente» entendida como una actividad autónoma y no auxiliar sujeta por tanto a los requisitos autorizatorios correspondientes (2) .

Sin embargo, la implementación de la nueva normativa no es sencilla y una aplicación dispar entre los distintos Estados miembros es un riesgo presente para la propia Agencia Europea de

Mercados y Valores (AEMV/ESMA) desde su aprobación. Esta situación explica la búsqueda, impulsada por dicha autoridad, de herramientas que faciliten a los diferentes reguladores nacionales la verificación del cumplimiento de estos nuevos requisitos. Uno de estos instrumentos resultó ser la figura del «cliente misterioso».

Según el regulador canadiense el Mystery shopping: «is a form of consumer market research where individuals, acting as potential customers, are trained to objectively record their observations and interactions with service providers (3) ». Así configurada, es una fórmula para obtener información directa sobre el asesoramiento prestado a los inversores por las ESIS garantizando a los reguladores un conocimiento real sobre la aplicación de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo por las entidades. Es por ello que viene utilizándose desde el inicio por países como Reino Unido, Bélgica, Francia o Lituania.

Un paso en el impulso de esta figura en nuestro país lo constituyó el Informe resultante del Peer Review (4) sobre la idoneidad de los requisitos de la Mifid II, impulsada por la ESMA, de 7 de abril de 2016 (ESMA/2016/584). En dicho informe se puso de manifiesto cómo el control y la vigilancia pública de las ESIS en materia de asesoramiento se basaba en instrumentos no presenciales, lo que, unido a la dimensión de algunos mercados, resultaba ser insuficiente. Se reclamaba así una respuesta más activa por parte de las autoridades competentes nacionales, más centradas en ese momento en adoptar medidas generales que limitaban la difusión de productos complejos, que en la vigilancia de los requisitos de productos menos complejos. A ello se unían las escasas inspecciones desarrolladas en orden a la vigilancia de estas cuestiones (5) .

Como respuesta a esta propuesta de la ESMA, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, anunció su intención de utilizar la figura del *mystery shopping* para determinar que sedes de las entidades de créditos no estaban cumplimiento con los requisitos técnicos derivados de la MiDFiDII, lo que fue avalado por la ESMA. El primer ejemplo de esta herramienta fue en 2016 (6) y la más reciente en julio de 2019.

II. La utilización de terceros en tareas de «auxilio a la inspección»

La ESMA detectó en 2016 la ausencia de inspecciones *in situ* para velar por el cumplimiento de la MiFiDII por las ESIS proponiendo a los supervisores nacionales de los Estados miembros, como alternativa a la intensificación de las inspecciones, la utilización de los «clientes misteriosos». La apuesta de la propia CNMV por esta figura, obliga a examinar la utilización de empresas externas que realizan verificaciones administrativas en nuestro propio ordenamiento jurídico para validar o no su utilización.

1. La potestad de inspección de la CNMV.

Las labores de inspección a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores carecen prácticamente de regulación legal en nuestro país, más allá de unos pocos preceptos legales (arts. 234 a 236 TRLMV), lo que es claramente insuficiente. La Ley se sitúa así en la línea de la propia normativa general dada la inexistencia de una regulación abstracta de esta potestad, solo mencionada formalmente en la Ley 39/2015 (art. 18) y 40/2015 (art. 4.2) En el caso de la CNMV esta omisión ha sido reparada por el propio regulador que ha elaborado normas internas que dirigen su actividad de inspección (7) .

La inspección se encuentra formalizada, debiendo desarrollarse en el marco de un procedimiento administrativo que garantice el respeto de los derechos de las personas físicas o jurídicas afectadas. En un procedimiento, la Administración ejerce tres grandes categorías de facultades (8) :

a) • Facultades encaminadas a la obtención de información, y que comprenden las de acceso a los libros, documentos o registros, así como el requerimiento de información (por escrito, mediante inspección *in situ* o solicitándola a los auditores (art. 234.2.j) TRLMV, expertos independientes u órganos de control interno).

b) • Las facultades encaminadas a exigir o acordar la realización de una determinada actuación: requiriendo el cese de prácticas ilegales o de subsanación o corrección, exigiendo la prohibición del ejercicio de la actividad profesional, suspendiendo o limitando las operaciones o actividades, suspendiendo o excluyendo la negociación de un instrumento financiero, remitiendo asuntos para su procesamiento penal, requiriendo la publicación de informaciones, etc..

c) • El tercer grupo comprende facultades encaminadas a solicitar el auxilio de terceros, tales como solicitar el embargo o la congelación de activos o autorizar a auditores y expertos para llevar a cabo verificaciones o investigaciones. En relación con dichas facultades se impone un amplio abanico de organismos y entidades publicas las obligaciones legales de colaborar y suministrar información a la CNMV, cuantos datos, documentos, registros e informes resulten necesarios para el ejercicio de las funciones que la misma tiene encomendadas, prestándole para ello concurso, auxilio y protección (art. 235 TRLMV).

Como puede apreciarse la utilización de terceros en labores de colaboración en la vigilancia del mercado es algo habitual en nuestro ordenamiento jurídico, la clave está por tanto en delimitar cuál es la intensidad de la colaboración de las empresas que desarrollan el *mystery shopping* y su encaje legal.

En un contexto más general la actuación de terceros ejerciendo funciones públicas en materia de inspección no es algo nuevo en el Derecho administrativo (recordemos las ITV, las inspecciones de instalaciones industriales y más recientemente el fenómeno de las entidades colaboradoras (9) , que ha venido unido al proceso de supresión de licencias y autorizaciones previas al ejercicio de ciertas actividades (10)). Sin embargo, este fenómeno en el ámbito de la supervisión financiera supone reconocer las limitaciones técnicas de la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores que, ante la imposibilidad de detectar por si misma determinadas irregularidades, acude al auxilio de terceros expertos para que realicen estas tareas. En concreto, el artículo 235.1 (11) TRLMV permite la entrada de «expertos independientes», para que en casos de necesidad faciliten las labores de inspección de la CNMV.

Junto a estos expertos o auditores independientes, se suman los eventuales contratistas que faciliten información sobre las prácticas de las empresas de servicios de inversión y el adecuado cumplimiento de las obligaciones en relación al inversor a través de una actuación anónima. Estos contratistas son llamados por la Autoridad nacional para obtener la información predeterminada por la Administración a través de la conocida técnica del *mystery shopping* y que luego abordaremos (art. 235.2 TRLMV).

Finalmente, la ley cuenta con la colaboración de los denunciantes que reciben un tratamiento singular en la Ley al margen del régimen general recogido en la actualidad en el artículo 62 de la Ley 39/2015 (12) .

2. El alcance de la colaboración de los terceros en los contratos de *mystery shopping*

El artículo 235 TRLMV permite la entrada de contratistas para la toma de datos de las ESIS, pero ¿cuál es la calificación jurídica de esta actividad? Las empresas encargadas de las visitas en calidad de «cliente misterioso», se limitan a recabar información sobre la actuación de las empresas de servicios de inversión en lo relativo al asesoramiento dirigido a inversores minoristas. Su función no implica el ejercicio de potestad alguna (art. 235.3 TRLMV) sino el desarrollo de una actividad de toma de datos, importante para la supervisión del mercado, pero no encuadrable en el concepto de potestad de inspección (13) . Su actividad se limita a recoger información verbal y escrita sobre extremos predeterminados por la CNMV, de determinadas entidades.

La intensidad de su intervención en las empresas es, por tanto, mínima, meramente pasiva (no hay requerimientos de información específica, ni acceso a recursos informáticos (14) , etc.) de ahí que tampoco pueda entenderse que se haya producido una delegación en entes privados de la

función administrativa de inspección.

No estamos ante una externalización al sector privado, como ha ocurrido en ciertos sectores (industria, urbanismo, medioambiente, etc.) permitiéndose está delegación en los términos y condiciones que la ley disponga (15) . Es estrictamente un auxilio en sus tareas, acotado, además en el tiempo.

En un plano más conceptual, la misión encargada a estas empresas parece encuadrarse más en «tareas de colaboración en la inspección (16) » o en más genéricamente, en el concepto más amplio de supervisión, entendida como un término que abarca «actividades tales como controles e indagaciones (…) (17) ».

Así configurada su actividad no entra en contradicción con el art. 9.2 EBEP que declara que el ejercicio de funciones administrativas, como la de inspección «que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas **corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos,** en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca (18) ».

Como consecuencia de todo lo expuesto, es fácil entender que el personal de estas empresas no posee la condición de «agente de autoridad» y, por tanto, tampoco el informe final redactado tras las llamadas y visitas realizadas, sobre el resultado de las mismas y las conclusiones alcanzadas tiene consideración de acta. En definitiva, la información y observaciones resultantes de estas visitas no gozaran de la presunción de veracidad que el ordenamiento jurídico otorga a la información de la que dan fe los funcionarios públicos en el marco de un procedimiento de inspección (19) . Los informes finales, no son así documentos públicos ni puede atribuírsele valor de prueba para la Administración en vía administrativa o procesal. Solo tendrán valor de «denuncia (20) ».

III. Los contratos para el desarrollo de la técnica de Mystery Shopping

El TRLMV autoriza a la CNMV para contratar el servicio de recogida de datos de conformidad con la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP). Partiendo de esta posibilidad es interesante examinar los contratos concretos que hasta el momento se han desarrollado.

1. La CNMV como Administración pública en los términos de la ley 9/2017, de contratos del sector público

La delimitación del ámbito subjetivo de la Ley 9/2017 (art. 3 LCSP) es uno de los aspectos más complejos de la normativa de contratos al haberse producido una progresiva expansión del Derecho Administrativo a entidades privadas que manejan fondos públicos: entidades subvencionadas, concesionarios públicos, partidos políticos, etc. Estas entidades responden al concepto de poder adjudicador europeo, pero conllevan desde el punto de vista público una nueva reformulación del propio concepto de Derecho Administrativo al regular y disciplinar la actividad de entidades que no son Administraciones Públicas en los términos de la Ley 39/2015 (art. 2). La capa del Derecho público cubre su contratación sin alterar la naturaleza jurídica de la entidad, que se mantiene privada.

En el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores su calificación como Administración pública desde el punto de vista contractual es más sencilla, dada que este reconocimiento se produce paralelamente en la Ley 39/2015 en su art. 2 y en el art. 3 LCSP. Ello implica su sujeción plena a esta regulación siendo quizás una de las más relevantes teniendo en cuenta la naturaleza del mercado que ha de supervisar, su sujeción plena al principio de transparencia.

2. El contrato de 9 de julio de 2019

El contrato de servicios es el encaje que la LCSP otorga al servicio de recogida de datos de las ESIS solicitado por la CNMV. Partiendo de esta previsión legal, es interesante analizar su

materialización concreta. En particular, la CNMV licitó el 9 de julio de 2019 (21) , un contrato del servicio de comprobación del proceso de comercialización de productos financieros del mercado de valores por las redes comerciales de entidades habilitadas para prestar servicios de inversión. Analizaremos ahora los extremos contenidos en los documentos integrantes de este expediente de contratación que son de interés en este punto.

A. Calificación

La contratación de los denominados «clientes espías», se realiza a través de un contrato de servicios de naturaleza administrativa, lo que implica de conformidad con la Ley de contratos del Sector público (LCSP) una serie de circunstancias. En concreto, habilitan a la Administración para el ejercicio de prerrogativas de interpretación, modificación y resolución unilateral, por ejemplo, por el incumplimiento de las condiciones del contrato. La totalidad del contrato queda así sujeta al Derecho Administrativo teniendo la Administración la vigilancia última de su correcto desarrollo (art. 25 LCSP). Este «control» queda reflejado en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), donde se detallan las obligaciones del contratista respecto del personal indicándose la obligación de comunicar a la CNMV cualquier variación en el equipo de trabajo adscrito a la ejecución del trabajo (clausula 4.7. PCAP). Este control se aprecia igualmente en el Pliego de Prescripciones Técnicas particulares (PPTP) cuya clausula segunda señala claramente la posibilidad de la CNMV de realizar un seguimiento durante las diferentes fases del trabajo, y descartar y reemplazar las visitas concertadas.

En cuanto a su adjudicación, la CNMV ha optado por el procedimiento abierto, lo que ha permitido entre sus ventajas una mayor concurrencia de empresas para la prestación del servicio y, sobre todo, una mayor transparencia. Esta circunstancia merece destacarse dado el diverso tratamiento que, por ejemplo, ha tenido la contratación del servicio de asesoramiento financiero para el auxilio en el conflicto sobre el Banco Popular. La CNMV ha calificado el contrato como reservado utilizándose el procedimiento negociado sin publicidad para su adjudicación de conformidad con el art. 168 de la LCSP (22) .

Esta calificación ha generado malestar en el sector (23) , y se posiciona en la línea de la CNMV claramente reacia a dotar de más transparencia a sus actuaciones de supervisión (24) .

B. Confidencialidad

Los datos obtenidos durante el desarrollo de estos contratos requerirían en principio una especial atención por parte del legislador, pero nada prevé el art. 235 TRLMV. El precepto deja así sin resolver una cuestión esencial en este sector como es el deber de secreto y las garantías que se establezcan para garantizarlo en el caso de estos colaboradores externos.

Al no ser funcionario el personal que desarrolla esta actividad no se encuentra sujeto al régimen disciplinario sino exclusivamente a una cláusula de confidencialidad en los contratos que se celebran. En concreto, en el caso del contrato de 9 de julio de 2019, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (n.º expediente 23/19), prevé en su punto 4.15, la citada previsión:

> *«La empresa adjudicataria y el personal de ella dependiente guardarán secreto profesional respecto de todas las informaciones, documentos, asuntos, procedimientos y criterios internos de la CNMV a los que tengan acceso o conocimiento durante la vigencia del contrato e incluso después de finalizar el mismo.* ***En consecuencia, tanto la empresa adjudicataria como el personal que preste el servicio, están obligados a mantener la más estricta confidencialidad y a no usar en beneficio propio o ajeno, revelar o ceder datos (incluidos los de carácter personal), informaciones y documentos, metodologías o criterios internos, a los que hayan tenido acceso con ocasión de la prestación del servicio****.»*

Se incluye, por tanto, la confidencialidad, pero las consecuencias del incumplimiento de esta clausulas no aparecen incluidas aquí. Cabe deducir en todo caso, tras la lectura de la totalidad del

PCAP, que el uso de las informaciones y datos obtenidos pueden dar lugar a la imposición de penalidades o a la resolución del contrato (4.5), al ser configurado el incumplimiento del deber de sigilo como una condición especial de resolución (4.9.5) del PCAP (25) .

Igualmente, y como consecuencia de ello, el contratista incurriría en la prohibición de contratar con la Administración en el futuro de conformidad con el art. 71.2.d) LCSP. Sin embargo, ¿qué ocurre si la utilización se produce una vez ejecutado el contrato? En estos casos entiendo que deberán aplicarse las previsiones generales sobre utilización de información privilegiada (art. 295 TRLMV), dado que no serán aplicables sanciones disciplinarias al no estar el personal de estas empresas integradas en los servicios de inspección de la CNMV.

Una vez expuesto el deber de confidencialidad, el PCAP continúa en los siguientes términos:

> *«La empresa adjudicataria y el personal que preste el servicio quedan expresamente sometidos al deber de secreto profesional establecido en el artículo 248 de la Ley del Mercado de Valores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (en adelante, TRLMV) así como a las obligaciones derivadas de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, siendo responsables de la consecuencias de su incumplimiento».*

De la lectura de este párrafo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) puede apreciarse la escasa atención que la CNMV ha dado a estas cuestiones. Esta conclusión cabe deducirse de la mera referencia a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, como regulación a la que se sujetan los datos obtenidos. Esta Ley se encontraba derogada en el momento de aprobación del pliego por la Ley orgánica 3/2018, de 3 de diciembre, por la que se transponía el Reglamento europeo de Protección de Datos personales, por lo que la remisión a la misma llama poderosamente la atención.

Igualmente, no se impone el deber de comunicar a todo el personal de la empresa que vaya a participar en la ejecución del contrato, el deber de confidencialidad ni las consecuencias que el incumplimiento de esta obligación puede suponer para ellos. La inclusión de este tipo de previsiones, ya están siendo en la actualidad reclamadas en la totalidad de los contratos públicos (26) , tanto más importante en los contratos celebrados por la CNMV dado el papel que posee la obtención de información real y actual en el mercado de valores. La protección de la confidencialidad es una pieza clave en los contratos públicos, gozando de la protección de su configuración como derecho fundamental del art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (27) , y ha de ser adecuadamente ponderada con el derecho fundamental al acceso a la información pública.

C. Personal encargado del desarrollo

El acceso a este contrato se permite tanto a personas físicas como a personas jurídicas. En este último caso, habitual en todo caso, se requiere determinar el nivel de solvencia del personal seleccionado por la entidad para el desarrollo del contrato y sobre cuyo extremo el art. 235 TRLMV nada prevé. El informe sobre la necesidad de este contrato (28) alude precisamente a esta necesidad de expertos como causa de este tipo de contratos (29) , sin embargo, si analizamos con cautela este extremo en el PCAP, la experiencia profesional se exige a la entidad adjudicataria (3 años) como criterio de solvencia, siendo la atención al personal encargado de la ejecución el que aparece entre los criterios cualitativos de adjudicación (art. 2.2.1. PCAP (30)).

La selección del personal que integra el equipo de trabajo del contrato corre a cargo de la empresa adjudicataria aunque corresponde a la CNMV la potestad de «verificar el cumplimiento de titulación y experiencia exigidos en los pliegos» (art. 4.7 PCAP). De forma indirecta parece invocar la necesidad de que los requisitos de solvencia exigidos a la entidad se trasladen a su equipo de trabajo, lo que no se indica así en la clausula de solvencia, pero que se deduce indirectamente de esta clausula.

Hubiese sido preferible que el legislador detallase estos extremos en el TRLMV de forma que acotase el margen de apreciación de la CNMV sobre las entidades «solventes» para desarrollar este tipo de contratos.

Finalmente, cabe destacar la prohibición expresa en el pliego de que el contratista subcontrate la ejecución del contrato (clausula 4.7). Esta previsión, es discordante con la filosofía dimanante de la nueva Directiva de contratación (Directiva 2014/24/UE), que parte de la consideración de la subcontración como una figura facilitadora del acceso de las pymes a los contratos públicos y de la reducción de los costes de ejecución (STJUE de 29 de noviembre de 2019, Asunto c- 402/18). Es cierto, sin embargo, que el propio art. 215.2.e) LCSP permite «que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación». La naturaleza confidencial de los datos que se recaban y la formación altamente cualificada del personal que desarrolla los trabajos son en este supuesto las razones de la prohibición contenida en el pliego.

IV. Conclusiones

El asesoramiento de las entidades a los inversores minoristas debe reunir unos amplios requisitos impuestos por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo (MiFID II), con el objetivo de lograr una protección adecuada a un consumidor de servicios financieros extremadamente expuesto a productos complejos. Sin embargo, para la Comisión Nacional del Mercado de Valores es en la actualidad costoso, en términos de tiempo y recursos humanos, la inspección *in situ* de las entidades financieras y constatar así el cumplimiento de la nueva y compleja normativa europea. Ante esta situación y avalada por la propia ESMA, la CNMV ha decidido optar por una «colaboración de terceros» materializada en un contrato de servicios con clausulas expresas sobre confidencialidad de la información recabada.

La opción por esta fórmula de auxilio de terceros en labores de inspección, ha traído de nuevo el debate sobre qué es una «colaboración en tareas de inspección» y su distinción con la delegación de esta función administrativa. En los contratos analizados son desarrollados por entidades privadas, no por funcionarios, pero su actividad no implica el ejercicio de una potestad administrativa, sino una actividad que facilita la «supervisión» desarrollada por la Administración. Son por tanto contratos celebrados en el marco del art. 235 TRLMV y respetando la prohibición de su apartado 3 que prohíbe el ejercicio de potestades administrativas.

Los resultados de sus visitas no activan consecuentemente de forma inmediata procedimiento sancionador alguno, y tampoco aparentemente procedimientos formales de inspección contra entidades concretas dado que su valor es el de una mera «denuncia».

Admitiendo por tanto la utilización de estos contratos destaca, sin embargo, la escasa atención prestada por la CNMV a la confidencialidad de los datos obtenidos, más allá de la referencia concreta a la misma en el contrato de 9 de julio de 2019. Las remisiones a una Ley derogada como la LO 15/1999, de protección de datos, son muestras de ello.

V. Bibliografía

- BELANDO GARÍN, Beatriz, *Potestad sancionadora y MifidII*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 51-82.

- BERMEJO VERA, Jose, *Derecho Administrativo Básico. Parte Especial.Volumen II,* 1ª ed., Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2017.

- DE ENRIQUE MUÑOZ, Eva, «Transparencia y confidencialidad en la contratación pública. Especial referencia a las novedades en la Ley de contratos», Revista de Estudios Locales, n.º 205, 2017, pág. 72.

• FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, «Retos y efectos del paquete de medidas de la mifid ii desde la perspectiva de la protección del inversor», *Potestad sancionadora y MifidII*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 15-50.

• FONT, Tomás/ PEÑALVER, F./TORNOS MAS, Joaquín, «Encomienda de gestión y participación en el ejercicio de funciones de control reservadas a funcionarios. A la sombra del caso EGMASA», RAP, n.º 209, 201, pág. 278.

• IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, «¿Cabe el empleo de entidades colaboradoras en la supervisión sobre entidades de crédito?», en *Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2013, págs. 211-222.

• LAGUNADE PAZ, J.C., «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», Revista de Administración Pública, RAP, n.º 185, mayo-agosto 2011, págs. 99 y ss.

• MORENO MOLINA, José Antonio, «Principios Generales de la Contratación Pública. Procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público», Revista Jurídica de Navarra, n.º 45, págs. 45-73.

• PONCE SOLÉ, Juli, «El Derecho administrativo del siglo XXI», Revista General del Derecho Administrativo, n.º 52, 2019.

• REBOLLO PUIG, Manuel, «La actividad inspectora», en *Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2013, págs. 55-116.

• SALVADOR ARMENDARIZ, M.A., «El Estado garante y la función administrativa de supervisión en el sector bancario», en *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia*, Parejo Alfonso, L. (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

• SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte general,* 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 682-683.

---

(1) El presente artículo se publica en el marco del proyecto de investigación *Desafíos del mercado financiero digital: riesgos para la Administración y los inversores* (RTI2018-098963-B-I00; MCIU/AEI/FEDER, UE).

Fecha de recepción del trabajo: 1 de diciembre. Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.

Ver Texto

(2) Tal y como ha señalado Isabel FÉRNANDEZ TORRES (*Potestad Sancionadora y MiFiDII,* Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 16) el interés en la protección del pequeños interés se concreta: «a) La previsión de nuevos requisitos de información para los servicios de asesoramiento y el llamado "asesoramiento independiente", aspecto este último sobre el que MiFID II pone especial énfasis como instrumento para la recuperación de la confianza de los inversores y mejora de su protección; b) Las restricciones al régimen de incentivos; c)La regulación de los servicios de "mera" ejecución y la regulación de la best execution; d) La obligación de registrar todas las comunicaciones».

Ver Texto

(3) Ontario Securities Commission, *Mystery shopping for investment advice. Insights into advisory practice and the investor experience*, Canada, 2015, pág. 12.

Ver Texto

(4) El *peer review* se realiza a través de un «Review Panel» compuesto por autoridades nacionales de conformidad con el Protocolo y la metodología sobre Peer Review (ESMA/2011/BS/229) y ESMA Review Panel Methodology (ESMA/2013/1709). El artículo 30 del Reglamento 1095/2010, exige que la ESMA organice periódicamente dichos *peer review* para canalizar la actividad de las autoridades nacionales y reforzar la supervisión.

Ver Texto

(5) ESMA, *MiFiD sustability requirements Peer Review Report*, 7 de abril de 2016, pág. 19.

Ver Texto

(6) Los resultados de dicho contrato fueron objeto de publicación por la propia CNMV a través de su página web con un comunicado publicado el 22 de febrero de 2017, accesible desde (https://www.cnmv.es/loultimo/Comunicado%20Mystery_shopping.pdf). En el informe desarrollado tras 450 visitas, se revelan deficiencias en la información suministrada, existencia de conflictos de intereses en los asesores de los clientes, etc.

Ver Texto

(7) En concreto, el art. 4.3 del Procedimiento sobre la supervisión e inspección de las personas y entidades que intervienen en los mercados de valores (P01) de la CNMV de 20/09/2016 establece: «Para el mejor ejercicio de las funciones de supervisión, la CNMV podrá, de acuerdo con la normativa vigente y en caso de necesidad debidamente motivada, servirse de la colaboración de auditores de cuentas, consultores u otros expertos independientes. En particular, para valorar el grado de cumplimiento de las normas que afectan a los mercados de valores por las entidades supervisadas y, en especial, sobre las prácticas de comercialización de instrumentos financieros, podrá solicitar la colaboración de expertos mediante la emisión de informes. Para la elaboración de estos informes, los expertos designados así como sus empleados podrán actuar de forma anónima, sin revelar su actuación por cuenta de la CNMV»

Ver Texto

(8) DE LOS RÍOS FLORES, M., «La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores», en *Los mercados financieros*, CAMPUZANO, ANA BELEN (COORD.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 400.

Ver Texto

(9) La Directiva de servicios dio lugar a la sustitución de un modelo de control previo de las actividades económicas (autorizaciones y licencias) por un modelo de control *ex post*, esto es, de inspección y control. En aras de una mayor seguridad jurídica, se otorgaba un papel auxiliar de la Administración en esta labor de control, a las denominadas «entidades colaboradoras».

Ver Texto

(10) SALVADOR ARMENDARIZ, M.A., lo sintetiza claramente: «los poderes públicos se ven obligados a recurrir sistemáticamente a terceros para poder, en la práctica, ejercer con eficacia su función, en una situación en la que, indudablemente, pierden una parte de su poder», en «El Estado garante y la función administrativa de supervisión en el sector bancario», en *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia*, Parejo Alfonso, L. (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 236.

Ver Texto

(11) En concreto el artículo 235 TRLMV establece: «1. Para el mejor ejercicio de las funciones de supervisión que tiene legalmente atribuidas, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá, en caso de necesidad debidamente motivada, emplear los antecedentes que se deriven de la colaboración que al efecto requiera de auditores de cuentas, consultores u otros expertos independientes, quienes deberán ajustarse, en todo caso, a las normas e instrucciones que dicho organismo determine. 2. En particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para valorar el grado de cumplimiento de las normas que afectan a los mercados de valores por las entidades supervisadas y, en especial, sobre las prácticas de comercialización de instrumentos financieros, podrá solicitar la colaboración de expertos mediante la emisión de informes.Para la elaboración de estos informes, los expertos designados así como sus empleados podrán actuar de forma anónima, sin revelar su actuación por cuenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 3. La actuación en régimen de colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores de conformidad con lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso el ejercicio de

potestades administrativas».

Ver Texto

(12) Un análisis más extenso de la colaboración de los expertos independientes y de los denunciantes, *vid.* BELANDO GARÍN, Beatriz, *Potestad sancionadora y MifidII*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 51-82.

Ver Texto

(13) REBOLLO PUIG, Manuel («La actividad inspectora», en *Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2013, pág. 56): «inspección administrativa entendida como actividad de la Administración en la que examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten».

Ver Texto

(14) Esta actuación difiere de la desarrollada por las entidades encargadas por el Banco de España, «Han sido estas empresas privadas las que han determinado la solvencia de los grupos bancarios españoles y ese es el núcleo esencial de la función de supervisión sobre entidades de crédito atribuida por Ley al Banco de España. En definitiva, estas empresas han asumido la función pública más relevante en la supervisión sobre entidades de crédito. Por tanto, no se está ante una mera externalización de funciones auxiliares, sino ante el ejercicio de verdaderas funciones públicas por entidades colaboradoras», pág.213.

Ver Texto

(15) Claramente en contra de esta externalización se manifiesta, PONCE SOLÉ, Juli («El Derecho administrativo del siglo XXI», Revista General del Derecho Administrativo, n.º 52, 2019, pág. 34): «El ejercicio, pues, de funciones públicas, el manejo de ciertos datos sensible, el uso de caudales públicos, la prestación de servicios públicos o servicios de interés general, la autorregulación afectando a ciudadanos o la regulación afectando a otros privados o a AAPP, por parte de empresas privadas, demanda de una garantía pública de transparencia y buena administración, mediante la aplicación, modulada en lo preciso, de valores, principios y reglas propias del derecho administrativo (ponderación en respeto de la buena administración, motivación, notificación fehaciente, proporcionalidad, igualdad,…)».

Ver Texto

(16) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (*Derecho Administrativo. Parte general,* 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 682-683), recuerda la posibilidad del desarrollo por entidades privadas de tareas auxiliares a la inspección (recogida de datos, realización de análisis, material de comunicaciones, etc.). En el mismo sentido, FONT, Tomás/ PEÑALVER, F./TORNOS MAS, Joaquín, «Encomienda de gestión y participación en el ejercicio de funciones de control reservadas a funcionarios. A la sombra del caso EGMASA», RAP, n.º 209, 2019, pág. 278.

Ver Texto

(17) BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo*…, op. cit.

Ver Texto

(18) En el marco de la disciplina administrativa existe un amplio debate sobre el ejercicio de potestades o funciones administrativas por entes privados ante la omisión de toda referencia sobre esta cuestión en las nuevas leyes de procedimiento (Ley 39/2015 y 40/2015). En la actualidad en todo caso se apuesta que esta posibilidad quede claramente delimitada por la Ley, que concrete y delimite los criterios en el acceso y ejercicio de dicho título habilitante.

Ver Texto

(19) Hay que indicar que la presunción de veracidad de las actas levantadas por los inspectores de la CNMV no se deriva de su carácter funcionarial, sino del art. 235 TRLMV dado que son personal laboral. En cualquier caso, el valor probatorio de estas actas, se venían manteniendo por la jurisprudencia antes de esta previsión legal. Así lo ha hecho por ejemplo en el caso del Banco de España, donde la SAN de 15 de noviembre de 2013 ha vuelto a insistir: «con independencia del carácter laboral o funcionarial de dichos inspectores no cabe negar a los informes evacuados una presunción de certeza no tanto por su carácter o no de autoridad como ocurre con las actas, y aunque no se hayan ratificado, sino por la especial

preparación técnica y objetividad que preside sus actuaciones (…) hay una clara Jurisprudencia del Tribunal Supremo que otorga un claro valor probatorio a los informes de los Inspectores del Banco de España(sentencias de 18 de octubre de 2.006 recursos 198/04 y 199/04, en concreto, se indica que dicho valor deriva del art. 17.5 del RD 1398/1993, de 4 de agosto), y ello incluso aunque el recurrente, como en el caso presenta alegue que no ha existido acta, sino tan sólo un informe (STS de 14.3.2006, recurso 624/02)».

Ver Texto

(20) BERMEJO VERA, Jose, *Derecho Administrativo Básico. Parte Especial. Volumen II,* 1ª ed., Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2017. En este sentido cabe señalar la referencia que sobre estos informes realizan la clausula 4.15 del PCAP, que señala que la «CNMV podrá **utilizar libremente los** informes del adjudicatarios en sus actuaciones de supervisión y, en concreto, se autoriza a la CNMV a que, en caso de considerarlo necesario, puede informar a las entidades investigadas de la identidad del adjudicatario».

Ver Texto

(21) Ya hubo experiencias previas durante el mandato de María Elvira Rodríguez y han sido relanzados bajo el mandato de Sebastián Albella.

Ver Texto

(22) Ello choca con la actuación realizada por el FROB que ante la misma situación ha licitado el correspondiente contrato de servicios de asesoría legal, el 30 de julio de 2019 (Expediente 4/2019).

Ver Texto

(23) Noticia publicada en el diario.es el 18 de noviembre de 2019: «La CNMV contrata asesores a dedo por 400.000 euros para los arbitrajes por la quiebra del Popular».

Ver Texto

(24) El conflicto entre transparencia y confidencialidad, ha tenido ya cabida en los tribunales, *vid.*. por ejemplo, SAN de 8 de abril de 2019, n.º rec.75/2018.

Ver Texto

(25) El pliego así redactado es en cierta forma singular, dado que no es habitual encontrar cláusulas especiales de resolución de un contrato, siendo más frecuente la delimitación de las obligaciones del futuro contratista y la calificación de algunas de ellas como esenciales o relevantes para identificar aquellas que deben motivar la resolución de un contrato administrativo, remitiéndose el pliego a la LCSP en cuanto a las causas de resolución (art. 313 LCSP).

Ver Texto

(26) DE ENRIQUE MUÑOZ, Eva, «Transparencia y confidencialidad en la contratación pública. Especial referencia a las novedades en la Ley de contratos», Revista de Estudios Locales, n.º 205, 2017, pág. 72.

Ver Texto

(27) MORENO MOLINA, José Antonio, «Principios Generales de la Contratación Pública. Procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público», Revista Jurídica de Navarra, n.º 45, págs. 45-73.

Ver Texto

(28) La emisión de estos informes es, en el marco de la LCSP actual, de especial importancia (arts. 28 y 116.4 LCSP), exigible incluso en aquellos casos en los que la Administración decide acudir a un contrato *in house*, contratos en principios excluidos de la ley (art. 4 LCSP). Dicho informe debe incluir: «la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». Constituye así un trámite esencial y su omisión puede dar lugar a la nulidad del contrato. Sobre esta cuestión, *vid.*. la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1141/2018 que resuelve un recurso en el que se solicita la nulidad del procedimiento por no constar trámites esenciales en el expediente de contratación, a saber, entre ellos el «acuerdo del órgano de

contratación motivando la necesidad del contrato, justificación de los extremos del art. 116.4 LCSP».

Ver Texto

(29) En concreto afirma el informe: «La propia naturaleza de este tipo de comprobaciones, las hace muy sensibles a la detección por parte del personal comercial de las entidades financieras, por lo que, su realización de forma creíble, requiere del concurso de expertos con experiencia en las mismas».

Ver Texto

(30) El art. 2.2.1 del PLCA especifica de esta forma los criterios cualitativos: «a) Experiencia de la entidad y equipo asignado y formación de este último: Se valorará la experiencia previa de la entidad y equipo asignado al contrato en comprobaciones de mystery shopping con empresas del sector financiero (ESI, entidades bancarias, empresas de seguros) en los 5 años anteriores. Se considera a estos efectos como equipo asignado a las personas designadas para la dirección y ejecución del contrato (entre otros, planificación de la comprobación, selección de los shopper, elaboración de cuestionarios y elaboración del informe final). Las ofertas se puntuarán de acuerdo al siguiente baremo: Muy adecuada 30 puntos; Suficiente 15 puntos: Poco adecuada o puntos.Se considerará la oferta "muy adecuada" si la entidad y equipo asignado acreditan haber realizado al menos 4 comprobaciones en los últimos 5 años, y al menos un miembro del equipo acredita una formación muy adecuada en la materia y experiencia en la misma de al menos 4 años. Se considerará la oferta "suficiente" si la entidad y equipo asignado acreditan haber realizado al menos 2 comprobaciones en los últimos 5 años, y al menos un miembro del equipo acredita una formación suficiente en la materia y experiencia en la misma de al menos 2 años».

Ver Texto